ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Órgão Cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
dos Egrégios SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
e
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rev. Minist. Público	Rio de Janeiro	n. 19	jan./jun.2004

ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Registro nº. 25/99, de 22/04/1999
D.J.U. nº. 72, de 16.04.1999, p. 1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Registro nº. 37
Portaria nº. 1, de 26/10/1998
D.J.U. de 05/11/1998, p. 137

CIRCULAÇÃO NACIONAL

Os acórdãos estampados reproduzem integralmente o material coligido na REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e na REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tiragem: 3.000 exemplares

Revista do Ministério Público. - , n. 19 (jan./jun.2004)- . -
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

(Instituída pela Resolução GPGJ nº 698, de 24 de abril de 1996)

Rev. Minist. Público	Rio de Janeiro	n. 19	jan./jun. 2004

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Fundador

HAMILTON CARVALHIDO

Procurador-Geral de Justiça

ANTÔNIO VICENTE DA COSTA JUNIOR

Diretor da *Revista do Ministério Público*
SERGIO DEMORO HAMILTON

Chefe da Seção de Publicação e Distribuição
(Cargo vago a partir de 10.07.1997)

Secretário I
Sérgio Maugé Aragão

Editoração Eletrônica
Sérgio Maugé Aragão
Secretário I

Cláudia Maria Martins Campochão

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, 370/6° 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.pgj.rj.gov.br

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

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

(Em 30.06.2004)

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
ANTÔNIO VICENTE DA COSTA JUNIOR

Subprocurador-Geral de Justiça de Administração
ERTULEI LAUREANO MATOS

Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais
CARLOS ROBERTO DE CASTRO JATAHY (Em exercício)

Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento
CARLOS ROBERTO DE CASTRO JATAHY

Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Jurídicos
CELSO FERNANDO DE BARROS

Corregedora-Geral do Ministério Público
DENISE FREITAS FABIÃO GUASQUE

Chefe de Gabinete do Procurador-Geral de Justiça
JOSÉ CARLOS PAES

Secretário-Geral de Administração
JOSÉ LUIZ MARTINS DOMINGUES

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça
(Em 30.06.2004)

ANTÔNIO VICENTE DA COSTA JUNIOR
Presidente

DENISE FREITAS FABIÃO GUASQUE
Corregedora-Geral

Titulares Natos

Virgílio Augusto da Costa Val
Cezar Romero de Oliveira Soares
Celso Fernando de Barros
Carlos Antonio da Silva Navega
Marija Yrneh Rodrigues de Moura
João Baptista Lopes de Assis Filho
Evangelina Fontelas Rosado Spinelli
Renato Pereira França
Vera de Souza Leite
José Augusto de Araújo Neto

Titulares Eleitos

Antonio Carlos da Graça de Mesquita
Maria Cristina P. dos Anjos Tellechea
Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel
Adolfo Borges Filho
Fátima Maria Ferreira Melo
Pedro Elias Erthal Sanglard
Paolina Leone Candia Hryniewicz
Pedro Moreira Alves de Brito
Luiz Fabião Guasque
Márcia Álvares Pires Rodrigues

Conselho Superior do Ministério Público
(Em 30.06.2004)

ANTÔNIO VICENTE DA COSTA JUNIOR
Presidente

DENISE FREITAS FABIÃO GUASQUE
Corregedora-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Décio Luiz Gomes
Maria Cristina Menezes de Azevedo
Kléber Couto Pinto
Elaine Costa da Silva

Pelos Promotores de Justiça

Cláudio Soares Lopes
Antônio José Campos Moreira
Patrícia Silveira da Rosa
Lígia Portes Santos

Associação do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

Dr. *Marfan Martins Vieira*
Presidente

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

Dr. *Arthur Pontes Teixeira*
Diretor-Presidente

Fundação Escola do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

Dr. *Hugo Jerke*
Diretor-Executivo

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 Araujo*
Presidente

Composição das entidades em 30.06.2004.

SUMÁRIO

DOUTRINA

Adán Nieto Martín - A corrupção no setor privado (Reflexões a partir do ordenamento espanhol à luz do Direito Comparado) 23

André Guilherme Tavares de Freitas - O Ministério Público e a presidência das investigações 29

Antônio José Martins Gabriel - Direitos humanos e globalização: conquistas e desafios 37

Arnoldo Wald - O empresário, a empresa e o Código Civil 65

Carlos Roberto de Castro Jatahy - Jurisdição constitucional: a atualidade do caso Marbury *vs.* Madison e a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02 81

Cláudio Calo Sousa - As sociedades limitadas entre cônjuges e o novo Código Civil - Breves comentários 93

Cristiano Chaves de Farias - A proclamação da liberdade de não permanecer casado (ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas) 97

Damásio de Jesus - Deixar de registrar empregado não é crime 119

Emerson Garcia - O nepotismo 127

Fernando Tourinho Filho - Considerações sobre a prisão preventiva 135

Horacio Afonso de Figueiredo da Fonseca - A maioridade no novo Código Civil e seus reflexos quanto ao ato infracional 149

Hugo Nigro Mazzilli - O Ministério Público e a pessoa portadora de deficiência 155

Ives Gandra da Silva Martins - Incidência do IPTU sobre bens da União em posse de entidades não imunes 171

José Carlos Barbosa Moreira - O processo, as partes e a sociedade 191

Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho - Juizados Criminais: novos atores e novos princípios para uma justiça efetiva 201

Marcellus Polastri Lima - O Ministério Público pode ou não investigar? Uma análise de recente decisão do STF 211

Mônica Maria Costa Di Piero - Segurança Pública 229

Paulo José Leite Farias - O estado de perigo no novo Código Civil e os seus reflexos no endividamento por contas hospitalares 237

Pedro Rubim Borges Fortes - Imputação como base para a análise das hipóteses de suspensão condicional do processo 245

Rosana Barbosa Cipriano Simão - Direitos humanos e orientação sexual: a efetividade do princípio da dignidade 259

Sergio Demoro Hamilton - O aditamento provocado, uma heresia 281

PARECERES E RAZÕES

– Recusa no oferecimento de suspensão condicional do processo. Conduta processual abusiva e de má-fé do acusado protelando a marcha do feito. Impossibilidade de oferecimento de *sursis* processual no caso em que a conduta social e a personalidade do agente não autorizem a concessão do benefício (art. 89 da Lei nº 9.099/95 c/c art. 77, II, do Código Penal) **(Alexander Araujo de Souza)** 295

– Acidente de trabalho. Da desnecessidade do esgotamento da via administrativa. Da conversão pelo juízo singular do procedimento sumário em ordinário. Da inexistência da prescrição. Da nulidade da prova pericial. Do conceito de acidente de trabalho. Da natureza e caracterização do benefício. Da aplicação da lei no tempo. Da data inicial do benefício. Da cumulação da aposentadoria especial com o auxílio-acidente. Dos percentuais do benefício do auxílio-acidente. Da base de cálculo e do abono anual. Dos juros e da correção monetária. Do índice de reajuste. Dos honorários advocatícios e das custas processuais **(Ana Paula Ribeiro Rocha de Oliveira)** 301

– Improbidade administrativa. Ação civil pública. Prefeito e Secretário Municipal no pólo passivo. Argüição de inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/02 no que tange ao foro por prerrogativa de função em matéria de ato de improbidade administrativa. Construções em área tombada. Condenação em sede de outra ação civil pública mandando demolir as obras. Danos manifestos e de grandes proporções ao erário. *Iter* de individualização do ato administrativo. Pedido genérico de aplicação das sanções por ato de improbidade administrativa com pedido de ressarcimento dos danos causados **(Carlos Bernardo Alves Aarão Reis, Cláudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos, Cláudio Henrique da Cruz Vianna, Gláucia Maria da Costa Santana, José Marinho Paulo Júnior e Rosana Gomes Esperança)** 317

– Representação de inconstitucionalidade contra Lei Municipal. Desbordamento da competência legislativa municipal. Procedência **(Celso Fernando de Barros)** 333

– Denúncia - Artigo 10 da Lei nº 7.347/85 - Peças encaminhadas pela Promotoria de Tutela Coletiva/Núcleo Volta Redonda - Omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública - Suspensão condicional do processo - Inadmissibilidade - Não preenchimento de requisitos subjetivos - Maneira de execução e conseqüências da infração penal praticada **(Francisco de Assis Machado Cardoso e Carlos Bernardo Alves Aarão Reis)** 337

– Abuso na criação de cargos comissionados - Leis que criam centenas de cargos em comissão, sem especificar as respectivas funções - Inconstitucionalidade por ofensa à obrigatoriedade de concurso público e por desvio na aplicação do instituto excepecional dos cargos em comissão - Ofensa, ainda, aos princípios da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e do interesse coletivo - Parecer pela propositura de ação direta de inconstitucionalidade estadual **(Eduardo Slerca)** 341

– Conflito de atribuições. Atribuição da Promotoria de Justiça de defesa da Cidadania para oficiar em inquérito instaurado para apurar deficiências estruturais em unidades prisionais **(Emerson Garcia)** 347

– Ação civil pública. Possibilidade do controle de constitucionalidade pela via difusa. Lei municipal que fere o interesse público primário. Lei ilegítima e, portanto, irrazoável. Incidência de vício especial de inconstitucionalidade **(Guilherme Macabu Semeghini)** 351

– Ação de anulação de casamento com fundamento na alegação de incapacidade do cônjuge-varão, nos termos do art. 209 do Código Civil de 1916. Parecer do Ministério Público no sentido da procedência do pedido **(Lucia Maria Teixeira Ferreira)** 359

– Acidente de trabalho. Direito social resistido sem justificativa. Posicionamento contrário aos objetivos da República Federativa do Brasil. Litigância de má-fé **(Luiz Fabião Guasque)** 365

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jurisprudência Criminal

– ***Habeas corpus - Legitimidade - Ministério Público.*** A legitimidade para a impetração do *habeas corpus* é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual investido, a busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfim, da verdade.

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 a denúncia. (*Habeas corpus* **nº 79572-GO, Segunda Turma,** *RTJ* **183, pp. 648/655)** 373

– *Prisão por pronúncia:* a revelia do acusado, desde o início do processo, justifica, por si só, a ordem de prisão contida na pronúncia, dada a necessidade de sua presença para que se realize o júri (*Habeas corpus* **nº 80.794-RJ, Primeira Turma,** *RTJ* **180, pp. 628/631)** 381

– ***Juizados Especiais Criminais: apelação não conhecida por intempestividade das razões, que - além de inexistente no caso - não prejudicaria o recurso.***
I - A apelação para a Turma Recursal deve ser interposta com as razões, no prazo de 10 dias (L. 9.099/95, art. 82, § 1º); no entanto, se, ajuizada no prazo de 5 dias, o Juiz a recebe e abre prazo para as razões, entende-se que adotou o rito da lei processual comum (C. Pr. Pen., art. 593), não se podendo reputar intempestivas as razões oferecidas no prazo do art. 600 do C. Pr. Penal (HC 80.121, 1ª. T., 15-8-00, **Gallotti**, *DJ* 7-12-2000).
II - De qualquer modo, também no processo dos Juizados Especiais, a ausência ou a intempestividade das razões não prejudicam a apelação interposta no prazo legal (C. Pr. Penal, art. 601). (*Habeas corpus* **nº 80.947-MG, Primeira Turma,** *RTJ* **181, pp. 652/656)** 385

– *Habeas corpus.* ***Pretensão de reconhecer-se o direito do paciente à comutação prevista no Decreto nº 3.226/99, que não vedou expressamente a concessão do benefício aos condenados por crimes hediondos, fazendo-o, tão somente, quanto ao indulto.***
Sendo a comutação espécie de indulto parcial, apresenta-se irrelevante à negativa de concessão aos condenados por crime hediondo o fato de o dito benefício não haver sido expressamente mencionado no Decreto Natalino.
O Plenário do STF, ao declarar a constitucionalidade do inciso I do art. 2º da Lei nº 8.072/90, assentou que o termo "graça" previsto no art. 5º, XLIII, da CF engloba o "indulto" e a "comutação da pena", estando a competência privativa do Presidente da República para a concessão desses benefícios limitada pela vedação estabelecida no referido dispositivo constitucional.
Habeas corpus indeferido (*Habeas corpus* **nº 81.567-SC, Primeira Turma,** *RTJ* **180, pp. 1037/1040)** 391

— *Recurso extraordinário. Processo penal. Legitimidade recursal do Ministério Público. Constitucional. Alienação Fiduciária em garantia. Prisão civil.*
O Ministério Público tem legitimidade para interpor recurso extraordinário constra sentença que concede *habeas corpus*.
É constitucional a prisão civil do depositário infiel em decorrência da alienação fiduciária.
Recurso conhecido e provido (**Recurso extraordinário nº 250.917-MG, Segunda Turma,** *RTJ* **182, pp. 775/787**) 395

Jurisprudência Cível

— *Constitucional. Recurso extraordinário. Sociedade de economia mista. Competência. Súmula 556-STF. CF, art. 170, § 1º ou art. 170, § II, EC 19/98).*
I - É competente a Justiça Comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista, cujo foro é o das empresas privadas e não o foro da Fazenda Pública. Súmula 556-STF. CF, art. 173, § 1º, ou art. 173, § 1º, II, CF, com a EC 19/98.
II - Agravo não provido (**Agravo de instrumento nº 337.615 (Ag.Rg.)-SP, Segunda Turma,** *RTJ* **180, pp. 1192/1195**) 411

— *Constitucional. Administrativo. Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. CF, art. 37, § 6º.*
I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, é abrandada ou excluída pela culpa da vítima.
II - No caso, o acórdão recorrido, com base na prova, que não se reexamina em sede de recurso extraordinário, conclui pela culpa exclusiva da vítima.
III - Agravo não provido (**Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 234.010-RJ), Segunda Turma,** *RTJ* **183, pp. 1117/1120**) ... 414

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jurisprudência Criminal

— EMENTA: *Penal e Processual Penal - Homicídio qualificado - Pronúncia - Exclusão de qualificadoras - Impossibilidade.*
- Conforme entendimento desta Corte, as qualificadoras do homicídio só devem ser rejeitadas, na pronúncia, quando manifestamente improcedentes. Havendo indícios da imputação, devem ser mantidas.
- Ordem denegada (*Habeas Corpus* **n. 18.745-ES, Registro n. 2001.0125592-3, Quinta Turma,** *RSTJ* **164, pp. 455/460,** *DJ* **de 2.9.2002**).... 419

– EMENTA: *Habeas corpus* – ***Quadrilha fortemente armada – Roubo de caminhão – Excesso de prazo – Princípio da razoabilidade.***
1. Dentro do princípio da razoabilidade, não configura constrangimento ilegal o excesso de prazo provocado por fatores decorrentes da complexidade do caso, onde interrogatórios e inquirição de testemunhas são realizados mediante carta precatória.
2. *Habeas corpus* conhecido, pedido indeferido (*Habeas Corpus* **n. 19.316-GO, Registro n. 2001.0164814-2, Quinta Turma,** *RSTJ* **160. pp. 408/411,** *DJ* **de 15.4.2002)** 424

– EMENTA: *Habeas corpus* – ***Medida sócio-educativa de internação – Ato infracional equivalente ao delito de porte ilegal de arma – Pedido de progressão para liberdade assistida denegado – Decisão fundamentada – Exame de matéria probatória inviável na via estreita do writ.***
1. Resta devidamente fundamentada a decisão que denegou ao paciente, autor do ato infracional equivalente ao delito de porte ilegal de arma, o direito de progressão da medida de internação para o de liberdade assistida, já que aquela é que ainda melhor se ajusta à atuação do menor, dada a necessidade de sua completa recuperação, tendo sido aplicada à vista do cometimento anterior de atos infracionais equiparados ao crime de roubo.
2. *Habeas corpus* denegado (*Habeas Corpus* **n. 22.858-SP, Registro n. 2002.0068955-3, Sexta Turma,** *RSTJ* **166, pp. 555/558,** *DJ* **de 9.12.2002)** ... 427

– EMENTA: ***Penal e Processual Penal – Recurso Especial – Sursis processual – Concurso de crimes – Súmula n. 243-STJ.***
I - No art. 89 da Lei n. 9.099/1995, ao contrário do contido no art. 119 do CP, verifica-se a existência de mérito, no liminar da *persecutio criminis*, para a concessão do *sursis* processual. Não se pode, outrossim, equiparar a prática de um crime com a de vários. *Por outro lado*, no caso da apuração do prazo prescricional, a majorante do crime continuado (ou do concurso formal) é extirpada sob pena de, *por incoerência*, a contagem no concurso material se tornar, aí, benéfica, situação esta que não guarda a menor semelhança com a do art. 89 da Lei 9.099/1995.
II - Incidência da *Súmula n. 243-STJ*.
Recurso provido. **(Recurso Especial n. 357.083-MT, Registro n. 2001.0127994-4, Quinta Turma,** *RSTJ* **166, pp. 496/503,** *DJ* **de 10.6.2002)** 430

– EMENTA: ***Processual Penal – Crime falimentar – Inquérito judicial – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Recebimento da denúncia – Decisão fundamentada – Denúncia – Alegação de inépcia – Trancamento da ação – Descabimento.***
– Em tema de crime falimentar, o inquérito judicial é, como o inquérito policial comum, peça meramente informativa, cujos eventuais defeitos não consubstanciam nulidade capaz de invalidar a ação penal já instaurada.

- A jurisprudência deste Tribunal já consagrou o entendimento de que o prazo do art. 106 da Lei de Falências corre em cartório, independentemente de intimação pessoal.
- Não merece reparo decisão judicial que, ao receber a denúncia por crime falimentar, expende longa fundamentação, susceptível de pleno exercício do direito de defesa.
- Não contém o vício da inépcia a denúncia que, em sede de crime falimentar, descreve adequadamente os fatos, permitindo o pleno exercício do direito de defesa.
- Recurso ordinário desprovido. **(Recurso em *habeas corpus* n. 12.469-SP, Registro n. 2002.0024950-0, Sexta Turma, *RSTJ* 166, pp. 564/567, *DJ* de 4.11.2002)** 436

— EMENTA: ***Processo Penal - Recurso em mandado de segurança - Réu revel - Suspensão do processo - Produção antecipada de prova testemunhal - Possibilidade - Artigo 366 do CPP.***
1. Na linha da jurisprudência predominante nesta Corte, mostra-se razoável ter como de natureza urgente a prova testemunhal a ser produzida em processo penal suspenso, pela revelia do réu, com base no artigo 366 do CPP, redação dada pela Lei n. 9.271/1996, tendo em conta a possibilidade da inquirição em época muito distante no tempo do fato delituoso ficar comprometida em seu conteúdo, prejudicando a apuração da verdade real.
2. Recurso em mandado de segurança provido. **(Recurso em Mandado de Segurança n. 11.741-SP, Registro n. 2000.0022471-5, Sexta Turma, *RSTJ* 159, pp. 610/613, *DJ* de 24.6.2002)** 439

Jurisprudência Cível

— EMENTA: ***Processo civil - Execução fiscal - Falência - Embargos do devedor - Ministério Público - Legitimidade.***
1. O Ministério Público possui amplo poder de atuação no processo falimentar, conferido pelo art. 210 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, em razão de relevante interesse social, baseado no dever de agir como fiscal da lei. Fiscalização essa que não se exaure com a sentença de falência.
2. O *Parquet* é o curador e fiscal de massas falidas, obrigado a defender o patrimônio remanescente, em proteção aos interesses sócio-econômicos envolvidos. Nesse contexto, é evidente a sua legitimidade ativa para opor embargos, único meio de defesa na execução fiscal, visando a impedir a a aplicação de multa manifestamente indevida.
3. Recurso especial conhecido, mas improvido. **(Recurso Especial n. 28.529-SP, Registro n. 92.0026701-7, Segunda Turma, *RSTJ* 160, pp. 183/188, *DJ* de 26.8.2002)** 442

— EMENTA: ***Ação civil pública - Acidente no trabalho - Legitimidade do Ministério Público Estadual - Meio ambiente.***
O Ministério Público Estadual tem legitimidade para promover ação civil pública destinada a evitar acidentes no trabalho. Precedentes.

Recurso conhecido e provido. **(Recurso Especial n. 315.944-SP, Registro n. 2001.0038562-1, Quarta Turma, *RSTJ* 159, pp. 478/484, *DJ* de 29.10.2001)** 447

– EMENTA: ***Consumidor - Recurso especial - Publicidade - Oferta - Princípio da vinculação - Obrigação do fornecedor.***
- O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado.
- Constatado pelo egrégio Tribunal *a quo* que o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega de veículo objeto de contrato de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos termos da oferta apresentada.
- Diante da declaração de falência da concessionária, a responsabilidade pela informação ou publicidade divulgada recai integralmente sobre a empresa fornecedora. **(Recurso Especial n. 363.939-MG, Registro n. 2001.0117474-5, Terceira Turma, *RSTJ* 159, pp. 373/380, *DJ* de 1.7.2002)** 452

– EMENTA: ***Ação civil pública - Ministério Público - Contrato bancário - Financiamento imobiliário.***
O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública contra o banco que, na execução de contrato de financiamento para aquisição de casa própria, transfere e cobra do cliente despesas não autorizadas ou indevidas, tais como as de correio para a notificação do devedor e a tarifa pela emissão de documentos de compensação não autorizada.
Recurso não conhecido. **(Recurso Especial n. 416.298-SP, Registro n. 2002.0022017-0, Quarta Turma, *RSTJ* 164, pp. 408/415, *DJ* de 7.10.2002)** 459

– EMENTA: ***Usucapião - Bem com cláusula de inalienabilidade - Testamento - Art. 1.676 do Código Civil.***
O bem objeto de legado com cláusula de inalienabilidade pode ser usucapido. Peculiaridade do caso.
Recurso não conhecido. **(Recurso Especial n. 418.945-SP, Registro n. 2002.0026936-3, Quarta Turma, *RSTJ* 166, pp. 442/445, *DJ* de 30.9.2002)** 466

– EMENTA: ***Processo Civil - Agravo de instrumento - Agravo regimental - Apelação não-unânime - Mandado de segurança - Embargos infringentes - Não-cabimento.***
1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser incabível a interposição de embargos infringentes contra decisão não-unânime proferida em sede de apelação em mandado de segurança.
2. Agravo improvido. **(Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 406.743-SP, Registro n. 2001.0105068-8, Sexta Turma, *RSTJ* 160, pp. 517/520, *DJ* de 2.9.2002)** 469

RELÍQUIAS DO JÚRI

– O Caso Cateysson **(Everardo Moreira Lima)** 475

NOTICIÁRIO

– XVI Concurso para ingresso no Ministério Público (resgatando a memória) 481
– Homenagem aos novos Procuradores de Justiça 483
– Eleição no CEPROJUS 487
– Estágio Forense. Posse dos novos estagiários do Ministério Público 488
– Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil (Fevereiro/2004) 496
– Aniversário do Procurador-Geral 497
– Estágio Forense (segunda convocação) 498
– FEMPERJ auxilia a *RMP* 499
– Medalha Pedro Ernesto 499
– Quinto Constitucional 500
– Novos Procuradores de Justiça (Período 1º jan. a 30.jun.2004) 500
– Vitaliciamentos (Período 1º jan. a 30.jun.2004) 500
– Aposentadorias (Período 1º jan. a 30.jun.2004) 500
– Exonerações (Período 1º-jan. a 30.jun.2004) 501
– Falecimentos (Período 1º jan. a 30.jun.2004) 501
– INTEGRANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ORIUNDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Em 30/06/2004) 503
– INTEGRANTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ORIUNDOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Em 30/06/2004) 503

DOUTRINA

A corrupção no setor privado (Reflexões a partir do ordenamento espanhol à luz do Direito Comparado) (Nota) (1)

ADÁN NIETO MARTÍN (*)

INTRODUÇÃO

A corrupção é, sem dúvida, um dos delitos mais característicos do mundo globalizado. Por isso, não é de estranhar-se que os órgãos supranacionais tenham criado nos últimos tempos diversos instrumentos com a finalidade de estabelecer estratégias comuns. No âmbito europeu, destacam-se as diversas iniciativas da União Européia (UE) e o Convênio do Conselho da Europa Contra a Corrupção de 27.1.1999, e, dentre elas, a partir da ótica do Direito espanhol, surpreende singularmente a formulação de um delito de corrupção no setor privado, figura delitiva que o legislador espanhol está obrigado a introduzir em nosso ordenamento, pois, ainda que não tenhamos aderido ao Convênio do Conselho da Europa, a Ação Comum da UE impunha a inclusão dessa figura delitiva antes de terminado o ano de 2000 [2].

Salvo erro ou omissão da minha parte, nem o legislador, nem a doutrina reconheceram a obrigação de incluir um delito com essas características. Além disso, não é exagero indicar que a expressão corrupção privada é quase desconhecida no dicionário de termos jurídico-penais espanhóis. No máximo,

---

(NOTA) : Tradução de Damásio de Jesus.

[1] *Paper* apresentado no Convênio de Estudos sobre: A Corrupção Privada: experiência comparativa e perspectiva de reforma, Jesi, 12-13, abril de 2002. Trad. de "La corrupción en el sector privado: reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado" (*Revista Penal La Ley*, n. 10, p. 55 e ss., jul. 2002). Excerto do *paper*.

[2] Sobre a estratégia internacional contra a corrupção, *vide* HUBER, *La lotta alla corruzione in prospetiva sovranazionale*, *RTDPE*, p. 467 e ss., 2001; em relação à formulação dos delitos de corrupção no setor privado realizada pelo Convênio do Conselho da Europa e pela Ação Comum da UE, *vide* DE LA CUESTA; Blanco Cordero, "La criminalización de la corrupción en el sector privado: Asignatura pendiente del Derecho Penal español", na obra *Homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir* (no prelo). Concretamente, esses preceitos têm o seguinte teor literal: Ação Comum sobre a corrupção no setor privado (*Diário Oficial de las Comunidades Europeas*, L 358, p. 2, 1998): **Art. 2. Corrupção passiva:** "Para efeitos da presente Ação Comum, constituirá corrupção passiva no setor privado o ato intencional de uma pessoa que, diretamente ou por meio de terceiros, solicitar ou receber, no exercício de atividades empresariais, vantagens indevidas de qualquer natureza, para si mesma ou para um terceiro, ou aceitar a promessa de tais vantagens, em troca de realizar ou se abster de realizar um ato descumprindo suas obrigações". **Art. 3. Corrupção ativa no setor privado:** "1. Para efeitos da presente Ação Comum, constituirá corrupção ativa no setor privado a ação intencional de quem prometer, oferecer ou der, diretamente ou por meio de terceiros, uma vantagem indevida de qualquer natureza a uma pessoa, para esta ou para um terceiro, no exercício das atividades empresariais da referida pessoa, para que esta realize ou se abstenha de realizar um ato descumprindo suas obrigações".

faz-se menção a ela somente no momento de proceder a uma classificação dos diversos tipos de corrupção. Nessa situação, a metodologia mais eficaz consiste em analisar os diversos ângulos que essa tipologia de condutas apresenta no Direito Comparado, para, a seguir, questionar e refletir acerca de sua possível projeção — *de lege lata* e *lege ferenda* — no Direito espanhol. Ocorre que, ainda que a corrupção privada, tal como está definida na Ação Comum, resulte em uma figura delitiva singular, algumas de suas conseqüências ou manifestações alcançam relevância penal ou a possuem em outros setores do ordenamento, como o Direito da Concorrência ou o Trabalhista, por meio de sanções civis ou administrativas.

No Direito Comparado, de acordo com o útil relatório do *Max Planck Institüt* sobre a corrupção [3], podem ser encontradas até quatro perspectivas diferentes da corrupção privada: **a)** a trabalhista; **b)** a que é efetuada a partir do Direito da Concorrência; **c)** a que é centralizada nas implicações penais do processo de privatização da administração e, finalmente, **d)** a que considera os aspectos patrimoniais da corrupção.

A Corrupção privada no Direito Comparado

Na França (art. L 152.6 do Código de Trabalho) e na Holanda (art. 328 do CP), a corrupção entre particulares é abordada a partir da ótica do Direito do Trabalho. O suborno de empregados constitui uma conduta que atenta contra o princípio de lealdade nas relações trabalhistas. Provavelmente, esse é o raciocínio compartilhado também no RU após a *Prevention of Corruption Act* de 1906, que compreende tanto a corrupção privada quanto determinados casos de corrupção pública, pois, na lógica desse texto legal, o nexo comum entre ambos os tipos de corrupção é a deslealdade com o superior, seja autoridade, funcionário público ou empresário privado [4]. Esse primeiro modelo acarreta fundamentalmente três conseqüências na conformação dos tipos penais. De um lado, sujeitos ativos somente são os "empregados", mas não logicamente os empregadores; sob outro aspecto, o consentimento do empresário supõe a atipicidade do comportamento, pois onde este admite ou tolera as gratificações ou subornos não se pode falar de deslealdade. E, finalmente, ao se situar a infração do dever funcional que está intrínseca em todo ato de corrupção [5] na relação genérica de lealdade entre empresário e trabalhador, o ato a cumprir é

---

[3] Eser/Überhofen/Huber(HRSG.), *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht. Ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Bestechungsdelikten im Auftraf des Bayerisches Staatsministeriums der Justiz, Iuscrim, Freiburg i. Br.*, 1997.

[4] Huber/Beck (nota 3), p. 84.

[5] Na definição do conceito de corrupção, parto do elaborado por Malem Sena, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 25 e ss. e p. 28: "pode-se definir aos atos de corrupção... como aqueles que constituem a violação, ativa ou passiva, de um dever posicional ou do descumprimento de alguma função específica realizados em um marco de discrição com o objetivo de obter um benefício extraposicional, qualquer que seja sua natureza".

definido em termos extraordinariamente amplos: *"pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction"* [6].

A segunda aproximação é proporcionada pelo Direito alemão (§ 299 StGB) [7] e pelo austríaco (§ 10 *UWG*). Aqui, o ponto de vista relevante, o bem jurídico protegido, não é outro senão a tutela da concorrência. Concretamente, trata-se de sancionar um ato de concorrência desleal [8]. Nesse âmbito, a infração do dever funcional situa-se no contexto das obrigações dos operadores econômicos do mercado. Na formulação típica, essa conceituação da corrupção privada manifesta-se da seguinte forma: a corrupção somente será relevante enquanto afetar fornecimentos de mercadorias ou prestações de serviços que se efetuam num regime de concorrência; o caráter supra-individual do bem jurídico protegido faz com que o consentimento do empresário seja irrelevante; dado que a concorrência desleal é uma instituição destinada a tutelar tanto os participantes do mercado quanto a comunidade, esse delito é um crime privado [9], salvo naqueles casos em que o comportamento afeta de forma relevante os interesses públicos (§ 301 *StGB*). É significativo, contudo, que, a partir da formulação do bem jurídico protegido, os sujeitos ativos continuam sendo somente empregados ou encarregados. Coerente teria sido também incluir os próprios empresários no círculo de autores. A concorrência altera-se de igual forma quando é o proprietário da empresa quem solicita ou recebe a oferta de contraprestação econômica em troca de preferir, de maneira desleal, o fornecimento de serviços ou mercadorias de um determinado concorrente. Dissimuladamente, a lealdade nas relações trabalhistas também está presente na conformação do tipo. A esse modelo responde claramente a Ação Comum da UE, e igualmente o preceito (art. 36: suborno de empregados e encarregados)

---

[6] DELMAS- MARTY; GIUDICELLI-DELAGE, *Droit Pénal des affaires*, 4.ª ed., Paris, Puf, 2000, p. 289.

[7] O § 299 *StGB* corresponde ao antigo § 12 *UWG*, pelo qual a Alemanha conta com um delito de corrupção privada, a partir do início do século XX. A transcendência prática desse preceito foi, contudo, escassa, devido tratar-se de um delito privado, e as empresas, seja por questões de perda de imagem ou por outras razões comerciais, decidiam não denunciar. Sua transferência ao StGB foi efetuada mediante a Lei alemã de 20.8.1997, de luta contra a corrupção, com a intenção de incrementar a prevenção geral, motivo que provocou também uma agravação das penas, e de gerar maior consciência social acerca do dano desse tipo de comportamento, que, na expressão da Exposição de Motivos, representa uma conduta ética socialmente desaprovada. Em qualquer caso, como surge da leitura dos primeiros comentários à Lei de 1997, essa reforma não foi objeto de atenção especial.

Sobre a Lei contra a corrupção, *vide* KÖNIG, *Neues Strafrecht gegen die Korruption*, JR, 10, 1997, p. 297 e ss.; KORTE, *Bekämpfung der Korruption und Schutz des freien Wettbewerbs mit dem Mitteln des Strafrechts*, NStZ, 1997, p. 513 e ss.; MÖHRENSNSCHLAGER, *Strafrechtliche Vorhaben zur Bekämpfung der Korruption auf nationaler und internationales Ebene*, JZ, 1996, p. 822 e ss.; SCHAUPENSTEINER, *Das Korruptionsbekämpfungsgesetz, Kriminalpolitik*, 11/97, p. 699 e ss. Um resumo da reforma também se acha em WASSMER, *Revista Penal*, n. 3, p. 123 e ss.

[8] *Vide*, por todos, entre os diversos comentários, BLESSING, em MÜLLER-GUGENBERGER; BIENECK, *Wirtschaftsstrafrecht*, 3 Aufl., Köln, Verlag Dr. OTTO SCHMIDT, 2000, § 53, marg. 48 e ss. e SCHUBERT, WABNITZ/JANOVSKY, *Handbuch des Wirtschafts und Steuerstrafrecht*, München, Verlag C.H.Beck, 2000, 12 Kapitel. Korruption, marg. 72 e ss.

[9] N. do T.: crime de ação penal privada.

da proposta de eurodelitos efetuada pelo professor TIEDEMANN [10]. Em ambas, o bem jurídico protegido é a concorrência. Se bem que, nas duas propostas, se continua a não incluir o empresário como sujeito ativo.

A terceira aproximação a esse fenômeno pode ser efetuada a partir dos conceitos de privatização e distanciamento do Direito Administrativo. Convivem, nesse ponto, duas situações diferentes. A primeira é a que nos apresenta o Direito sueco, no qual, desde 1978, existe um tipo unitário de corrupção, que compreende tanto a corrupção privada quanto a pública [11]. Essa opção se baseia em um argumento de política criminal que pode ser compartilhado por todos, uma vez que se sustenta em uma análise econômica do fenômeno da corrupção: esta sempre gera ineficiência econômica e custos excessivos que acabam onerando os cidadãos, seja como administrados, seja como consumidores. Mas a opção sueca não pode ser compreendida completamente sem considerar-se o respeito que a esfera pública tem nesse país, o que faz com que as formas de gestão públicas tenham sido adotadas pela empresa privada, além de ser o setor público particularmente amplo.

Este último argumento - tão "nórdico" - tem difícil amparo, tendo em vista o ocorrido nas duas últimas décadas na maioria dos países da UE, onde a tendência é justamente o contrário: reduzir o setor público por meio do processo de privatizações, delegar a prestação de serviços públicos e a realização de tarefas públicas às empresas privadas, "fugindo do Direito Administrativo" mediante a sujeição de determinadas atividades desenvolvidas pela administração ao Direito comum [12]. Essa espécie de confusão entre o público e o privado provocou, em países como a Alemanha, uma redefinição do conceito de funcionário público (§ 11 *StGB*), cujo objetivo é, sobretudo, incluir dentro desse termo os particulares que, por encargo da administração, realizam funções públicas [13]. Na Áustria, e a partir de uma perspectiva complementar, formulou-se um tipo penal específico, no qual se sanciona a corrupção de empregados de empresas públicas [§ 305.1 (2) e § 307.1 (2) *ÖStGB*] [14]. Nos antigos países socialistas essa é a preocupação que inspira as reformas ocorridas nos últimos anos. O interesse pela criação de um delito de corrupção no setor privado provém do desmantelamento do setor público e do conseqüente *horror vacui* perante a anomia jurídica-penal em que ficam os outrora funcionários públicos.

---

[10] TIEDEMANN, in TIEDEMANN (HRSG.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, Freiburg-Symposium, Carl Heymans Verlag, 2002, pp. 287-228 e art. 36.

[11] *Vide* CORNILS, in nota 3, p. 501 e ss.

[12] Em relação às causas políticas e ideológicas desses fenômenos, *vide* por todos: MARTÍN MATEO, *Liberalización de la economía, Más Estado, menos Administración*, Madrid, Trivium, 1988.

[13] Especificamente sobre o conceito de funcionário público em relação aos problemas mencionados, além da bibliografia citada na nota 7, *vide* LECKNER, *Privatisierung der Verwaltung und "Abwahl des Strafrechts"?*, ZStW 106 (1994), p. 502 e ss.; RANSIEK, *Zur Amtsträgereigensachaft nach* § 11, I, n. 2 c *StGB*, *NStZ* 1997.

[14] Além do relatório sobre a Áustria efetuado por ÜBERHOFEN in nota 3, p. 379 e ss., *vide* também BERTEL, "Infedeltá ed accettazione di regali da parte del repressentante", *RTDPE*, p. 43 e ss., 1988. Na doutrina italiana, já apontava essa direção político-criminal nos anos 60: PEDRAZZI, "Problemi e prospettive del Diritto Penale dell'impresa publica", *RIDPP*, 1966.

Político-criminalmente, os argumentos colidem com os dos suecos: onde tudo era público, é difícil indicar os motivos que farão com que os trabalhadores atualmente privados tenham um cenário penal tão diferente [15].

A aproximação ao fenômeno da corrupção privada não estaria completa se não se fizesse menção a uma última perspectiva: a patrimonial. Os fundos que saem de uma empresa para subornar um empregado público ou privado supõem um prejuízo patrimonial, a partir do ponto de vista econômico de que somente se admite como contraprestação econômica a expectativa patrimonial que supõe a promessa de o funcionário público ou privado poder considerar-se compensado. Igualmente, em contrapartida, na empresa cujo representante recebe o suborno, no mínimo, existe o perigo da administração desleal por parte do administrador subornado, que, ao encontrar-se em uma situação de conflito de interesses, pode preterir os interesses patrimoniais de sua empresa. Esse problema, até tempos muito recentes, somente encontrou resposta na jurisprudência, que, em alguns países, como a Áustria, considerou que os fatos, tanto por parte do "que dá" quanto do "que recebe", constituem um delito de administração desleal [16]. Como se pode comprovar, a pergunta que surge dessa perspectiva é em que proporção os delitos de "administração desleal" devem contribuir para a função social de lutar contra a corrupção [17]. O legislador italiano acaba de responder afirmativamente a essa pergunta. Na recente reforma do Direito Penal Societário, ele incluiu, como tipo especial de administração desleal, o delito de "*infidelita a seguito di dazione o promessa di utilitá*" (art. 2634 c.c.) [18] [19].

---

[15] *Vide* os relatórios de antigos países socialistas in nota 3, e também em relação à Rússia, que, em 1997, introduziu a corrupção entre particulares no seu Código Penal (art. 204), *vide* SEREBRENNIKOVA, in *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht, in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung* (Hrsg. Grobb), Leipziger Universitätverlag, 1998, p. 232.

[16] *Vide* BERTEL (nota 14), *passim*.

[17] Confira GÓMEZ BENITEZ, José Manuel, *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos: reflexiones sobre el desorden legal*, Madrid, Colex, 2001, p. 161 e ss.

[18] *Vide* sobre o Projeto Milittelo, *RTDPE*, p. 905 e ss., 2000, a idéia de incluir uma corrupção de administradores corresponde à velha proposta de MARINUCCI/ROMANO, "Tecniche normative nella repressione, penale degli abusi degli amministratori di societá per azioni", *RIDPP*, p. 681 e ss., 1971, especialmente p. 685, os quais defendiam já nos anos 70 uma aproximação da empresa privada ao estatuto penal da função pública. *De lege lata*, o art. 204 do CP russo pode se enquadrar também nessa direção, já que se situa em conjunto com dois delitos pertencentes ao marco da administração desleal no capítulo denominado "Proteção da lealdade na prestação de serviços".

[19] N. do T.: Entre nós, a corrupção ativa e a passiva no setor privado configuram delitos de concorrência desleal, definidos no art. 195, IX e X, da Lei n. 9.279, de 14.5.1996.

(*) ADÁN NIETO MARTÍN é Professor Titular de Direito Penal na Universidade de Castilla - La Mancha.

O Ministério Público e a presidência das investigações

André Guilherme Tavares de Freitas (*)

1. Introdução

Muito se tem abordado, ultimamente, sobre a possibilidade de investigação direta por parte do Ministério Público, atividade cada vez mais crescente, ante a inépcia investigativa corriqueiramente observada na polícia judiciária.

Bradam algumas vozes no sentido da impossibilidade desta providência ministerial, tomando-se, como norte para este posicionamento, o fato de que a atividade de polícia judiciária foi constitucionalmente conferida às polícias federal e civil, nos termos do art. 144, § 1º, IV e § 4º, razão pela qual qualquer investigação de fato penalmente relevante diretamente realizada pelo Ministério Público estaria a vulnerar as atividades policiais, além de se substituir a estas, pelo que não se poderia coadunar com dita prática.

Ademais, sustentam que ao Ministério Público foi conferido o poder de requisitar diligências investigatórias (art. 129, VIII, CR), e não de realizá-las diretamente, o que só poderia ser feito através da atividade policial.

Antes de se analisar os argumentos jurídicos deste posicionamento exposto, convêm analisarmos os fundamentos fáticos que conduziram à postura restritiva destacada.

O último enfrentamento do tema efetivado pela Suprema Corte foi motivado por recurso em *Habeas Corpus* (RHC 81.326-DF) interposto por delegado de polícia federal que não pretendia ver-se investigado, diretamente, pelo Ministério Público Federal, razão pela qual utilizou-se daquela via para amparar seu não atendimento à notificação para comparecimento, a fim de prestar esclarecimentos, ao núcleo ministerial de investigação respectivo.

Os casos que motivam o Ministério Público a atuar diretamente nas investigações geralmente giram em torno do aspecto de serem os envolvidos no fato de relevo penal pessoas que, em razão do *status* social que ostentam ou em função do cargo público ocupado, provavelmente não terão uma investigação minuciosa por parte dos órgãos policiais, como, *v.g.*, nos casos de agentes de alto escalão ou naqueles em que policiais investigam policiais.

Ademais, a atuação ministerial direta na fase investigativa, em não poucas hipóteses, está relacionada à ineptude policial para efetivar as inúmeras

diligências investigativas que lhe são atribuídas, não conseguindo, pois, desempenhar adequadamente seu *munus*, o que acarreta a necessidade de atuação do Ministério Público para que a persecução penal seja realizada com eficiência.

Por outro lado, sabemos que a deflagração da ação penal não pode ser algo arbitrário, necessitando da presença de uma condição denominada "justa causa", que é o suporte fático probatório mínimo que autoriza o recebimento da prefacial acusatória, com a conseqüente inauguração da segunda fase da *persecutio criminis*, pelo que uma investigação inexistente ou mal feita obsta o início da ação penal.

Recorde-se, outrossim, que existe, em nosso ordenamento jurídico penal, um instituto denominado "prescrição", do qual decorre a penalização do Estado por sua morosidade, fixando o legislador prazos para o exercício da pretensão punitiva e da pretensão executória (ressalvando a exceção constitucional da imprescritibilidade), motivo pelo qual, permanecendo o Ministério Público à mercê da ineficiência investigativa policial, certamente verá, em inúmeras hipóteses, sua pretensão punitiva fulminada pela prescrição ou, o que é ainda mais comum, a diluição no tempo do acervo probatório, pois, caso não colhido com prontidão e rapidez, pode ser perdido em definitivo.

Vistos estes aspectos, indaga-se: a quem poderia interessar a não atuação direta do Ministério Público na fase investigativa? Àqueles que pretendem manter ou restaurar a paz social? Àqueles que almejam ver os autores delituosos perseguidos criminalmente e punidos por seus atos infratores?

A resposta há de ser negativa. Essa vedação somente pode interessar àqueles que querem permanecer impunes por seus atos, sabedores que a investigação policial, em não raras vezes corrompida ou ineficiente, não galgará carrear indícios suficientes em desfavor dos mesmos; interessará também àqueles que pretendem manter o monopólio completamente descabido e ilegal dos fatos que serão objeto de investigação e processamento; será de grande interesse daqueles que querem à distância o órgão fiscalizador, para que não possa ter conhecimento e apurar os eventuais "desvios" e "favorecimentos" perpetrados pelos mesmos; interessará também aos incontáveis delinqüentes de grande porte e seus defensores, pois mais sucesso terão em obter a vitória, caso sujeitos unicamente à "capenga" investigação policial; interessará, com muito mais razão, àqueles que estão mais comprometidos com o caos do que com a paz social.

2. Da ausência de embasamento constitucional e infraconstitucional para pertencer exclusivamente às Polícias a investigação criminal.

Em que pese não se anuir, cabe aqui analisar um dos argumentos invocados para se afastar o Ministério Público das investigações, referente ao aspecto de que a Constituição da República teria atribuído a atividade investigatória

criminal, com exclusividade, às Polícias Federal e Civil, nos termos do art. 144, § 1º, IV e § 4º.

Convém, desde logo, salientar que regras constitucionais podem ser excepcionadas por outras regras de cunho igualmente constitucional, conforme se observa, sem querer exaurir as hipóteses, e sim apenas para exemplificar, no art. 58, § 3º, CR, que prevê as Comissões Parlamentares de Inquérito; ou seja, o absolutismo pretendido claramente não foi previsto pelo legislador constituinte originário.

Porém, caso ainda se pretenda fincar o entendimento no argumento acima, devemos, então, começar a repensar a constitucionalidade de diversas normas federais que prevêem a possibilidade de investigação penal por órgãos outros que não se inserem na atividade policial, como, *v.g.*, o Poder Judiciário, quando investiga magistrados suspeitos de práticas delituosas (art. 33 da Lei Complementar nº 35/79), ou quando investiga crimes falimentares (art. 103 e segs. do Decreto-lei n. 7.661/45).

Não se pode olvidar que nosso Diploma Processual Penal afastou expressamente a tese da exclusividade, no termos do art. 4º, parágrafo único, cuja redação vem sendo mantida no texto da reforma do Código de Processo Penal em trâmite no Congresso Nacional.

Contudo, a pueril tese de pertencer com exclusividade a investigação criminal às polícias civil e federal além de inobservar o interesse público, só poderá prevalecer em outra realidade constitucional que não a presente, onde se observa, claramente, que o constituinte dissociou as idéias de função de polícia judiciária e função de investigação penal, nos termos do § 4º, do art. 144, mencionando que *"Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, **as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais**, exceto as militares."* (grifou-se)

Vale dizer, deixou claro o constituinte que, na atividade de polícia judiciária, não se inclui a de apuração de infrações penais, referindo-se a ditas funções separadamente, e, ao atribuir função com exclusividade à polícia, atribuiu a função de polícia judiciária, e, mesmo assim, à polícia federal (art.144, § 1º, IV).

Resta saber o que se entende por atividade de polícia judiciária.

A doutrina acertada se posiciona no sentido de ter o legislador processual penal elencado no art. 13 do CPP o que entende ser atividade de polícia judiciária, função esta que pode ser traduzida como auxiliar da Justiça, incumbido às polícias de âmbito estadual e federal desempenhá-las em auxílio ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

Neste norte nos orienta o Prof. Marcellus Polastri Lima, salientando que *"as funções de polícia judiciária não se refletem necessariamente na apuração de crimes, cabendo também auxiliar a justiça criminal, fornecer informações necessárias à instrução*

e julgamentos de processos, realizar diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público e cumprir mandados de prisão, na forma do art. 13 do CPP." [1]

Destaca-se que a própria Excelsa Corte Pátria estabelece diferença entre função de polícia judiciária e apuração de infrações penais e sua autoria [2], aspecto este também observado no bojo da Carta Magna (art. 144, § 4º), razão pela qual pode-se concluir com segurança que não são ditas funções sinônimas.

Vejam que a lei adjetiva penal, no art. 13, não se referiu às diligências investigativas realizadas de ofício diretamente pela polícia, e sim mencionou atividades típicas de apoio aos órgãos componentes da justiça já referidos, vale dizer expressou o que pode ser tido como atividade de polícia judiciária.

Em que pese ser a apuração de crimes atividade típica e característica da polícia, não se insere na conceituação de função de polícia judiciária, institutos expressamente mencionados de forma autônoma pelo Constituinte.

Nestes termos, bem destacou o Prof. TOURINHO FILHO:

> *"A Polícia Judiciária exerce aquela atividade, de índole eminentemente administrativa, de investigar o fato típico e apurar a respectiva autoria. É o conceito que se infere do art. 4º do CPP. Contudo, o art. 144, § 1º, IV, e § 4º, da CF distinguem as funções de apurar as infrações penais e as de Polícia Judiciária. Já que houve tal distinção, é lícito afirmar, nos termos do § 4º do art. 144 da Lei Maior, que às Polícias civis, dirigidas por Delegados de Polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de investigar as infrações penais e sua respectiva autoria, **bem como fornecer às Autoridades Judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos; realizar as diligências requisitadas pela Autoridade Judiciária ou Ministério Público; cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades competentes; representar ao Juiz no sentido ser decretada a prisão preventiva ou temporária; representar ao Juiz no sentido de se proceder ao exame de insanidade mental do indiciado; cumprir cartas precatórias expedidas na área de investigação criminal; colher a vida pregressa do indiciado; proceder à restituição, quando cabível, de coisas apreendidas, realizar as interceptações telefônicas, nos termos da Lei n. 9.296/96 etc."*** [3] (grifou-se)

---

[1] *Curso de Processo Penal*, vol. I, RJ: Lumen Juris, 2002.
[2] ADIn nº 1557-DF, rel. Min. Maurício Corrêa, in *Informativo do STF* nº 71.
[3] *Processo Penal*, vol. I, p. 190 e segs., ed. Saraiva, 2003.

A parte em grifo acima refere-se, pois, às atividades tidas como de Polícia Judiciária, a serem desempenhadas pelas Polícias Federal e Civil, função esta técnica e textualmente distinta da função de apuração das infrações penais e respectivas autorias.

3. Da constitucionalidade do Ministério Público presidir as investigações penais

Feito o intróito necessário, cabe agora adentrarmos no foque central do trabalho, referente à possibilidade do *Parquet* presidir as investigações de cunho penal, expondo, ainda, as conseqüências e prerrogativas decorrentes desta permissibilidade.

Conveniente, contudo, esclarecer que a presidência das investigações aqui sustentada não é referente às realizadas no inquérito policial, que, como o próprio nome diz, deve ser presidido por delegados de polícia de carreira; o que se assevera é que o Ministério Público não só pode como deve presidir as investigações relacionadas aos procedimentos apuratórios penais que instaurar.

Apesar de já superado doutrinária e jurisprudencialmente a primeira argumentação comentada acima, tem-se visto, atualmente, ser sustentado com maior vigor que a impossibilidade do Ministério Público investigar diretamente as infrações penais e suas respectivas autorias está assentado no fato de que a Carta Maior só permitiu ao *Parquet* a possibilidade de requisitar a instauração de inquérito policial e a realização de diligências investigatórias (art. 129, VIII, do CR); não contemplou, porém, a possibilidade do mesmo realizar e presidir inquérito penal.

Apesar de ter sido neste sentido a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento mais recente sobre o tema proferido [4], a matéria não encontra guarida pacífica na Corte, onde, pelo que se tem notícia, encampam este entendimento os Ministros Nelson Jobim, Marco Aurélio e Carlos Velloso, encontrando contrariedade no posicionamento dos Ministros Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira (aposentado), Joaquim Barbosa, Carlos Britto e, em parte, Carlos Velloso [5].

Bom frisar, ademais, que a possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público é matéria já pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, onde reiteradamente se decide ser o *Parquet* "*detentor de competência para efetuar diligências, colher depoimentos, investigar os fatos a fim de poder oferecer denúncia*" [6], e ainda que "*competindo ao Ministério Público promover,*

---

[4] RHC 81.326-DF, rel. Min. Nelson Jobim, *Informativo do STF* n. 307.
[5] HC 83.157-MT, rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/07/03.
[6] RMS 12.357-RJ, rel. Min. Vicente Leal, j. 19/11/02 (no mesmo sentido: HC 12.685-MA, rel. Min. Gilson Dipp, j. 11/06/01).

privativamente, a ação penal pública, servindo o inquérito policial apenas de instrumento informativo para formar sua ***opinio delicti****, não há óbice legal que, diretamente ou por meio da autoridade policial, obtenha os elementos de convicção para propositura da demanda".* [7]

Na presente exposição se pretende externar que o Ministério Público não só tem a prerrogativa de realizar diligências investigatórias de forma direta, como já destacado, mas, também, presidir as apurações penais.

As investigações pré-processuais têm a única finalidade de fornecer subsídios para que o titular da ação penal possa exercitar com segurança e eficiência sua *opinio delicti*, poder este desempenhado pelo Estado-Administração através do Ministério Público, e tanto assim é que o inquérito policial é peça eminentemente dispensável, pois, já tendo obtido o *Parquet* os elementos suficientes para deflagrar a *persecutio criminis in judicio*, despiciendo será aquele procedimento investigatório.

Destarte, neste ponto, não há voz que possa bradar em contrário; o inquérito policial e qualquer outro procedimento investigatório de cunho penal têm como destinatário final o Ministério Público; a existência destes está baseada em servir o Órgão Ministerial dos elementos de que necessitar para o exercício de seu *munus* constitucional; é o Ministério Público quem terá a palavra final sobre terem sido ou não suficientes as investigações realizadas para o embasamento da prefacial acusatória.

Diante disto, a função constitucionalmente atribuída ao Ministério Público pressupõe sempre a atribuição em conjunto dos meios necessários para o regular desempenho desta [8], não podendo, desta forma, ser entendido que a atuação ministerial relacionada ao exercício do direito de propositura da ação penal pública poderia ficar restringida ou subordinada à apuração prévia por parte de outros órgãos de investigação.

O Ministério Público não tem como característica a inércia, não depende de provocação; não só pode como deve buscar os elementos de que necessitar para cumprir seus deveres junto à sociedade. Ele certamente saberá com maior precisão aquilo do que precisa para formar seu convencimento. Qual seria, então, o motivo da exigência impreterível de se buscar estes elementos de prova através de requisição a outro órgão, que poderá fazê-lo morosa e tardiamente, fazer de forma incompleta ou até mesmo não fazê-lo? Estar-se-ia, então, absurdamente estabelecendo que outros órgãos poderiam peneirar os fatos que devam chegar ao conhecimento do Ministério Público, como se este fosse um órgão inerte, ou melhor dizendo, haveria então uma "**alfândega**" entre a sociedade e o órgão incumbido de defendê-la?

---

[7] ROMS 12357-RJ, rel. Min. Vicente Leal, j. 05/05/03.

[8] Neste sentido, Aury Lopes Jr., in *Sistemas de Investigação Preliminar-RJ*: Lumen Juris, 2002, pp. 142/143.

Ademais, bem se sabe que o parágrafo único do art. 4º do CPP, recepcionado constitucionalmente, deixou claro que autoridades administrativas outras diversas das policiais poderão presidir investigações penais.

Com efeito, a Lei Federal nº 8625/93, no seu art. 26, I e V, e art. 27, parágrafo único, I e III, e a Lei Complementar Federal nº 75/93, em seu art. 8º, I, V e VII, c/ c art. 80 da Lei nº 8625/93, estão a autorizar expressamente a instauração de procedimento investigatório penal por parte do Ministério Público, com a conseqüente presidência do feito, destacando-se, em especial, o disposto no art. 26, I e V, da Lei nº 8625/93:

> "**Art. 26.** No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:
> I - Instaurar inquéritos civis e outras medidas e *procedimentos administrativos pertinentes...*
> V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;" (grifou-se)

Ditos permissivos legais encontrão perfeito albergue constitucional, conforme o disposto no art. 129, VI e IX, que viabilizam ao Ministério Público *"expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva"* e *"exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade"*, razão pela qual a atuação Ministerial na instauração e presidência de procedimentos investigatórios de cunho penal está pautada nos estritos termos legais e constitucionais inerentes.

4. Conclusão

Por tudo o que se expôs, resta evidenciado que a sustentação da impossibilidade de investigação direta, bem como da presidência das investigações por parte do Ministério Público traduz-se em buscar subterfúgios e meandros legais para se almejar o afastamento das apurações penais do órgão maior interessado no sucesso delas, e legítimo representante e defensor da sociedade, que tem como uma de suas finalidades precípuas proteger e manter a paz social.

O insuficiente argumento de que a Carta Magna apenas permitiu ao Ministério Público requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial está centrado em análise cega e isolada da Constituição, focando-se apenas em um dos incisos do art. 129, sequer dando-se ao trabalho de estender um pouco mais a leitura.

Por outro lado, olvida dita argumentação preceitos basilares de direito, como o que diz ser a interpretação literal ou gramatical a mais burra e pobre de todas, pois *"embora o espírito da norma deva ser pesquisado a partir de sua letra, cumpre*

evitar o excesso de apego ao texto, que pode conduzir **à injustiça, à fraude e até ao ridículo**" [9] (grifou-se), não podendo ser utilizada isoladamente e sim em conjunto com os demais métodos interpretativos, em especial o sistemático e o teleológico, através dos quais se disciplina, respectivamente, que as normas devem ser interpretadas em compatibilidade com o sistema a que pertencem, tendo em vista sua unidade, e que "*as normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade*" [10].

---

[9] Luís Roberto Barroso, in *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 120, 2ª ed.
[10] Ob. cit., p. 129.

(*) André Guilherme Tavares de Freitas é Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Direitos humanos e globalização: conquistas e desafios (*).

ANTÔNIO JOSÉ MARTINS GABRIEL (**)

1. Introdução.

2. Direitos Humanos de primeira geração e o Estado liberal.

3. A constitucionalização dos direitos humanos.

4. Direitos humanos de segunda geração e o Estado social.

5. Direitos humanos de terceira geração.

6. A internacionalização dos direitos do homem.

7. A Guerra Fria e a indivisibilidade dos direitos humanos.

8. Conquistas e decepções do processo de internacionalização dos direitos humanos.

9. A federalização do sistema de proteção aos direitos humanos no Brasil.

10. Globalização e exclusão social.

11. A globalização e o enfraquecimento da soberania dos Estados e da cidadania.

12. A globalização e o sindicalismo.

13. A integração regional e os direitos humanos.

14. A humanização do processo de globalização.

15. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O objeto da preocupação teórica que desenvolvemos no curso deste trabalho consiste em enfrentar os desafios trazidos pela globalização, buscando a sua humanização, para que os benefícios dela decorrentes possam reverter em favor

(*) Trabalho acadêmico apresentado no Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá.

de toda a humanidade, diminuindo-se gradativamente o fosso entre países ricos e pobres, bem como entre excluídos e globalizados.

A rigor, o grande dilema do credo ultraliberal ora dominante é que, dentro do quadro jurídico-político conhecido até agora, os direitos humanos somente se realizam em sua indivisibilidade dentro dos territórios nacionais e com as instituições do Estado-providência.

Logo, em síntese, procuram-se alternativas objetivando compatibilizar a efetividade dos direitos humanos fundamentais com a idéia de universalização dos mercados.

O segundo tópico, denominado *Direitos Humanos de Primeira Geração e o Estado Liberal*, dedicamos ao surgimento dos direitos civis e políticos e a necessidade de diminuição da excessiva interferência do Estado na vida do indivíduo (Estado Liberal).

No terceiro tópico, chamado *A Constitucionalização dos Direitos Humanos*, procuramos registrar o marco histórico da incorporação dos direitos civis e políticos às Constituições liberais do final do séc. XVIII e começo do séc. XIX.

O quarto tópico, rotulado de *Direitos Humanos de Segunda Geração e o Estado Social*, é dedicado ao nascimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, bem como a assunção, por parte do Estado, de uma postura mais intervencionista para enfrentamento das injustiças sociais decorrentes da revolução industrial (Estado Social de Direito).

No quinto tópico, que denominamos de *Direitos Humanos de Terceira Geração*, fazemos alusão à eclosão dos direitos da solidariedade ou da fraternidade, que se desenvolveram especialmente no direito internacional em função das experiências decorrentes das duas Guerras Mundiais e das crises econômicas.

O sexto tópico, intitulado *A Internacionalização dos Direitos do Homem*, retrata o fenômeno da multiplicação e universalização dos direitos humanos operado após o término da 2-ª Guerra Mundial, principalmente por força da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) surgida no seio da ONU.

Num sétimo tópico, enunciado *Guerra Fria e Indivisibilidade dos Direitos Humanos*, consignamos o fato da divisão dos mundos em dois blocos político-econômicos haver impedido que a comunidade internacional punisse os governos que violaram direitos humanos.

Já no oitavo tópico, que denominamos de *Conquistas e decepções do Processo de Internacionalização dos Direitos Humanos*, revelamos, por um lado, a decepção decorrente do distanciamento entre a retórica da proclamação formal do ideal da dignidade da pessoa humana e sua efetivação política através da prática dos Estados e, paralelamente, o sucesso decorrente da capacidade do direito internacional de influenciar o direito doméstico no tocante aos direitos humanos.

No nono tópico, chamado *A Federalização do Sistema de Proteção dos Direitos Humanos no Brasil*, mencionamos o projeto de emenda constitucional do Deputado Hélio Bicudo que contempla, em caráter excepcional, mecanismo

processual de deslocamento pontual da Justiça Estadual para a Justiça Federal de violações de direitos humanos a se efetivar quando as autoridades locais se demonstrarem inertes.

No décimo tópico, rotulado de *Globalização e Exclusão Social*, procuramos apontar os malefícios trazidos pelo doutrina ultra-liberal do *laissez-faire* à grande massa da população social não globalizada dos Estados periféricos e, também, dos Estados centrais, variando, tão-somente, o grau de exclusão.

O décimo-primeiro tópico, intitulado *A Globalização e o Enfraquecimento da Soberania dos Estados e da Cidadania*, contempla a metamorfose radical promovida na soberania dos Estados pelo fenômeno da globalização, bem como o conseqüente enfraquecimento da cidadania, proporcionando o ressurgimento de manifestações de "localismos subnacionais".

No décimo-segundo tópico, por nós batizado de *A Globalização e o Sindicalismo*, mencionamos a luta travada pelos principais sindicatos da América do Sul em introduzir a dimensão social na agenda da integração regional econômica, bem como o risco do ressurgimento do corporativismo sindical sob influência das empresas transnacionais.

Já o décimo-terceiro tópico, denominado *A Integração Regional e os Direitos Humanos*, alude à formação, pelos Estados, de importantes blocos regionais, visando implementar mecanismos comuns de defesa para impor alguns limites ao *laissez-faire* decorrente do processo de globalização.

Finalmente, no décimo-quarto tópico, chamado *A Humanização do Processo de Globalização*, buscamos alternativas com intuito de compatibilizar a efetividade dos direitos humanos fundamentais com a idéia de universalização dos mercados.

2. Direitos humanos de primeira geração e o Estado liberal

O pensamento medieval do mundo Ocidental [1] contemplava a crença na sacralidade da pessoa humana e na existência de determinadas regras transcendentais às quais os súbitos estariam submetidos.

As obras *O Príncipe*, de Maquiavel e *Leviatã*, [2] de Thomas Hobbes [3] erigem-se em marcos históricos da construção filosófica do absolutismo (sécs. XVII e XVIII). Hobbes, partindo de uma concepção francamente negativa a respeito da natureza humana, que pode ser sintetizada através da sugestiva frase " o homem é lobo do próprio homem ", sustentou terem os homens, por intermédio de um contrato social, alienado a liberdade que desfrutavam em estado de natureza em troca

---

[1] Cf. Lew Andowski, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 4-12.

[2] Hobbes, Thomas. *Leviathan*. New York, Washington Square Press, 1976, p. 88 e ss.

[3] O pensamento de Hobbes, maior filósofo político da Idade Moderna, até Hegel, é sintetizado por Norberto Bobbio, na obra *A Teoria das Formas de Governo*, Brasília, UNB, 10ª Ed., pp. 107-116, tradução de Sérgio Bath.

da segurança fornecida pelo Estado na vida em sociedade.

É correto, portanto, asseverar-se que o tema direitos humanos, em seu nascedouro, se acha umbilicalmente associado à necessidade de se reduzir a excessiva interferência do Estado na vida dos cidadãos.

Com efeito, nos séculos XVII e XVIII, com o advento do Iluminismo, que teve como seu principal inspirador JOHN LOCKE, desenvolveu-se um jusnaturalismo de cunho racional, o qual preconizava, em síntese, ser o homem titular de direitos naturais inatos, que seriam eternos e inalienáveis, restringindo-se o papel do Estado a garantir o exercício dessas liberdades (direitos negativos).

Estes direitos civis e políticos (direitos de primeira geração), dentre os quais merecem especial destaque o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à resistência, catalisaram as revoluções liberais-burguesas (Estado Liberal de Direito), cujos partidários preconizavam um atitude abstencionista do Estado (zelar pela fruição individual desses direitos [4]), sendo-lhe vedada qualquer intromissão na esfera do indivíduo.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A Constituição francesa de 1791, com sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 1789, e a Constituição Americana de 1787, com a incorporação do *Bill of Rights*, ensejaram a era da constitucionalização dos direitos civis e políticos (positivação dos direitos individuais), que se estendeu às Constituições liberais do final do séc. XVIII e começo do séc. XIX.

4. DIREITOS HUMANOS DE SEGUNDA GERAÇÃO E O ESTADO SOCIAL

Contudo, a explosão tecnológica decorrente da Revolução Industrial ocorrida nos sécs. XVIII e XIX acarretou péssimas condições de vida para os trabalhadores [5]. Em conseqüência, a Europa foi abalada por um surto de greves e rebeliões, que proporcionou as condições necessárias para o surgimento dos ideais socialistas e do sindicalismo.

As injustiças sociais guindaram o Estado para uma postura intervencionista, passando o mesmo a interferir nos conflitos sociais com o intuito de amparar a massa trabalhadora explorada.

Em substituição ao Estado Liberal surgiu o Estado Social e, com ele, os direitos econômicos, sociais e culturais (direitos positivos ou de segunda geração), dos quais, modernamente, merecem destaque o salário-mínimo, a

---

[4] Cf. POUND, V. Roscoe. *Liberdades e garantias constitucionais*. São Paulo, Ibrasa, 1972, pp. 57-58.

[5] A respeito deste singular período histórico, é de ser consultado ASHTON, T. S. *A revolução industrial: 1760-1830*, Lisboa, Europa América, 2ª Ed.

fixação da jornada de trabalho, a proteção em face do desemprego, invalidez ou morte, a aposentadoria e o direito à greve.

Após o advento da Revolução Russa (1917) e o término da Primeira Guerra Mundial (1914/1918), a Constituição de Weimar (1919), de forma pioneira, dedicou um capítulo aos direitos econômicos e sociais, servindo de paradigma para as Constituições subseqüentes do mundo Ocidental.

5. Direitos humanos de terceira geração

No século XX, a experiência das duas Guerras Mundiais aliada aos problemas decorrentes das sucessivas agressões ao meio ambiente, fruto da acirrada competição econômica travada entre os países mais ricos e à explosão demográfica, proporcionou o surgimento dos chamados direitos de terceira geração (direito à paz, à preservação do meio ambiente, à autodeterminação dos povos *etc*), que se desenvolveram especialmente no Direito Internacional, e que foram denominados de direitos da solidariedade ou da fraternidade.

Segundo Alberto do Amaral Júnior [6], " até a primeira metade do séc. XX, a proteção dos direitos humanos no plano internacional era feita pelo mecanismo das relações interestatais ".

Sustentava-se que a proteção dos direitos humanos pertencia ao domínio reservado dos Estados. Só que a falta de regras específicas proporcionou o cometimento de incontáveis abusos, pois, a rigor, os Estados obedeciam à lógica dos seus interesses conjunturais.

6. A internacionalização dos direitos do homem

Após o término da 2ª Guerra Mundial, principalmente por força da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), surgida no seio da ONU, operou-se o fenômeno da multiplicação e universalização dos direitos humanos. Essa proliferação, na visão de Norberto Bobbio [7], "ocorreu de três modos: **a)** porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; **b)** porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; **c)** porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente *etc*".

Por oportuno, registre-se que os vinte e um primeiros artigos da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) enumeram os direitos civis e políticos dos cidadãos contra o risco de interferência arbitrária do Estado na esfera

---

[6] Amaral Júnior, Alberto do. *A institucionalização internacional dos direitos humanos: conquistas e desafios*, p. 640. / Piosevan, Flávia (organizadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

[7] Bobbio, Norberto. *A era dos direitos* (tradução Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro, Campus, 1992. p. 68.

individual. Garantem-se aqui as denominadas liberdades negativas, tais como a liberdade de locomoção, pensamento, opinião, religião, voto, propriedade *etc.*

Já o art. 22 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) define conceitualmente os direitos sociais (direitos de segunda geração), substituindo, no sentir de José Eduardo Faria [8], " a idéia de um Estado sem qualquer compromisso, a não a ser o de garantir a ordem com base numa lei de liberdade, que constitui a essência dos 'direitos humanos de primeira geração', pela noção de um Estado pró-ativo".

Justifica-se esta mudança na atuação do Estado, na medida em que os direitos sociais exigem, para a sua efetividade, uma atuação "provedora" do Poder Executivo. Acontece que sua concretização depende da realização de políticas públicas, as quais, por sua vez, pressupõem dotações orçamentárias específicas só possíveis diante de um quadro de sucesso da política tributária.

Não é por outro motivo que os direitos sociais são comumente adjetivados de "relativos" e "progressivos".

Já o art. 28 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) consubstancia a institucionalização dos direitos humanos tanto no âmbito doméstico como nas relações externas, o que pressupõe regras e procedimentos para a sua plena realização.

É certo que a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), por não ser um tratado, não vincula os Estados-membros da ONU. Contudo, não se pode olvidar a circunstância deste documento haver exercido forte influência na elaboração de instrumentos nacionais e internacionais de tutela dos direitos humanos [9].

Com efeito, no rastro da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) surgiram no plano internacional diversos documentos formalizadores de direitos humanos fundamentais, destacando-se:

(1) O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), que entraram em vigor em 1976, adotaram um sistema de relatórios, cujo objetivo é permitir que os Estados-partes informem sobre as medidas tomadas para a proteção dos direitos humanos. O primeiro Pacto instituiu, ainda, um Comitê dotado de competência facultativa para receber e encaminhar as reclamações que lhe fossem dirigidas.

---

[8] Faria, José Eduardo. *O artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: algumas notas sobre suas condições de efetividade*, p. 598. / Piosevan, Flávia (organizadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

[9] Cf. Amaral Júnior, Alberto do. Obra citada, p. 642.

(2) No âmbito do Continente Europeu, em 1953, a Convenção Européia de Direitos Humanos instituiu a Corte Européia de Direitos Humanos, a qual, desde 1998, permite o acesso direto dos indivíduos.

(3) No âmbito do Continente Americano, a internacionalização dos direitos humanos se processou através da Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), da Carta Interamericana de Direitos Sociais (1948) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos [10] (Pacto de San José) - 1968, que, porém, só entrou em vigor onze anos depois. A última contempla, ainda, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com funções judicantes e consultivas.

Nesta etapa de internacionalização dos direitos humanos, os indivíduos adquirirem capacidade processual para pleitear direitos na esfera internacional e, comumente, atribui-se aos órgãos de supervisão criados pelos tratados de direitos humanos capacidade para empreender investigações, requisitar informações dos governos e para elaborar relatórios tendentes à correção de violação a direitos humanos, bem como o sistema de petições individuais e interestatais noticiando fatos relevantes.

Contudo, é de se ressaltar que, nos Tratados firmados pelos diversos Estados, são admitidas cláusulas de reserva e limitação ou restrição de certos direitos em situações de emergência, assim como cláusulas facultativas de reconhecimento da competência de órgãos de supervisão internacional para examinar petições ou comunicações individuais e interestatais, bem como de reconhecimento da jurisdição compulsória de órgãos judiciais de proteção dos direitos humanos [11].

Em conseqüência, resta facilmente assimilada a idéia da função subsidiária da proteção internacional dos direitos humanos. Em outras palavras, importa em dizer que incumbe aos Estados promoverem a proteção dos direitos humanos no plano interno, só se iniciando a atuação dos órgãos internacionais quando esta se revelar falha, como conseqüência da generalização, nas últimas décadas, da consciência de que a proteção aos direitos humanos não se circunscreve ao âmbito interno dos Estados.

---

[10] A respeito da proteção dos direitos humanos no Mercosul, recomenda-se LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *A proteção dos direitos humanos no Mercosul.* / PIOSEVAN, Flávia (organizadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional.* São Paulo, Max Limonad, 2002.

[11] Cf. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Obra citada, pp. 645-646.

7. A Guerra Fria e e indivisibilidade dos doreitos humanos

A comunidade internacional sempre teve suas atenções muito mais voltada para a violação dos direitos civis e políticos do que propriamente para a situação dos direitos econômicos e sociais [12].

Aliás, se cotejarmos os Pactos sobre direitos civis e políticos e sobre direitos econômicos, sociais e culturais, ambos de 1966, verifica-se ser notória a superioridade dos instrumentos e mecanismos previstos para proteção daqueles.

Tal disparidade justifica-se na medida em que a realização dos direitos de primeira geração dependem de "prestações negativas" do Estado, enquanto que a satisfação dos direitos sociais dependem de políticas estatais públicas, cuja viabilidade se acha diretamente vinculada ao orçamento.

Dito isto, entende-se perfeitamente a razão pela qual os países do Leste, na pendência da Guerra Fria, ao serem acusados de sucessivas violações aos direitos civis e políticos, insistiam em reafirmar a indivisibilidade dos direitos humanos como um todo, o que pressupõe equiparação de importância de todas as espécies de direitos fundamentais. É que, a juízo dos antigos países socialistas, eles dispensavam maior efetividade aos direitos sociais.

Certo é que a divisão ideológica impediu que a comunidade internacional punisse os governos que violassem direitos humanos. Com efeito, é do escólio de Jayme Benvenuto Lima Jr [13] que " a divisão dos mundos em dois blocos político-econômicos fazia com que se ouvisse, no campo dos movimentos liberais-capitalistas, afirmações de que os direitos humanos econômicos, sociais e culturais eram direitos 'comunistas', enquanto no campo dos movimentos de esquerda se ouviam afirmações de que os direitos humanos civis e políticos eram direitos 'burgueses'. Ambas as afirmações tinham o objetivo de desacreditar os direitos considerados, vesgamente opostos a suas doutrinas ".

Conquanto a Guerra Fria já seja uma página virada na história da humanidade, em sede de eficácia da proteção dos direitos humanos, é correto asseverar-se que os direitos civis e políticos (individuais), porquanto correspondentes a uma atitude de abstenção por parte das autoridades estatais, encontram-se protegidos por remédios processuais já consagrados, sendo garantido ao indivíduo ofendido em seus direitos o recurso ao Judiciário, invocando o remédio jurídico-processual adequado para fazer cessar a violação. Já a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, por se achar intimamente ligada à atuação dos governantes, mediante a implementação de

---

[12] Cf. Alves, José Augusto Lindgren. *Cidadania, direitos humanos e globalização*, pp. 78-81. / PIOSEVAN, Flávia (organizadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

[13] Lima Jr., Jayme Benvenuto Lima. *O caráter expansivo dos direitos humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade*, p. 653. / Piosevan, Flávia (organizadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

políticas públicas vinculadas à previsão orçamentária, depende muito mais de uma ação política do que jurídica [14]. Mais problemática se afigura, ainda, a proteção dos direitos de terceira geração, haja vista tratarem-se de direitos difusos ou de titularidade coletiva, ressalvado o direito ambiental, o qual já se acha hoje razoavelmente resguardado no plano jurídico através da previsão de ações específicas. Este quadro se repete no plano internacional, já que os órgãos e tribunais internacionais já se acham suficientemente aparelhados para fazer recomendações, investigar e fazer cessar violações aos direitos de primeira geração, enquanto que a proteção aos demais direitos humanos se restringe ao exame de relatórios e à expedição de recomendações.

É esta a razão pela qual, conforme já dito anteriormente, se assevera ordinariamente que os direitos sociais são "relativos" e "progressivos".

Contudo, é necessário compreender a real significância desta afirmativa, sob pena de incorrermos em exegese equivocada.

Em verdade, quando o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sinalizou no sentido de que estes direitos fundamentais do homem fossem realizados progressivamente, o fez na perspectiva de que os Estados viessem a utilizar o máximo de recursos disponíveis para a realização dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais dentro de tempo razoável [15]. O pacto não quis, de forma alguma, relegar a um futuro incerto a implementação destes direitos.

Nesta linha, com rara felicidade, JAYME BENVENUTO LIMA JR. [16] aduz: " com o fim da Guerra Fria (...), ficou claro que os seres humanos têm necessidades políticas, civis, econômicas, sociais e culturais que devem ser alcançadas mediante a definição de direitos. Direitos, afinal, são construções sociais, historicamente orientadas por necessidades humanas ".

Afinal de contas, " a pobreza é tão degradante quanto a tortura " [17].

Restando assente o caráter indivisível dos direitos do homem, no sentido da sua exigibilidade como um todo, podem-se enunciar, de forma sintética e a título meramente exemplificativo, algumas medidas passíveis de ensejar efetividade aos Direitos Humanos civis, políticos, econômicos e sociais (DHESC): **(a)** traçar metas passíveis de serem atingidas em curto espaço de tempo com o intuito de erradicar a pobreza, promover a distribuição da riqueza e viabilizar

---

[14] Cf. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Obra citada, pp. 264-265.

[15] Em abono desta assertiva, ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*, Brasília, 1998, pp. 26-27, averba um dado histórico, ao registrar que a intenção originária no seio da ONU " era incluir em um único Pacto os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, dotados para implementação dos sistemas de relatórios e petições (este último em Protocolo separado)". Mais adiante, acrescenta que, entretanto, a ocorrência de "conflitos ideológicos próprios do período da Guerra Fria e também marcados pelo processo de descolonização, conseguiu estabelecer as bases dos dois Pactos de Direitos Humanos".

[16] LIMA JR., Jayme Benvenuto Lima, obra citada, p. 653.

[17] Frase proferida pelo representante da Indonésia durante o discurso proferido na 56ª Sessão da Comissão de Direitos Humanos da ONU, realizada em março de 2000, na cidade de Genebra.

a satisfação das necessidades básicas de todos (educação, saúde, emprego *etc*); (b) elaborar leis favoráveis ao gozo dos DHESC e criar eficiente sistema de monitoramento que garanta a implementação e universalização dos direitos humanos; (c) engendrar remédios constitucionais que viabilizem ao cidadão comum exigir perante o Poder Judiciário a observância e o atendimento de seus DHESC pelo Estado e (d) democratizar a gestão pública, incentivando-se a participação comunitária (sociedade civil organizada), não só na definição de prioridades de investimentos (orçamento participativo), como também no acompanhamento das políticas públicas sociais traçadas.

8. Conquistas e decepções do processo de internacionalização dos direitos humanos

O processo de internacionalização dos direitos humanos também acarretou algumas decepções, revelando distanciamento entre a retórica da proclamação formal do ideal da dignidade da pessoa humana e sua efetivação política através da prática dos Estados, bem como decorrente da dinâmica da relações internacionais [18] em direção a uma almejada nova ordem global.

Conforme alude Alberto do Amaral Júnior [19]: " os direitos humanos estiveram, em muitos casos, a serviço dos interesses econômicos e estratégicos das grandes potências. A disparidade de tratamento em relação às violações dos direitos humanos, em diferentes partes do mundo, revela a existência de políticas seletivas, que flutuam ao sabor das conveniências, ora mobilizando esforços para pôr fim às perseguições de minorias étnicas e religiosas e ao massacre de populações inteiras, ora exibindo a mais profunda indiferença perante esses acontecimentos. A passividade dos países ocidentais diante de situação dos 'intocáveis' na Índia ou do massacre maobere no Timor Leste, comprovam claramente esse fato " [20].

Para tanto, contribuiu sobremodo a inércia dos atores não-estatais (organizações não-governamentais e empresas transnacionais). É que, lamentavelmente, a maioria das pessoas, seja nos países periféricos como nos países centrais, têm suas preocupações imediatas voltadas para sua rotina doméstica (desemprego, violência, carestia, acontecimentos esportivos, fofocas dos bastidores da sociedade *etc*), não atentando para os problemas internacionais, os quais fazem parte da reflexão de um minoria esclarecida.

---

[18] Cf. Aragão, Eugênio José Guilherme de. *A sociedade civil no Brasil, a globalização e os direitos humanos*, p. 611. / Piosevan, Flávia (organizadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

[19] Amaral Júnior, Alberto do. Obra citada, p. 647.

[20] Na mesma linha, Eugênio José Guilherme de Aragão, obra citada, p. 632, preconiza: " precisamente pelo poder inerente ao discurso, este tem funcionado de forma polivalente, algumas vezes espelhando reivindicações legítimas de sociedades domésticas na busca de solidariedade internacional, mas, também, outras vezes, sendo usado por governos ávidos em administrar suas políticas hegemônicas em escala global. É preciso, pois, separar o joio do trigo".

Contudo, a internacionalização dos direitos humanos não é só merecedora de críticas, já que existem aspectos positivos a serem realçados.

Neste sentido, pondera OSCAR VILHENA VIEIRA [21]: " o maior sucesso do direito internacional dos direitos humanos, no entanto, tem sido sua capacidade de influenciar o direito doméstico, mais especificamente o direito constitucional dos diversos países que se reconstitucionalizaram nestes últimos cinqüenta anos".

A tal fato é de se aditar a circunstância do progresso das tecnologias de informação ter viabilizado a internacionalização da vida doméstica dos Estados, abrindo espaço para o debate com todo o tipo de violação aos direitos humanos e desacreditando o uso do princípio da não-ingerência para acobertar crimes contra a humanidade.

9. A FEDERALIZAÇÃO DO SISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Em verdade, hodiernamente organizações não-governamentais se formam em nível transnacional, travando com o Estado relações de conflito e de cooperação, sendo claramente perceptível o crescente peso da importância da atuação dos denominados atores não-estatais.

Certo é que a efetividade dos direitos humanos é vital para a sobrevivência da democracia, sendo inconcebível sem esta cogitar-se da resolução duradoura dos conflitos e da conseqüente implementação da paz global.

Dentro desta visão da necessidade de reforço das garantias da realização dos direitos fundamentais, no plano interno, é de se fazer referência à federalização do regime protetivo dos direitos humanos.

Com efeito, no bojo da reforma do Judiciário, a federalização do sistema de proteção aos direitos humanos foi objeto de acirrado debate, antes que se chegasse ao atual projeto de emenda constitucional em exame no Congresso Nacional, no qual o Deputado Hélio Bicudo manteve o modelo do art. 34, VII, **b**, da Carta Magna, que contempla mecanismo processual de deslocamento pontual da Justiça Estadual para a Justiça Federal, substituindo, contudo, a "intervenção" pelo denominado "incidente de deslocamento da competência para a Justiça Federal", através, desta feita, de decisão do STJ, e não mais do STF, como é no sistema vigente.

Saliente-se, por oportuno, que a atração é medida excepcional a ser admitida, tão somente, nas hipóteses concretas em que se revele manifesta a incapacidade das autoridades locais no trato com violações de direitos garantidos pela nossa Lei fundamental ou em tratados internacionais.

---

[21] VIEIRA, Oscar Vilhena. *Globalização e constituição republicana*, p. 467. / PIOSEVAN, Flávia (organizadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

Consoante bem salientou EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO [22]: " a emenda Hélio Bicudo, por mais críticas que possa sofrer (...), cristaliza, em plano constitucional, certos pressupostos que se tem como axiomáticos na nova ordem internacional: um, a prevalência da proteção internacional dos direitos humanos sobre a infralegalidade doméstica; outro, a complementaridade das instituições judiciais internacionais em relação aos Judiciários nacionais; e, em síntese, o reconhecimento de que, além de Estados, há indivíduos e outros atores não-governamentais, como legítimos aspirantes à participação nas relações internacionais ".

10. GLOBALIZAÇÃO E ESCLUSÃO SOCIAL

A fase keynesiana será sempre recordada como a fase áurea do séc. XX, pois, como lembra, com muita propriedade, ROLF KUNTZ [23]: ela "conseguiu conciliar enormes transformações tecnológicas e gerenciais com a manutenção e ampliação do emprego e a redução das desigualdades em grande parte do mundo capitalista".

Após o término da Guerra Fria, realizou-se em Viena (1993) a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, que resultou na declaração mais abrangente sobre o tema em sede internacional, a qual veio a provocar a universalização do discurso em torno dos direitos humanos no mundo contemporâneo. Contudo, um outro fenômeno surgia e definitivamente passou a ocupar o centro das atenções: o processo de globalização econômica. Com efeito, a ideologia do *laissez-faire* se impôs em escala planetária, com a promessa de que a liberdade de mercado levaria à liberdade política e à melhoria das condições de vida de todos. Mas haveria um preço inicial a pagar: o fim do Estado-providência, tido como nocivo à competividade, e a queda momentânea dos níveis de emprego, aliás, uma mera fatalidade "estrutural" [24].

Historicamente, o processo de globalização econômica deita suas raízes nos anos oitenta, quando, como noticia OSCAR VILHENA VIEIRA [25]: "com a vitória de governos conservadores na Grã-Bretanha, Estados Unidos e em diversos países centrais, articulou-se um forte discurso sobre a necessidade de restrição da atuação do Estado, seja no seu aspecto social, intervencionista e mesmo regulador. O objetivo declarado é liberar a economia das ingerências normativas do poder público e equilibrar o orçamento do Estado, criando condições mais adequadas ao bom funcionamento do mercado ". Este receituário neo-liberal foi incorporado ao denominado "Consenso de Washington, onde um grupo de economistas do governo norte-americano, do Banco Mundial e do FMI,

---

[22] ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de Araújo. Obra citada, p. 635.
[23] KUNTZ, Rolf. *Direitos sociais em cheque*. São Paulo, Instituto de Estudos Avançados da USP, 1997, p. 3.
[24] Cf. ALVES, José Augusto Lindgren. Obra citada, pp. 81-83.
[25] VIEIRA, Oscar Vilhena. Obra citada, p. 470.

estabeleceu um conjunto de medidas voltadas a debelar a inflação e estabilizar os sistemas econômicos nacionais [26] ".

Só que o fenômeno da globalização (Terceira Revolução Industrial), aliás, previsto por poucos, consistente na criação de um novo mercado mundial, no qual há intenso fluxo de tecnologia, capitais, bens e informações, constituindo uma nova etapa do capitalismo [27], até agora, produziu muito mais excluídos do que globalizados, mesmo nos países centrais.

A rigor, a desregulamentação e a integração dos sistemas produtivos em escala mundial sujeitou os produtores dos países mais pobres a uma concorrência internacional massacrante e, simultaneamente, debilitou os mecanismos ao alcance dos Estados para proteção e monitoramento de sua economia e de seu sistema financeiro, o que implica em redução da soberania dos parlamentos e dos governos nacionais.

Em conseqüência, temos uma "despolitização" e uma "desterritorialização" da economia.

Os Estados se revelam impotentes para regular a economia através dos instrumentos normativos tradicionais, resultando sensivelmente enfraquecido o poder de controle e intervenção sobre os fluxos de capitais pelos bancos centrais.

Por seu turno, a monetarização global motivada pela maximização dos lucros impulsionou os Estados a uma corrida desenfreada tendente a seduzir o capital circulante, às custas da flexibilização dos direitos trabalhistas e de sério comprometimento da arrecadação tributária.

O receituário liberal acarretou, ainda, uma exacerbada privatização e o desmonte da previdência social.

Para piorar o quadro, o número de novos postos de trabalho criados pela economia de mercado é bem inferior àqueles anteriormente aniquilados, gerando desemprego e, atente-se, um descenso social maciço em decorrência do empobrecimento da classe média (exclusão secundária).

Agrava-se o distanciamento entre os países ricos e os países pobres, já que estes não conseguem oferecer compensações previdenciárias.

É que, com a desregulamentação dos mercados domésticos e a redução da carga tributária que pesava sobre o setor produtivo e as instituições financeiras, como forma de atrair investimentos internacionais, os Estados viram drasticamente reduzida sua arrecadação. Corolário desta circunstância foi a diminuição dos orçamentos estatais com real comprometimento das políticas públicas estatais, em contraste com o crescimento avassalador das demandas sociais.

---

[26] Para uma análise da implementação do programa neoliberal no Brasil, ver VIEIRA, Oscar Vilhena. Obra citada, pp. 470-475.

[27] Cf. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Obra citada, p. 255.

Conquanto diverso o nível de privações, certo é que a globalização também vem empobrecendo as camadas intermediárias nos países ricos. Note-se, a título ilustrativo, que atualmente nos EUA, os 20% que ocupam o topo da pirâmide social ganham onze vezes mais que os 20% que ocupam a base, enquanto que, em 1969, essa relação era de sete vezes e meia.

Por outro lado, a exclusão social (marginalização de consideráveis grupos sociais) acarretou aumento da criminalidade, ao qual, infelizmente, as sociedades pós-modernas do capitalismo globalizado só sabem responder através do encarceramento, transformando-se a repressão aos delitos plataforma eleitoral global. Ignora-se, inclusive, a finalidade ressocializadora da sanção criminal. Só nos EUA, que possuem a maior população carcerária do mundo, são quase dois milhões de presos.

Neste ponto, impõe-se a apresentação de alguns dados atuais apresentados pelos indicadores sócio-econômicos internacionais, cujos resultados bem poderíamos apelidar de "estatísticas da miséria" [28]: **(a)** nos últimos vinte anos, as nações pobres, que possuíam 4,9 % da riqueza mundial, passaram a deter apenas 3,5%; **(b)** os onze maiores países receptores de investimentos externos (IDE) canalizaram 2/3 de todos os influxos de IDE, enquanto os cem países mais pobres receberam menos de 1%; **(c)** enquanto um de cada quatro norte-americanos utiliza a Internet, no Sudoeste Asiático a relação é de um para duzentos e **(d)** com 21% da população mundial, os países capitalistas avançados controlam 78% da produção mundial de bens e serviços e consomem 75 % de toda a energia produzida.

Adite-se ainda a este quadro trágico a informação de FRIEDRICH MULLER [29], dando conta que, no mundo globalizado, existem, atualmente, um bilhão de analfabetos, dois bilhões de desempregados ou subempregados e mais de 800 milhões de pessoas experimentando a fome aguda.

Não obstante, insistem os insensíveis defensores extremados do processo de globalização que a montagem e desmontagem de investimentos produtivos, sempre buscando mão-de-obra barata e a volatilidade dos capitais financeiros em busca de juros fáceis constituem iniciativas, pasmem, de "racionalização"[30]. Pouco importa a demissão em massa, o importante é obedecer cegamente às leis do mercado.

Pela lógica da *lex mercatoria*, prevalece a célebre ameaça da "Síndrome de Xangai" [31]: ou se reduzem os custos diretos e indiretos do trabalho, ou o capital tenderá a migrar para outro continente.

---

[28] Dados coletados de JOSÉ EDUARDO FARIA, obra citada, pp. 65-66.

[29] MULLER, Friedrich. *Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?*, p. 575. / PIOSEVAN, Flávia (organizadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional.* São Paulo, Max Limonad, 2002.

[30] Cf. ALVES, José Augusto Lindgren. Obra citada, pp. 86-87.

[31] Cf. FREITAS JR., Antônio Rodrigues de, obra citada, p. 107.

Concluímos, pois, com FRIEDRICH MULLER [32] que: " quanto aos países pouco desenvolvidos e aos países emergentes, cresce neles a experiência de que um crescimento econômico globalmente turbinado (...), não pacifica, por exemplo, as sociedades, mas as carrega de potencial conflitivo e as desestabiliza ".

11. A GLOBALIZAÇÃO E O ENFRAQUECIMENTO DA SOBERANIA DOS ESTADOS E DA CIDADANIA.

A globalização, com a instauração da lei de mercado nas relações internacionais, e a mitificação do Estado mínimo no âmbito interno, produz, igualmente, conseqüências maléficas à soberania dos Estados, bem como à cidadania e, em última análise, à própria democracia.

O conceito clássico de soberania pressupunha um poder absoluto (*summa potestas*) tanto no âmbito interno como externo, de forma que o soberano não reconhecia nenhuma autoridade superior a si próprio, sendo inconcebível uma ordem internacional que vinculasse os diversos Estados entre si.

A Revolução Francesa produziu profunda alteração nos conceitos de soberania e cidadania, na medida em que transferiu a titularidade da soberania do monarca para os cidadãos.

Já neste século, após o término da 1ª Guerra Mundial, operou-se nova transformação no conceito de soberania, desta feita sob o prisma externo, passando a admitir-se a possibilidade dos Estados contraírem entre si direitos e obrigações através da celebração de tratados internacionais [33], bem como criarem organizações internacionais buscando preservar a paz mundial.

É verdade que, por força da Guerra Fria, o princípio da igualdade soberana dos Estados sofreu séria mitigação, quando, no seio da comunidade internacional adotou-se o sistema de ponderação dos Estados. Basta recordar que o próprio Conselho de Segurança Nacional da ONU admitiu a condição de membro permanente para as potências vencedoras da Segunda Grande Guerra, além do poder de veto.

Não obstante, desde que o absolutismo foi superado nos Estados modernos, os conceitos de soberania e cidadania são vinculados à idéia de direitos humanos, de modo que pode afirmar-se que os três elementos articuladores da cidadania moderna são os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais. E mais, os direitos políticos são instrumentos legais de luta para a conquista dos direitos econômicos e sociais sem recurso à revolução.

---

[32] MULLER, Friedrich. Obra citada, p. 587.

[33] Cf. SOARES, Mário Lúcio Quintão. *A metamorfose da soberania em face da mundialização*, pp. 545-550. / PIOSEVAN, Flávia (organizadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

Acontece que, conforme registra José Augusto Lindgren Alves [34], a alteração mais radical do conceito de soberania foi exatamente aquela promovida pelo fenômeno da globalização. Não tanto porque esta " tenda a deslocar a soberania para entidades políticas supranacionais, mas porque os agentes econômicos transestatais e as tecnologias da comunicação instantânea praticamente inviabilizam seu exercício. Ao inviabilizar o exercício da soberania, a globalização incontrolada engendra o risco de anular a cidadania e, com ela, os direitos humanos. É preciso, portanto, encontrar meios de resgatar a cidadania, ainda que modificada, para que a convivência humana não retorne aos modelos hobbesianos, seja o da 'lei da selva', do homem como lobo do homem, seja o da solução absolutista, esmagadora dos direitos ".

Por outro lado, o enfraquecimento da cidadania impulsionada pela globalização incontrolada, aliada ao fim das ideologias, tem proporcionado uma fragmentação cultural com o ressurgimento de manifestações de "localismos subnacionais".

Se é certo que a afirmação do "direito à diferença" possui notório sentido antidiscriminatório, não podemos olvidar que o culto exacerbado das diferenças pode servir de escusa à intolerância de outros, a pretexto de serem, igualmente, diferentes. Este o preço da adoção do culto do mercado como ideologia dominante.

Neste ponto, para os globalizados (minoria ascendente), adverte José Augusto Lindgren Alves [35]: "quanto mais esgarçada a comunidade nacional, quanto mais fracos, em todos os sentidos, os Estados novos e antigos, quanto mais insignificantes, econômica e politicamente, as unidades dotadas de soberania política, mais fácil é a afirmação do capital, produtivo e improdutivo, no mercado mundializado ".

Hannah Arendt [36] definiu a cidadania como o "direito de ter direitos". Ora, no mundo globalizado, os socialmente excluídos conservam a cidadania política, mas, na prática lhes são retirados direitos e a esperança.

12. A globalização e o sindicalismo

A expressão "corporativismo" está associada à adoção de sistemas de representação em que estejam presentes, de modo predominante, os predicados da representação de interesses junto às esferas de decisão política.

Conquanto ontologicamente a idéia de corporativismo sindical se ache associada a experiências autoritárias, a História nos revela que o mesmo pode

---

[34] Alves, José Augusto Lindgren. Obra citada, p. 77.
[35] *Idem*, p. 89.
[36] Arendt, Hannah. *The origins of totalitarianism*. New York. Harcourt Brace Jovanovitch, 1993, pp. 299-302.

sobreviver [37], por força de sua auto-referibilidade, que lhe permite surtos de realimentação e funcionabilidade, durante períodos de normalidade democrática.

Com relação ao ponto que particularmente nos interessa, a possibilidade de sobrevivência do corporativismo das empresas transnacionais na era da globalização, aduz ANTÔNIO RODRIGUES DE FREITAS JR: " Tendo presente a adaptabilidade e a plasticidade do fenômeno corporativo, nada parece garantir que não venha a ressurgir, com algumas diferenças, em outro planos da experiência jurídica do séc. XXI. Refiro-me, por exemplo, à possibilidade de termos uma nova vaga de corporativismo em ressurgimento, mediante a grande influência das empresas transnacionais no atual cenário político. Inquieta-me particularmente a crescente importância relativa da representação dos interesses empresariais, ante o progressivo enfraquecimento do Estado-nação. (...). Em síntese, nada autoriza que desde já descartemos a hipótese de mais de um século de corporativismo ".

É óbvio que os Estados, à medida que se vão integrando uns aos outros nos organismos regionais, paralelamente, perdem parte da sua soberania, com nítida fragilização das políticas públicas internas de implementação e proteção dos direitos sociais e trabalhistas.

Em conseqüência deste processo de progressiva debilitação do Estado-nação, os principais sindicatos da América do Sul adotaram, como estratégia, a luta pela introdução da dimensão social na agenda da integração regional econômica, procurando, com isso, minimizar os efeitos perversos da globalização, principalmente no tocante aos direitos de segunda geração.

Tal aposta, no sentir de ANTÔNIO RODRIGUES DE FREITAS JR.[38], não se afigura como o melhor caminho para a revitalização dos direitos sociais. Na visão do jurista: " se alguma saída resta ao direito do trabalho e a outros direitos sociais, ela residirá na identificação da arena transnacional (antes que regional) como o palco privilegiado, embora não exclusivo, da disputa política. Nesse sentido, parecem sugestivos os debates no âmbito da Organização Mundial do Comércio, em torno da chamada "cláusula social" (ou *antidumpimg* social), a discussão acerca do chamado "selo social" que vem tendo lugar na Organização Internacional do Trabalho, e outras iniciativas que visam (...) conferir, aos direitos sociais, grandeza planetária".

A questão é controvertida e, cremos nós, insuscetível de ser respondida taxativamente no estágio atual de desenvolvimento, quer da globalização, como

---

[37] Segundo ANTÔNIO RODRIGUES DE FREITAS JR., obra citada, pp. 112-113, " o corporativismo dos anos trinta, que fora induzido por um Estado forte, de modo a enfraquecer o sindicato autônomo e abrir terreno para governos autoritários, ressurge, nos anos setenta, como estratégia de governos democráticos relativamente fracos em sua base de sustentação parlamentar, de modo a tirar proveito de um poder sindical então relativamente forte, procurando fazer frente aos requisitos de governabilidade ".

[38] FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. Obra citada, pp. 106-107.

dos blocos de integração regional. De qualquer forma, fica registrada a opinião supramencionada para reflexão.

13. A INTEGRAÇÃO REGIONAL E OS DIREITOS HUMANOS

Paralelamente à globalização, que assume feição universal, os Estados vêm formando importantes blocos regionais visando exatamente implementar mecanismos comuns de defesa diante dos efeitos negativos da globalização, já que esta se acha sabidamente fora do controle individual daqueles.

A despeito de alguns autores empregarem as expressões "globalização" e "integração regional" em sentido idêntico, a rigor, alerta ANTÔNIO RODRIGUES DE FREITAS JR [39], cumpre distingui-las:

> " (...) chamo de globalização, sob o ponto de vista jurídico, o deslocamento da capacidade de formulação de definição e de execução de políticas públicas, antes realizadas no Estado-nação, para arenas transnacionais ou supranacionais, decorrentes da globalização econômica e de seus efeitos sobre a extensão do poder soberano. Trata-se de um fenômeno, e portanto de um dado de realidade no mundo da vida.
>
> (...)
>
> Diversamente da globalização, a integração regional, antes que um dado da realidade, constitui uma estratégia política, induzida pelos agentes econômicos e implementada por intermédio do Estado, por via de compromissos internacionais e supranacionais, com vistas à criação de uniões aduaneiras, mercados comuns ou uniões econômicas. Em síntese, se a globalização, quer em seu aspecto geral, quer em sua dimensão mais jurídica, constitui um fenômeno, a integração regional constitui acima de tudo uma estratégia política ".

Feita esta distinção, impõe-se fazer breve menção a três importantes blocos regionais:

---

[39] *Idem*, pp. 105-106.

– O Nafta consiste num tratado envolvendo EUA, Canadá e México, com o objetivo precípuo de eliminação recíproca de restrições e de onerações no comércio (rompimento de barreiras comerciais), visando a criação de uma zona de livre comércio entre os países signatários.
– A União Européia envolve muito mais do que uma simples integração econômica, na medida em que, promovendo a união política de seus membros, se erige num quase-Estado.
– Objetivando uma integração bem mais ampla dos seus membros do que a Nafta, o Mercosul ostenta concepção mais próxima da União Européia, embora ainda se ache num estágio bem mais atrasado. É integrado pelo Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, países estes signatários do Tratado de Assunção, objetivando a abolição de restrições na circulação de bens, serviços e capital. Em 1996, foram subscritos tratados de adesão parcial a nível de zona de livre comércio com Chile e Bolívia, havendo tratativas visando estender regime similar à União Européia.

Em termos de proteção aos diretos humanos, não há menção explícita aos mesmos nos tratados de formação da União Européia, nem, tampouco, no Tratado de Assunção que fundou o Mercosul.

Contudo, a idéia de que o desenvolvimento material há de ser buscado dentro de um quadro de normalidade institucional permeia todos os documentos subscritos no âmbito do Mercosul.

Da mesma forma, nos diversos textos produzidos no âmbito da União Européia, existem normas de proteção aos valores fundamentais dos cidadãos comunitários [40].

Obviamente, a Nafta passou ao largo da proteção aos direitos fundamentais, já que esta organização não tem o objetivo de integrar politicamente seus membros.

14. A HUMANIZAÇÃO DO PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO

Aqui se impõe uma indagação: o que fazer com a globalização, diante dos inúmeros efeitos negativos por ela produzidos?

Considerando que ela é uma realidade, certamente que a solução não passa pela sua condenação em termos maniqueístas, com a conseqüente interrupção brusca do processo. Ao revés, impõe-se um estudo aprofundamento do tema, na busca de alternativas compensatórias tendentes a compatibilizar a efetividade dos direitos humanos fundamentais com a idéia de universalização dos mercados.

[40] Cf. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Obra citada, pp. 268/269.

Foi dito acima que a explosão tecnológica decorrente da Revolução Industrial ocorrida nos sécs. XVIII e XIX acarretou péssimas condições de vida para os trabalhadores, sendo a Europa abalada por um surto de greves e rebeliões. Ora, se naquela oportunidade os malefícios iniciais decorrentes de uma nova etapa da produção capitalista puderam ser contornados com o surgimento dos ideais socialistas e do sindicalismo, que redundaram na transformação do Estado Liberal em Estado Social de Direito, é plausível acreditar-se na possibilidade de se encontrar mecanismos hábeis a humanizar o processo de globalização.

Desta convicção comunga FRIEDRICH MULLER [41], ao sentenciar: " as desastrosas conseqüências devem ser mitigadas com meios muito distintos, para, se não for possível humanizar a globalização (o que seria desejável), ao menos civilizá-la (o que parece possível) ".

Ademais, a globalização conta, indubitavelmente, com inúmeras facetas positivas. Foi devido a ela, por exemplo, que se processou, em escala planetária, a informatização, a qual, ao originar um novo tipo de gestão social do conhecimento, calcado num modelo digital de exploração interativa, promoveu modificação significativa nas formas de conceber, armazenar e transmitir o saber. Com a Informática, o conhecimento se processa por simulação (interatividade). A simulação, por sua vez, aumenta os poderes da imaginação e da intuição. Como resultado, temos um conhecimento mais operativo, portanto, mais ajustado às realidades [42].

Na ponderação arguta de JOSÉ AUGUSTO LINDGREN [43]: " o problema para a democracia embutida no credo ultraliberal ora dominante é que, dentro do quadro jurídico-político conhecido até agora, os direitos humanos somente se realizam em sua indivisibilidade, dentro dos territórios nacionais e com as instituições do Estado-providência ".

Neste aspecto, afirma OSCAR VILHENA VIEIRA [44]: " a grande dificuldade hoje apresentada na esfera dos direitos humanos, no entanto, é superar o discurso construído pelos países centrais, e inclusive por muitos de seus intelectuais e organismos da sociedade civil, que exclui da pauta de reivindicações os direitos de ordem econômica e social. Sem que se atinjam padrões mínimos de dignidade, e para isso se faz necessária uma adequada distribuição de recursos entre as nações, os direitos de ordem civil e política, por mais importantes que sejam, dificilmente conseguirão ser preservados ".

Nos tempos atuais, verifica-se o acirramento dos reclamos populares no sentido da retomada da discussão em torno da proteção e efetividade dos direitos sociais e da solidariedade, do ponto de vista dos excluídos, quer na pauta dos blocos regionais como em termos de arena global.

---

[41] MULLER, Friedrich. Obra citada, p. 594.

[42] Para maiores informações, consultar MORAES, Maria Cândida. *O paradigma educacional emergente.* Campinas, Papirus, 1999.

[43] ALVES, José Augusto Lindgren. Obra citada, p. 83.

[44] VIEIRA, Oscar Vilhena. Obra citada, pp. 467/468.

No plano interno, as sociedades pressionam cada vez mais os governos no sentido da revitalização das políticas públicas minimamente eficientes na área social.

A grande indagação, segundo José Eduardo Faria [45], é a seguinte: " do ponto de vista dos governantes, como atender a essas demandas após a privatização dos serviços públicos essenciais e a perda do controle sobre sua própria agenda decisória? ".

Neste ponto, as ONG(s) e os movimentos sociais abrangentes, de preferência de cunho supranacional, têm um papel relevante a desempenhar.

Espera-se que a participação da sociedade civil organizada contribua eficazmente para a otimização dos minguados orçamentos estatais (orçamento participativo).

Por oportuno, dada sua crescente e vital importância no cenário internacional, é de se tecer breves considerações no que tange às sociedades civis organizadas.

Na visão de Eugênio José Guilherme de Aragão [46], " a expressão 'sociedade civil organizada' aponta para setores da população organizados em entidades não-estatais, politicamente ativas, com capacidade de mobilização de parcelas significativas da opinião pública em prol de assuntos de interesse comum ".

Sob a ótica do festejado jurista, seus elementos constitutivos são: (a) elemento material: pessoas comuns; (b) elemento formal: sua organização, implicando, muitas vezes, a constituição de associações ou sociedades civis sem fins lucrativos, como, por vezes, a utilização de instituições profissionais ou confessionais existentes (sindicatos, igrejas, OAB *etc*); (c) elemento prático: ação política que pode se limitar à capacidade de mobilizar a opinião pública em torno de denúncia contra as más práticas governamentais, como, indo além, influenciar decisões através de proposições concretas, implicando atuação de *lobby* junto às instâncias de decisão do poder e (d) elemento teleológico: capacidade de agregar valor à vida institucional do Estado, voltando-se à consecução do interesse público.

Conquanto no plano internacional se registre, desde o séc. XIX, a existência de sociedades particulares buscando influenciar decisões de política externa, cuja evolução, aliás, redundou nas modernas organizações não-governamentais, certo é que, no Brasil, cuida-se de fenômeno relativamente recente, já que tão-somente nas últimas décadas gerou maior impacto no cenário político nacional. A título ilustrativo, poderíamos mencionar o Comitê Brasileiro pela Anistia, a Igreja Católica através das suas diversas Comissões Pastorais e, mais recentemente, o Movimento Nacional dos Direitos Humanos (MNDH).

---

[45] Faria, José Eduardo. Obra citada, p. 606.

[46] Aragão, Eugênio José Guilherme de Araújo. Obra citada, pp. 612-616.

Entretanto, para uma maior efetividade do relevante papel desempenhado pelas sociedades civis não organizadas no Brasil, é mister alterar profundamente os inflexíveis formais processos de decisão de algumas das mais importantes instituições estatais, como, por exemplo, o Ministério das Relações Exteriores (MRE) e o Poder Judiciário, que se revelam absolutamente avessos à aceitação de novos paradigmas políticos.

O MRE, com a sua tradicional política externa monopolista e seu formalismo excessivo, inflexível na interação com a sociedade civil organizada, tem tomado, em várias oportunidades, decisões carecedoras de racionalidade crítica, não raro dissociadas da realidade circundante e dos anseios da nação brasileira [47].

Contudo, a importância da tradicional política exclusivista vai diminuindo, na medida em que outros órgãos do Estado, mais flexíveis, se mostram permeáveis à influência exercida pela sociedade civil organizada. Assim, em que pesem as restrições iniciais do MRE, o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e ratificou o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, merecendo destaque, respectivamente, a ação decisiva do Secretário Nacional dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça e do Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH), para o implemento dos fatos jurídicos citados.

Por outro lado, em nome de uma exacerbada independência orgânica e funcional do Poder Judiciário, freqüentemente se registram, por parte dos juízes, manifestações de aguda alienação aos reclamos da opinião pública, ignorando que seu poder emana do povo e que o ato de julgar também envolve opções políticas, já que o julgador, no exercício de seu juízo de valor, não raro se depara com mais de uma solução razoável para o caso concreto, sendo plausível esperar-se, em tais situações, que a opção tomada leve em conta os anseios coletivos.

A rigor, em casos concretos [48], o Poder Judiciário se tem mostrado pouco permeável às demandas da sociedade civil organizada tendentes à implementação da proteção internacional dos direitos humanos.

---

[47] Cf. *idem*, pp. 616-621.

[48] Averba Eugênio José Guilherme de Araújo, obra citada, pp. 623-627, ser este "o caso da reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a prisão civil por dívida por depósito infiel em sede de alienação fiduciária em garantia. Tendo a limitação do art. 7 (7) da Convenção Americana de Direitos Humanos como inconsistente com o permissivo constitucional do art. 5º, LXVII, o entendimento da Corte Suprema brasileira passou a ser de que dita prisão seria perfeitamente constitucional e devesse prevalecer. (...) Na visão do jurista, da qual comungamos inteiramente, constata-se, " no tocante à interpretação do art. 5º, § 2º da Constituição Federal, que o STF não conseguiu fugir de seus parâmetros burocráticos de decisão: entendeu a Corte que o dispositivo não teria o condão de transformar tratados em normas de hierarquia constitucional. Com isso, foi em direção oposta da mais moderna doutrina internacional, que considera tratados de direitos humanos normas de estatura superior, porque dizem respeito a valores essenciais da estatalidade democrática e da ordem internacional. Por isso, não se confundem, esses instrumentos internacionais, com outros tratados, que cuidam de matéria menos substantiva".

Assevera Rogério Gesta Leal [49], com a autoridade de quem efetivamente é um *expert* no assunto: " é perceptível como, em regra, grande parte dos operadores de direito tem dificuldade de se aproximar dos temas que envolvem os Direitos Humanos e Fundamentais, ao mesmo tempo que se distanciam das normativas internacionais vigentes no país ".

Tal deficiência, a nosso sentir, deve ser imputada precipuamente à ausência de uma maior reflexão sobre o tema durante o processo de formação, na hipótese, deformação, universitária do profissional do Direito.

Aparadas estas arestas, e arestas existem exatamente para serem aparadas, é forte a aposta no êxito da ação influenciadora da sociedade civil organizada nas instâncias de decisão do poder.

Lembra José Augusto Lindgren Alves: " tal como se vêem esporadicamente "correntes" na *internet* contra a compra de produtos de determinados países como protesto por atentados aos direitos civis e políticos (por exemplo, contra a Indonésia, durante os massacres pró-referendo no Timor Leste), não é inconcebível algo semelhante contra empresas e organismos que estimulam o desemprego nacional ou estrangeiro " [50].

Por derradeiro, na árdua tarefa de enfrentamento da globalização, afigura-se como providência vital a criação de novas instituições internacionais visando controlar e impor certos limites ao capital especulativo e combater os cartéis.

Enfim, tudo é válido no sentido de humanizar o *laissez-faire* imperante do processo de globalização.

15. Conclusões

Ao término deste trabalho, revela-se oportuno sintetizar as proposições mais importantes:

1) O tema direitos humanos, em seu nascedouro, se acha umbilicalmente associado à necessidade de se reduzir a excessiva interferência do Estado na vida dos cidadãos. Com efeito, nos séculos XVII e XVIII, com o advento do Iluminismo, desenvolveu-se um jusnaturalismo de cunho racional, o qual preconizava ser o homem titular de direitos naturais inatos, que seriam eternos e inalienáveis, restringindo-se o papel do Estado a garantir o exercício dessas liberdades (direitos negativos).

---

[49] Leal, Rogério Gesta. Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, pp. 179-180.

[50] Alves, José Augusto Lindgren. Obra citada, p. 95.

2) A Constituição francesa de 1791 e a Constituição Americana de 1787 ensejaram a era da constitucionalização dos direitos civis e políticos (positivação dos direitos individuais), que se estendeu às Constituições liberais do final do séc. XVIII e começo do séc. XIX.

3) As injustiças sociais decorrentes da revolução industrial guindaram o Estado para uma postura intervencionista, surgindo o Estado Social em substituição ao Estado Liberal, e com ele os direitos econômicos, sociais e culturais (direitos positivos ou de segunda geração), incorporados, de forma pioneira, pela Constituição de Weimar (1919).

4) No século XX, a experiência das duas Guerras Mundiais aliada aos problemas decorrentes das sucessivas agressões ao meio ambiente, fruto da acirrada competição econômica travada entre os países mais ricos e à explosão demográfica, proporcionou o surgimento dos chamados direitos de terceira geração (direito à paz, à preservação do meio ambiente, à autodeterminação dos povos *etc*), que se desenvolveram especialmente no direito internacional, e que foram denominados de direitos da solidariedade ou da fraternidade.

5) Após o término da 2ª Guerra Mundial, principalmente por força da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), surgida no seio da ONU, operou-se o fenômeno da multiplicação e universalização dos direitos humanos.

6) Durante a Guerra Fria, a divisão ideológica impediu que a comunidade internacional punisse os governos que violassem direitos humanos. É que os dois blocos político-econômicos procuravam desacreditar os direitos considerados, vesgamente, opostos a suas doutrinas. Superada a Guerra Fria, restou assente o caráter indivisível dos direitos do homem, no sentido de sua exigibilidade como um todo.

7) O maior sucesso da internacionalização dos direitos humanos tem sido sua capacidade de influenciar o direito doméstico, mais especificamente o direito constitucional dos diversos países.

8) A efetividade dos direitos humanos é vital para a sobrevivência da democracia. Dentro desta visão da necessidade de reforço das garantias da realização dos direitos fundamentais, no plano interno, é de se fazer referência à federalização, em caráter pontual e excepcional, do regime protetivo dos direitos humanos.

9) Até agora, o processo de globalização produziu muito mais excluídos do que globalizados, aumentando, em escala planetária, o desemprego e a violência, bem como o fosso que separa países ricos e pobres. Em conseqüência, ao invés de pacificar, a lógica da *lex mercatoria* carregou as sociedades de potencial conflitivo.

10) Ao inviabilizar o exercício da soberania dos Estados, a globalização incontrolada engendra o risco de anular a cidadania e, com ela, os direitos humanos.

11) Paralelamente à globalização que assume feição universal, os Estados vêm formando importantes blocos regionais, visando exatamente implementar mecanismos comuns de defesa diante dos efeitos negativos da globalização, já que esta se acha sabidamente fora do controle individual daqueles.

12) Se os malefícios iniciais decorrentes de uma nova etapa da produção capitalista implementada pela Revolução Industrial puderam ser superados, é plausível acreditar-se na viabilidade da idéia de humanização do processo de globalização.

13) Considerando que, dentro do quadro jurídico-político conhecido até agora, os direitos humanos somente se realizam em sua indivisibilidade, dentro dos territórios nacionais e com as instituições do Estado-providência, é fácil concluir-se que a humanização do processo de globalização passa, necessariamente, pela retomada da discussão em torno da proteção e efetividade dos direitos sociais e da solidariedade, do ponto de vista dos excluídos, quer na pauta dos blocos regionais como em termos de arena global.

14) Nesta luta, as ONG(s) e os movimentos sociais abrangentes, de preferência de cunho supranacional, têm um papel relevante a desempenhar.

15) Finalmente, na árdua tarefa de enfrentamento da globalização, afigura-se como providência vital a criação de novas instituições internacionais visando controlar e impor certos limites ao capital especulativo e combater os cartéis.

Rio de Janeiro, 2002.

BIBLIOGRAFIA

ALVES. José Augusto Lindgren, *Cidadania, direitos humanos e globalização*/ PIOSEVAN, Flávia (organizadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A institucionalização internacional dos direitos humanos: conquistas e desafios*. / PIOSEVAN, Flávia (organizadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. *A sociedade civil no Brasil, a globalização e os direitos humanos*. / PIOSEVAN, Flávia (organizadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

ARENDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. New York, Harcourt Brace Jovanovitch, 1993.

ASHTON, T. S. *A revolução industrial: 1760-1830*. Lisboa, Europa América, 2ª Ed.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Trad. Sérgio Bath. Brasília, UNB, 10ª Ed.

FARIA, José Eduardo. *O artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: algumas notas sobre suas condições de efetividade*. / PIOSEVAN, Flávia (organizadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

HOBBES, Thomas. *Leviathan*. New York, Washington Square Press, 1976.

KUNTZ, Rolf. *Direitos sociais em cheque*. São Paulo, Instituto de Estudos Avançados da USP, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *A proteção dos direitos humanos no Mercosul*. / PIOSEVAN, Flávia (organizadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

LIMA JR., Jayme Benvenuto Lima. *O caráter expansivo dos direitos humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade*. / PIOSEVAN, Flávia (organizadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*.

São Paulo, Max Limonad, 2002.

MORAES, Maria Cândida. *O paradigma educacional emergente*. Campinas, Papirus, 1999.

MULLER, Friedrich. *Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?* / PIOSEVAN, Flávia (organizadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

POUND, V. Roscoe. *Liberdades e garantias constitucionais*. São Paulo, Ibrasa, 1972.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *A metamorfose da soberania em face da mundialização* / PIOSEVAN, Flávia (organizadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Globalização e constituição republicana*. / PIOSEVAN, Flávia (organizadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

(**) ANTÔNIO JOSÉ MARTINS GABRIEL é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

O empresário, a empresa e o Código Civil (*)

ARNOLDO WALD(**)

I. A RECENTE EVOLUÇÃO DA EMPRESA

"Uma economia de mercado só pode funcionar corretamente num quadro institucional, político e ético que assegure a estabilidade e a regulação."

MAURICE ALLAIS

"A reforma da empresa é certamente hoje uma das tarefas mais necessárias e também uma das mais difíceis."

PIERRE SUDREAU

"Estou convencido de que a superação da crise capitalista depende tanto de providências econômicas quanto de determinações éticas e políticas, a fim de que não se assista ao drama de um mundo no qual cada novo progresso tecnológico importa em redução nos postos de trabalho, como fria e inexorável conseqüência da redução do número das máquinas indispensáveis à produção. É possível que tais desequilíbrios possam vir a ser superados graças apenas às leis competitivas do mercado, mas as necessidades vitais dos trabalhadores e de suas famílias não podem aguardar indefinidamente os reajustes espontâneos pregados pelos mentores do neoliberalismo. A bem ver, o que está em jogo não é apenas o bem-estar de milhares e milhares de pessoas, expulsas dos quadros produtivos, mas é o próprio destino da economia capitalista, exigindo sua revisão."

MIGUEL REALE

1. Enquanto o Estado perde uma parte de sua potencialidade, seja em virtude da falta de meios financeiros, seja pela criação de grupos regionais, como o Mercosul, o Nafta e a União Européia, seja ainda pela descentralização administrativa e pela maior autonomia dada às regiões ou às várias unidades que compõem a federação, a empresa se fortalece e se transforma, tornando-se o centro da economia e mudando a sua estrutura interna e externa.

(*) Estudo em homenagem ao Professor MIGUEL REALE.

2. No decorrer do século XX, o espírito associativo se desenvolveu e as empresas não são mais necessariamente individuais ou familiares, abrindo-se o respectivo capital em todos os países, inclusive no Brasil. Por outro lado, empregados e executivos passaram a participar mais ativamente da empresa, numa mudança ligada à profissionalização dos executivos e às novas técnicas de administração, que repercutem na psicologia de comando, que se torna menos autoritário e mais consensual. Na própria gestão e no controle da empresa estabeleceu-se um novo equilíbrio de poderes entre acionistas controladores, minoritários, administradores e empregados. As novas características da gestão, a maior sofisticação das técnicas utilizadas na produção e a progressiva robotização estão mudando o nível educacional, social e econômico dos trabalhadores das empresas mais modernizadas e sua relação com os detentores do capital.

3. Desapareceu o "patrão de direito divino" que sobreviveu até o fim do século passado. A economia democratizou-se e passamos de uma sociedade piramidal, que refletia a organização militar e a própria estrutura jurídica kelseniana, para uma sociedade baseada nas redes [1] e na comunicação via internet que domina a "era do acesso".[2] Surgiu, assim, e passou a dominar o mundo a chamada "governança corporativa".

4. A revolução empresarial justifica, pois, que a empresa não mais se identifique exclusivamente com o seu proprietário ou controlador, mas represente também a sua diretoria, seus executivos, seus técnicos, seus trabalhadores, ou seja, as equipes e os equipamentos que constituem o todo. Tal fato também decorre de não mais se considerar como únicos fatores de produção o capital e o trabalho mas de se incluir, entre os mesmos, dando-lhe a maior relevância, o saber, ou seja, a tecnologia, que assegura a produtividade da empresa e na realidade o seu presente e o seu futuro, abrangendo tanto as técnicas industriais e comerciais como a própria gestão. [3]

5. A visão realista do mundo contemporâneo considera que não há mais como distinguir o econômico do social, pois ambos os interesses se encontram e se compatibilizam na empresa, núcleo central da produção e da criação da riqueza, que deve beneficiar tanto o empresário como os empregados e a própria sociedade de consumo. Não há mais dúvida que são os lucros de hoje que, desde logo, asseguram a sobrevivência da empresa e a melhoria dos salários e que ensejam a criação dos empregos de amanhã.

6. Por outro lado, a educação e a formação de empresários, técnicos e trabalhadores permitem o progresso e o desenvolvimento dos países, numa fase em que os fatores mais importantes de crescimento econômico são a

---

[1] François Ost e Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelas, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, *passim*.

[2] Jeremy Rifkin, *L'âge de l'accès*, tradução francesa, Paris, Éditions la Decouverte, 2000.

[3] É o que assinala Peter F. Drücker nos vários livros nos quais estuda a evolução da empresa moderna, destacando-se, entre outros, *Innovation and Entrepreneurship*, New York, Harper Business, 1993, p. 107 e seguintes.

organização, o conhecimento e a aquisição da tecnologia. Assim, do mesmo modo que ocorreu uma transformação da função do empresário, houve uma reestruturação ou até uma reengenharia da empresa e conseqüentemente do seu direito.

7. Para o empresário, o ciclo da revolução tecnológica, que se iniciou com a máquina a vapor e se desenvolveu na segunda metade do século XX, com a utilização da energia atômica e a introdução da informática, provocou uma verdadeira terceira Revolução Industrial, com repercussões na economia, nas relações humanas e na própria estrutura da empresa. A globalização, a velocidade crescente dos fatos econômicos, a volatilidade das moedas, a incerteza generalizada quanto ao futuro [4], a multiplicação, em progressões geométricas, das operações permitidas pelo uso do computador exigem do *manager* contemporâneo que tenha um espírito empresarial. Ou seja, deve ser um organizador de sua equipe, do seu tempo e da produção e ter a compreensão exata e dinâmica dos interesses da empresa, dos seus empregados e das necessidades do mercado interno e externo.

8. Tivemos, na história da empresa moderna, várias fases sucessivas que ocorreram em períodos distintos nos diferentes países. Em primeiro lugar, tivemos a identificação do principal detentor do capital com o presidente e administrador da empresa. Posteriormente, surgiu uma crescente delegação, em virtude da qual o comando empresarial passou à "tecnoestrutura" formada pelos executivos, numa fase na qual as empresas impunham os seus produtos aos consumidores. Mais recentemente, os acionistas retomaram parte do poder, chegando, em alguns casos, a destituir os profissionais, ao mesmo tempo em que se firmava a posição dos consumidores protegidos por uma legislação própria. Atualmente, parece que estamos chegando a uma fase de equilíbrio entre os vários poderes: acionistas e executivos, empresas e consumidores.

9. É, pois, na empresa que se devem conciliar, hoje, os interesses, aparentemente conflitantes, mas materialmente convergentes, de investidores, administradores, empregados e consumidores, que constituem os grandes setores da vida nacional. E, aliás, o constituinte definiu os princípios básicos para que a convivência adequada dos vários grupos sociais possa realizar-se, no interesse comum, tanto no presente como em relação ao futuro, em todos os seus aspectos, tanto econômicos, como sociais, que, aliás, se interpenetram uns com os outros. [5]

10. Uma vez ultrapassada a concepção do Estado-Providência, com a falência das instituições de previdência social e a redução do papel do Estado nas áreas que não são, necessária e exclusivamente, de sua competência, amplia-se a missão da empresa, como órgão intermediário entre o Poder Público e o Estado. É ela a criadora de empregos e a formadora de uma mão-de-obra

---

[4] JOHN KENNETH GALBRAITH, *A era da incerteza*, tradução brasileira, 3ª ed., São Paulo, Livraria Pioneira, 1982.

[5] Artigos 171, 173, 175, 176 a 179 da Constituição de 1988, que se referem à empresa.

qualificada, produtora de equipamentos mais sofisticados, sem os quais a sociedade não pode progredir, bem como a interlocutora ágil e dinâmica que dialoga constantemente com os consumidores dos seus produtos e com o Poder Público.

11. Ainda em meados do século passado, a doutrina francesa já salientava tanto a importância da empresa como a necessidade de sua reforma.

12. Assim, PIERRE SUDREAU escreveu que:

> *"I – L'Entreprise est l'instrument du Progrès Économique et Technique.*
>
> *L'entreprise est la* ***cellule de base de toute économie industrielle. En économie de marché,*** *c'est* ***en effet au niveau de chaque entreprise que s'effectuent la plupart des choix qui commandent le développement économique: définition des produits, orientation des investissements et répartition primaire des revenus.***
>
> *Ce rôle* ***moteur de l'entreprise*** *est bien l'un des traits dominants de notre modèle économique: par son pouvoir de proposition, l'entreprise est à la source de* ***la création constante de la richesse nationale;*** *elle est aussi le lieu de l' innovation et de la promotion.*
>
> *L'Entreprise, principal agent de l'expansion.*
>
> *L'entreprise constitue* ***le cadre de la production.*** *C'est en elle que se combinent* ***capital et travail.*** *Elle s'efforce de répondre de façon optimale aux* ***indications du marché.*** *Elle choisit* ***ses produits*** *en conséquence; elle développe ses investissements en vue d'acquérir une part accrue de la production. A cette fin, elle cherche constamment* ***à augmenter sa productivité et à réduire ses coûts.*** *Ce processus a engendré dans* ***l'économie occidentale*** *une expansion spectaculaire dont on connaît les résultats:* ***augmentation du pouvoir d'achat salarial, diminution de la durée du travail, élévation générale du niveau de vie."*** [6]

---

[6] PIERRE SUDREAU, *La réforme de l'entreprise*, Paris, Documentation Française, 1975, pp. 17 e 18.

13. Por sua vez, FRANÇOIS BLOCH LAINÉ defendia a criação de uma democracia industrial, sustentando que:

> *"... **l'entreprise est un lieu d'élection pour réussir les conciliations dont nous ressentons la nécessité et dont nous avons commencé l'expérience.** Qu'il s'agisse de combiner la **planification** et les mécanismes **du marché; la liberté d'entreprendre et l'exclusion du gaspillage; la recherche du profit et le service du bien commun; la compétition et la loyauté; l'égalité des chances et les droits tirés de l'héritage; l'autorité** des dirigeants et le **contrôle** de leurs actes ... les solutions **éviteront plus sûrement l'abstraction et l'imprécision** si nous les construisons à partir de **l'entreprise, cellule de l'économie concrète, microcosme social."** [7]*

14. Atualmente, tanto na Europa como nos Estados Unidos, advoga-se uma evolução do capitalismo que dê a primazia à empresa, fazendo prevalecer os seus interesses a médio e longo prazos sobre os de cada um dos vários grupos nela integrados ou interessados, que geralmente tendem a pensar no curto prazo e de modo mais egoístico e individualista. Inspirados em parte no capitalismo alemão, japonês e suíço, em oposição ao norte-americano, autores tão diferentes como o economista do M.I.T. (de Boston) LESTER THUROW [8], o patriarca dos estudos de *management* PETER DRÜCKER [9], o sociólogo MICHEL ALBERT [10] e o empresário JEAN PEYRELEVADE [11] defendem o fortalecimento institucional das empresas, considerando-as como as verdadeiras criadoras da riqueza nacional, cabendo ao Estado a função de catalisador de um ambiente propício ao desenvolvimento do espírito empresarial.

15. PETER F. DRÜCKER apontou os problemas específicos da empresa, na fase atual da crise mundial, mostrando as suas dificuldades no seu livro *Managing in Turbulent Times* [12], acrescentando, em entrevista recente, que o administrador deve saber que as coisas nunca mais serão como antes, cabendo-lhe aproveitar, de modo adequado, os dados fundamentais da empresa, redefinir a sua política de crescimento e abandonar as áreas não rentáveis. [13]

16. Dentro da mesma ótica, YVES DUNANT, escrevendo a respeito do espírito empresarial [14], lembra que, no quarto do século que vai de 1950 a 1975, os

---

[7] FRANÇOIS BLOCH LAINÉ, *Pour une réforme de l'entreprise*, Paris, Éditions du Seuil, 1963, p. 13.
[8] LESTER THUROW, *Head to head*, New York, Warner Books, 1992.
[9] PETER F. DRÜCKER, *The frontiers of management*, New York, Harper & Row, 1986.
[10] MICHEL ALBERT, *Capitalisme contre capitalisme*, Paris, Seuil, 1991.
[11] JEAN PEYRELEVADE, *Pour un capitalisme intelligent*, Paris, Bernard Grasset, 1993.
[12] PETER DRÜCKER, *Administração em tempos turbulentos*, tradução brasileira, São Paulo, Livraria Pioneira, 1980, p. 135.
[13] PETER DRÜCKER, "Além da revolução da informação", in *Management*, nº 18, p. 55.
[14] YVES DUNANT, *"De l'esprit d'entreprise"*, in *Ordo et Libertatis*, livro em homenagem ao Dr. GERHARD WINTERBERGER, Berna, Verlag Stampfli, 1982, p. 218 e seguintes.

empresários puderam viver num mundo de relativa racionalidade e previsibilidade, no qual a sua atuação no passado permitia extrapolar o futuro. As eventuais incertezas decorriam das posições dos concorrentes e da evolução da demanda no mercado, mas os fatos externos pouco influenciavam a vida empresarial. Assim, as estruturas internas cresciam, tornavam-se mais pesadas e complexas, criavam a sua burocracia e havia como planificar a médio e longo prazos. O *management* fundamentava-se em conceitos que o estruturavam, como a administração por objetivos ou por participações, permitindo, em geral, uma ampla delegação. Havia, pois, para a empresa, um mundo de relativa segurança e estabilidade que lembra o que existia, no campo político, no fim do século XIX.

17. Já agora, lembra DUNANT, a partir do último quarto do século XX, estamos diante de um mundo cuja evolução caracteriza-se pela extrema velocidade, ensejando verdadeira revolução industrial no tocante à tecnologia, à economia e às próprias relações humanas. Por outro lado, a vida empresarial passou a depender direta e constantemente de fatos exógenos.

18. Assim, o planejamento empresarial deve admitir a ocorrência de futuros alternativos, com vários cenários, prevendo-se a necessidade de reciclagem. Enquanto, no passado, bastava que o empresário conhecesse o mercado no qual atuava, hoje, cabe-lhe acompanhar o mundo externo, em tudo que pode interferir, direta ou indiretamente, na produção ou comercialização, abrangendo a política monetária e fiscal e até as relações internacionais.

19. Até agora, o homem conseguiu aumentar, de modo infinito, a velocidade, a pressão e o calor, alcançando, com a fusão nuclear, um nível que corresponde ao que acontece no interior de uma estrela. Passamos, doravante, a assistir a uma nova fase da história, na qual a economia organiza-se em torno da informática.

20. Poderemos até ter, durante algum tempo, como aliás ocorre hoje, a subsistência paralela de duas economias, uma delas clássica ou convencional, utilizando mão-de-obra e energia no sentido tradicional, e a outra, nova e pioneira, baseada na informática. Essa duplicidade de economias, que justifica a existência dos "Dois Brasis", aos quais aludia JACQUES LAMBERT [15], lembra a fase na qual, ao lado dos primeiros barcos a vapor, que, desde o início do século passado, navegavam no Rio Hudson, os grandes veleiros continuavam a transportar pessoas e mercadorias, sendo considerados competitivos até às vésperas da Primeira Guerra Mundial.

21. À transformação da economia corresponde um novo tipo de empresário, que, além de ter o espírito empresarial, deverá ser um *manager*, um organizador da produção e da comercialização, numa fase em que adquire caráter multinacional. A complementação crescente dos recursos dos países em vias de desenvolvimento e dos países já totalmente industrializados está levando a

---

[15] JACQUES LAMBERT, *Os dois Brasis*, tradução brasileira, 12ª ed., São Paulo, Ed. Nacional, 1984.

uma nova concepção do empresariado, que deverá ter dimensões necessariamente multinacionais. [16]

22. As próprias qualidades básicas do empresário sofreram modificações. Não lhe bastam, como outrora, a racionalidade e a audácia; ainda precisa ter a intuição e a ponderação. Exige-se que seja um administrador eficiente e um hábil negociador, dominando as técnicas da informação e da comunicação.

23. Na realidade, o industrial e o comerciante do nosso tempo pertencem a um conjunto de forças no qual não mais se distingue o econômico do social. Por outro lado, o cultural reage constantemente sobre o técnico e o muro que separa a usina da vida vai desaparecendo, rapidamente, com o decorrer do tempo. [17]

24. A evolução da empresa constitui, na realidade, um elemento básico para a compreensão do mundo contemporâneo. Do mesmo modo que, no passado, tivemos a família patriarcal, a paróquia, o Município e as corporações profissionais, que caracterizaram um determinado tipo de sociedade, a empresa é, hoje, a célula fundamental da economia de mercado. Já se disse, aliás, que a criação da empresa moderna representa, na história da humanidade, uma mudança de civilização tão importante quanto o fim do estado paleolítico, ou seja, o momento em que o homem deixou de viver exclusivamente da caça para se dedicar à agricultura, abandonando o nomadismo para se fixar na terra.

25. Na realidade, a grande empresa contemporânea representa uma mudança não só quantitativa, mas qualitativa, quando comparada ao artesanato ou às pequenas sociedades familiares do passado. A nova dimensão que, a partir dos meados do século passado, adquiriram as multinacionais, as empresas públicas e as sociedades de economia mista importou criar uma nova unidade no sistema político, econômico e social. Trata-se de entidades que, pelo seu tamanho, pelo seu faturamento e pela diversificação de suas atividades, atingiram e chegaram, em alguns casos, a ultrapassar a importância dos próprios Estados soberanos, como bem salientou o jornalista ANTHONY SAMPSON. [18]

26. Podemos reconhecer, assim, que entre as várias transformações básicas que está sofrendo a empresa contemporânea destacam-se as seguintes:

a) a sua integração na economia internacional, em particular nos blocos regionais, mas também as relações comerciais com os países os mais longínquos;

b) a substituição da empresa isolada pelo grupo empresarial, pelo conjunto de sociedades que se unem pelo controle ou pela coligação, sem prejuízo de alianças estratégicas de grupos, mediante *joint ventures* ou parcerias, que, muitas vezes, reúnem até, para fins específicos, os concorrentes, que se consorciam para

---

[16] PETER DRÜCKER, entrevista à revista *L'Expansion* nº 223/198.

[17] YVES DUNANT, *ob. cit.*, pp. 327-333.

[18] ANTHONY SAMPSON, *The sovereign state of ITT*, USA, Fawcett Publications, 1974.

melhor atender os interesses dos seus clientes ou alcançar as dimensões necessárias para a realização de grandes empreendimentos; [19]

c) a reformulação do controle das empresas, com a presença de mecanismos de conciliação dos conflitos entre majoritários e minoritários (como as ofertas públicas de compra e a arbitragem), e a maior proteção dada a estes últimos, com a sua representação nos conselhos fiscais e de administração, em virtude de determinações legais, acordos de acionistas ou disposições estatutárias;

d) a presença cada vez maior de consultores, auditores e advogados, a fim de garantir não só a evolução formal da empresa mas a sua melhor *performance*;

e) maior transparência nas decisões societárias;

f) a terceirização crescente de certas atividades secundárias;

g) no Brasil, uma tendência para substituir pelo controle partilhado o controle exercido tradicionalmente, até o fim do século XX, por um único acionista até chegarmos ao controle pulverizado, se possível;

h) a substituição de comando autoritário pelo que se denominou a lógica da responsabilidade difusa, baseada na delegação e no consenso. Enquanto no passado um pequeno número de pessoas sabia, pensava e decidia e a maioria se limitava a executar as ordens, está havendo agora uma inversão dessas proporções, com maior autonomia e responsabilidade de todos, desenvolvendo-se competências próprias e estabelecendo-se uma verdadeira cultura empresarial, ou seja, uma escala de valores comum para todos os integrantes das equipes;

i) a atribuição de direitos mais importantes aos acionistas preferenciais, que decorre das recentes normas do direito societário.

27. Na realidade, a empresa não mais se rege exclusivamente pelo direito societário e pelo direito do trabalho, mas está a merecer um direito próprio, o

---

[19] Arnoldo Wald, "Sociedades coligadas", in *A nova lei das sociedades anônimas*, Belo Horizonte, publicação da Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, 1977, p. 123 e seg.

direito empresarial, com elementos dos anteriormente citados, sedimentados no Código Civil, mas, ainda, abrangendo o direito da concorrência, o direito do mercado de capitais, o direito da engenharia financeira e até o direito da parceria.[20]

28. Para o jurista, as transformações da empresa ensejam uma verdadeira renovação cultural e técnica, obrigando-o a assumir a função construtiva de rever esquemas tradicionais, renovando-os e construindo novas soluções. Quer seja na relação externa, entre a empresa e o Estado, os fornecedores, os industriais e os consumidores, seja na relação interna, entre sócios e diretores, assembléias, conselhos de administração e empregados, é um direito novo que surge. O das *joint ventures*, dos acordos de acionistas, da participação nos resultados, da terceirização, dos financiamentos internacionais das concessões, da arbitragem e da proteção dos direitos intelectuais. Aliás, no Brasil, desde a última década do século passado, estamos implantando a arbitragem, legislando sobre concessões e admitindo uma ampliação da propriedade intelectual e uma verdadeira renovação do direito societário.

29. A nova estrutura da empresa faz com que o jurista que analisa o direito empresarial, no início do novo milênio, esteja tão longe do causídico dos anos de 1900 quanto o médico, cuja profissão também evoluiu consideravelmente, no mesmo período, em virtude da imprevisível importância que passaram a ter os equipamentos médicos e os remédios que surgiram a partir dos antibióticos, chegando a mudar a esperança de vida do homem. Do mesmo modo, ao operador do direito cabe encontrar as fórmulas jurídicas adequadas para assegurar o fortalecimento da empresa, a sua integração na economia interna e internacional e ter uma visão do seu papel no futuro, não só no curto, mas também no médio e no longo prazos.

30. Ponderou-se que a cada fase do desenvolvimento de um país deve corresponder uma estrutura jurídica adequada, criadora, corretiva e estimulante da atividade econômica, sem permitir as distorções. Um direito excessivamente adiantado em relação às estruturas econômicas, sociais e mentais pode ser tão perigoso quanto um sistema jurídico obsoleto. Os economistas dos países em vias de industrialização consideram, algumas vezes, o direito como um freio à dinâmica do progresso. Mas a criação e a importação de estruturas jurídicas correspondentes a uma fase ainda não alcançada na evolução econômica nacional pode frear o desenvolvimento pelas reações negativas que suscitam na população. Assim, economistas e juristas dos países em vias de desenvolvimento devem colaborar para encontrar as estruturas jurídicas as mais adequadas à fase vigente do crescimento, criando, outrossim, mecanismos flexíveis para permitir sua readaptação constante às necessidades da economia, evitando, todavia, sempre que possível, tanto a inflação legislativa e regulamentar, como a hipertrofia burocrática.

---

[20] Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald, *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 27 e seg.

31. Função árdua é assim a do jurista que se dedica a atualizar as estruturas de acordo com as circunstâncias econômicas, as necessidades sociais e os imperativos éticos sem permitir a ocorrência de qualquer hiato, que poderá significar a criação de um nó de estrangulamento no desenvolvimento nacional. A função assim exercida tem como finalidade não apenas o crescimento do país, mas o seu desenvolvimento, que significa a realização ampla do ideal de justiça em todas as suas formas.

32. Assim, no início do terceiro milênio, o jurista deve conviver não mais com o comerciante do passado mas com o empresário que possa ser o empreendedor, o líder que congrega, em torno de si, equipes e utiliza equipamentos para criar riqueza, no seu interesse, mas também e simultaneamente no interesse da sociedade e de acordo com os princípios éticos. Esta é a função da empresa como foi concebida pelo Código Civil.

II. A EMPRESA NO CÓDIGO CIVIL

33. 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*".

34. 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.

35. 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. 1364, fez incidir subsidiariamente sobre as sociedades civis as regras das sociedades anônimas, desde que não contrariassem as disposições da legislação civil.

36. A vocação no 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". [21]

37. 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.

38. 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.

39. 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. [22] 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 tinha estratificado. 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.

40. 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

---

[21] RUBENS REQUIÃO, *Questões de Direito Mercantil*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 29.

[22] SAN TIAGO DANTAS, *Programa de Direito Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 1 a 3.

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.

41. 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 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.

42. 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. A doutrina francesa, ao comentar o Código Comercial do seu país, admitiu que 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. [23]

43. 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 não comerciantes.

44. 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.

45. 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.

46. 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.

47. 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*".

---

[23] 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.

48. 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.

49. 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 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. [24]

50. 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.

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

52. 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 instituição 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 da gestão organizada com base na cooperação em forma de rede.

53. 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;*

---

[24] ALBERTO ASQUINI, "Perfis da empresa" (tradução brasileira), in *Revista de Direito Mercantil*, nº 104, p. 110.

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'.

Em linhas gerais, pode dizer-se que a empresa é, consoante acepção 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)". [25]

54. 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*

[25] MIGUEL REALE, *O Projeto de Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 98-99.

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

55. 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.

56. Quanto aos profissionais intelectuais e 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.

57. 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.

58. 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".*

59. 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".*

60. 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.

61. 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.

62. Sendo a sociedade um contrato plurilateral, deve obedecer 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.

63. 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.

64. 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".* [26]

[26] MICHEL ALBERT, JEAN BOISSONNAT e MICHEL CAMDESSUS, *Notre foi dans ce siècle*, Arléa, 2002, p. 121.

(**) ARNOLDO WALD é Advogado, Professor Catedrático de Direito da UERJ, Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia, Doutor *honoris causa* da Universidade de Paris II, Membro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI.

Jurisdição constitucional: a atualidade do caso Marbury vs Madison e a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02

CARLOS ROBERTO DE CASTRO JATAHY (*)

I - Introdução. II - Breve histórico do Caso *Marbury Vs Madison*. III - A supremacia formal da Constituição e a impossibilidade de sua alteração por norma ordinária. IV - A Lei 10.628/02 e sua inconstitucionalidade. V - A orientação do Ministério Público fluminense. VI - Considerações Finais. VII - Bibliografia

I - INTRODUÇÃO

O controle da constitucionalidade das leis, conforme foi idealizado no Constitucionalismo americano, é vital para a compreensão do tema para o Direito Brasileiro, especialmente em face da influência que RUI BARBOSA e demais constituintes de 1891 obtiveram nos precedentes da América do Norte para a implantação do sistema no ordenamento jurídico brasileiro [1]. A noção de supremacia formal da Constituição e da inconstitucionalidade de normas que lhe sejam incompatíveis nasceu do célebre caso *Marbury Vs Madison*, ocorrido em 1803 e que se revela - decorridos dois séculos - de extrema atualidade para o direito contemporâneo.

Com efeito, a idéia de que normas infraconstitucionais não podem alterar o texto da Carta Magna parece não ter sido bem compreendida pelo legislador pátrio, que, nos estertores do ano de 2002, editou a Lei 10.628, de 24 de Dezembro, alterando o Código de Processo Penal e - ao evidente arrepio do texto maior - dilargando a competência originária do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, sem as indispensáveis alterações constitucionais.

O presente trabalho visa a abordar o caso *Marbury Vs Madison* e sua aplicabilidade, após dois séculos de sua edição, para demonstrar a inconstitucionalidade da referida norma legal.

---

[1] Fundação Casa de Rui Barbosa. *Rui Barbosa e a Constituição de 1891*. Rio de Janeiro. 1985.

II - Breve histórico do caso Marbury Vs Madison

A Constituição Americana de 1787 apresenta-se como o primeiro texto constitucional consolidado de um país, trazendo em seu bojo características e institutos marcantes para o exercício e regulação do Poder, tais como, entre outros, a noção de Constituição Escrita e o caráter de Constituição rígida [2]. Não trouxe, entretanto, o texto constitucional americano, a atribuição para qualquer órgão federal do Poder ou mesmo o Parlamento, zelar pela guarda da Constituição.

Como ensina Ronaldo Poletti [3], o denominado *'judicial review"*, mesmo no tocante à Constitucionalidade das leis está, no Brasil, descrito no texto constitucional. Na América, entretanto, os elaboradores da Carta Magna, apesar de discutirem intensamente o assunto, optaram por não inseri-lo no texto pactuado que constituiria a nova nação. [4] Os debates que ocorreram na Convenção de 1787 indicavam que os delegados esperavam que as novas Cortes Federais examinassem a Constitucionalidade das Leis elaboradas pelo Congresso, sendo certo que John Marshall, na Convenção de Virginia, chegou a asseverar:

> *"Se eles (o Congresso) elaborarem uma lei não permitida por um dos poderes enumerados, ela deve ser considerada pelos juízes como infringente à Constituição, da qual eles são a guarda. Eles não deverão considerá-la como lei, ao exercerem sua função jurisdicional. Eles deverão declará-la como nula."* [5]

No mesmo sentido, Alexander Hamilton, nos artigos de *"O Federalista"*, quinze anos antes da histórica decisão de Marshall, já sustentava a competência judiciária para a interpretação das leis e que a Constituição devia ser vista pelos Juízes como uma lei fundamental, com prevalência sobre as leis ordinárias [6]. A idéia da possibilidade do controle de constitucionalidade era latente no texto maior e, apesar de já existirem posicionamentos judiciais neste sentido em diversos Estados americanos, a verdadeira jurisprudência, fundadas nas idéias de Marshall somente prevaleceria depois do famoso aresto proferido pelo então *Chief Justice*.

---

[2] Slaibi Filho, Nagib. "Breve História do Controle da Constitucionalidade". In: *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2003, p. 44.

[3] Poletti, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 24.

[4] Klauttau Filho, Paulo. *A primeira decisão sobre controle da constitucionaliudade: Marbury Vs. Madison* (1803).

[5] Poletti, Ronaldo. Ob. cit., p. 24.

[6] Cf. Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist*, American Paper, *apud* Polleti, Ronaldo, ob. cit., p. 26.

Mas como ocorreu o célebre *leading case*?

Na década de 1790, nasce na nova nação americana o Sistema Partidário, sendo certo que praticamente todos os "Pais Fundadores" ingressaram no Partido Federalista, detentor do Poder, liderados por George Washington, primeiro presidente americano, que tinha em seu gabinete políticos do porte de Alexander Hamilton (Secretário do Tesouro); Thomas Jefferson (Secretário de Estado) e James Madison. Por razões de ordem política e econômica , Hamilton e Jefferson dissentiram ideologicamente, tendo este último, em virtude de tais divergências, abandonado a facção política originária e - juntamente com o jurista MADISON - fundado o Partido Democrata Republicano (atual Partido Democrata), nascendo daí o célebre bi-partidarismo que carateriza até hoje a história dos Estados Unidos.

O segundo Presidente americano seria John Adams, Federalista, eleito para mandato compreendido entre 1797/1801, que governou sob severas críticas do partido de Jefferson, notadamente quanto à política econômica e de relações externas. Em sua gestão, Adams tinha como principais assessores Hamilton, que continuava na pasta do Tesouro e John Marshall, futuro *Chief Justice*, que desempenhava as funções de Secretário de Estado. No pleito seguinte (1801), apesar de candidato à reeleição, Adams é fragorosamente derrotado por Thomas Jefferson, dando início a primeira transição democrática do Poder na nova nação.

Tencionando preservar seus correligionários de eventuais dissabores políticos causados pela investidura do novo governo, Adams, com o apoio de seu Secretário de Estado, John Marshall, resolveu nomear a cúpula do Partido Federalista, derrotado, para cargos no Poder Judiciário, que já possuía garantias e prerrogativas constitucionais, como a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos [7]. Um dos próprios beneficiários de tal decisão foi Marshall, nomeado para a *U.S. Supreme Court*, em Janeiro de 1801, após aprovação pelo Senado. Houve também nomeações para dezesseis cargos de Juiz Federal de Apelação ("*Circuit Court Judges*") e quarenta e dois cargos de Juízes de Paz para o Distrito de Columbia ("*Organic Act of the District of Columbia*").

Estas últimas nomeações foram confirmadas pelo Senado no último dia de Adams no cargo, razão pela qual os magistrados - nomeados no apagar das luzes da Administração Adams - foram denominados "*Midnight Judges*". Apesar de já empossado no novo cargo, Marshall permaneceu acumulando as funções de *Chief Justice* - tendo inclusive ministrado o "juramento do cargo" a Jefferson - com as de Secretário de Estado até a posse de seu sucessor, Madison, o demandado na questão em exame. Ocorre que, para o aperfeiçoamento do ato de nomeação, era indispensável a entrega do título, assinado e selado, ao destinatário da investidura.

---

[7] POLLETI, Ronaldo, ob. cit., p. 32.

Entre o resultado da eleição e a passagem do governo, os denominados "*Midnight Judges*" foram investidos nas funções jurisdicionais, tendo entretanto Marshall - que se desimcumbira da tarefa, na qualidade de Secretário de Estado - deixado de entregar alguns títulos de nomeação - já assinados e selados - entre os quais se encontrava o de William Marbury, nomeado para o cargo de Juiz de Paz do Condado de Washington, no Distrito de Columbia. Quando Jefferson tomou posse, recusou-se a prosseguir na entrega dos termos de nomeação ("***commissions***"), negando-se a empossar os magistrados faltantes, por considerar tais atos nulos, dando a seu novo Secretário de Estado, Madison, tal determinação.

Diante de tal fato, Marbury e os outros prejudicados inicialmente notificaram Madison para que apresentasse as razões da recusa e ante a inércia do demandado, interpuseram *writ of mandamus*, baseados em Lei ordinária que dava à Suprema Corte a competência originária para apreciar a questão.

Na decisão em tela, Marshall reconheceu, implicitamente, o direito de Marbury de ser empossado no cargo. Entretanto, declarou a Suprema Corte americana incompetente para apreciar a questão, sob fundamento de que a Legislação ordinária ("*ordinary act*"), invocada no caso por Marbury em suas razões à Corte - o "*Judiciary Act*", de 1789 - era inconstitucional, pois não poderia ter aumentado a competência originária fixada em sede constitucional para a Suprema Corte da nação.

Em conseqüência, declarou a nulidade da norma ("*The rule must be discharged*"), não lhe dando cumprimento. Nascia aí o conceito de supremacia formal da Constituição em relação às normas infraconstitucionais que lhe fossem incompatíveis, com a conseqüente nulidade da espécie normativa em antinomia com o texto maior, no que foi posteriormente denominada pelos constitucionalistas como "Doutrina Marshall".

III - A SUPREMACIA FORMAL DA CONSTITUIÇÃO E A IMPOSSIBILIDADE DE SUA ALTERAÇÃO POR NORMA ORDINÁRIA

O princípio da Supremacia Constitucional, no entender de KELSEN, denota que a Carta Magna veicula as normas jurídicas de máxima hierarquia no Sistema de Direito Positivo, figurando como fundamento de validade de todo o ordenamento normativo [8]. Como bem acentuado por GUILHERME PENÃ [9], a noção de supremacia é decomposta nos conceitos de supremacia material e supremacia formal, estando a primeira a indicar a maior importância das normas constitucionais em relação às normas ordinárias e a segunda a induzir a relação de hierarquia entre o texto constitucional, produzido pelo poder constituinte e as normas ordinárias, elaboradas pelo poder constituído.

---

[8] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 120.

[9] PEÑA, Guilherme. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 128.

Tal noção de supremacia gera a necessidade do desempenho da jurisdição constitucional, com a finalidade de efetivamente assegurar a predominância do texto elaborado pelo poder constituinte em relação às normas infraconstitucionais [10].

Ao citar MARSHALL, em "*Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo, ante a Justiça Federal*" [11] RUI já asseverava:

> " Toda a construção do Direito americano tem por base a noção de que o povo possui originariamente o direito de estabelecer, para o seu futuro governo, os princípios que mais conducentes se lhe afigurem à sua utilidade. Os princípios, que destarte uma vez se estabeleceram, consideram-se, portanto, fundamentais.... E como a autoridade, de que eles dimanam é suprema, e raro se exerce, esses princípios tem destino permanente.... Nesta última espécie se classifica o governo dos Estados Unidos. Definiram-se e demarcaram-se os poderes da legislatura; e, para que sobre tais limites não ocorresse erro, ou deslembrança, fez-se escrita a Constituição. Com que fim se estipularia esta estipulação a escrito, se os limites prescritos pudessem ser ultrapassados exatamente por aqueles, que ela propunha coibir... ***Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar, por medidas ordinárias, a Constituição.*** Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas, não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos da legislação usual, e como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são absurdos esforços do povo.... Ora, com certeza todos os que tem formulado constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a Lei fundamental e suprema da nação; e

[10] NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 146.
[11] Cf. POLLETTI, obra citada, p. 34.

consequentemente, *a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo à Constituição, é nulo.*" (grifos nossos).

A noção de supremacia da constituição, no mundo contemporâneo, como leciona LENIO STRECK [12], vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade, assumindo um papel de norma diretiva fundamental do Estado Moderno, tornando a Jurisdição Constitucional um requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos. Citando VITAL MOREIRA, STRECK [13] afirma que "*A jurisdição Constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de Direito Democrático.*"

A magnitude das funções da Jurisdição Constitucional, traz, como corolário lógico, a necessidade de se reconhecer, no entender do mestre gaúcho, "*...a intervenção de um poder (no caso, o Judiciário ou os Tribunais Constitucionais não pertencentes – **stricto sensu** – ao Judiciário), mediante o instrumento de controle da constitucionalidade* [14]." Mas, ainda que tais conceitos estejam avançando na doutrina, o legislador ordinário insiste em se arvorar como Constituinte e teima em tentar alterar o texto constitucional mediante o abuso da "liberdade de conformação", como recentemente ocorreu no Natal passado, na undécima hora da legislatura 1999/2002.

A inconstitucionalidade de tal diploma legal, que dilarga, por norma ordinária, a competência originária da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores – prevista constitucionalmente – demonstra que a decisão proferida por Marshall há dois séculos é de extrema atualidade no mundo contemporâneo.

IV - A LEI 10.628/02 E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

A Lei nº 10.628, sancionada em 24 de dezembro de 2002, conferiu nova redação ao art. 84 do Código de Processo Penal, nele introduzindo dois parágrafos, no seguinte teor:

> "**Art. 84.** *A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.*

---

[12] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito.* 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 101.
[13] Ob. cit., p. 103.
[14] *Idem, ibidem.*

> *§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.*
> *§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º".*

Ora, tal diploma legal pretendeu, em seu parágrafo primeiro, revigorar a prorrogação do foro especial após a cessação do exercício da função pública, que havia sido extinto pelo Colendo Supremo Tribunal Federal com o cancelamento do verbete nº 394 da súmula predominante [15] e, em seu parágrafo segundo, estender a "competência por prerrogativa de função", antes existente tão-somente para o processamento e julgamento de infrações penais, para o conhecimento e julgamento de atos de improbidade administrativa. Com tal efeito, por norma infraconstitucional, pretendeu o legislador pátrio aumentar a competência originária da Suprema Corte (Art. 102, I) e dos demais Tribunais Superiores, em flagrante violação aos princípios da supremacia formal da Constituição e de sua rigidez, trazendo a lume, quase dois séculos após, o célebre caso *Marbury Vs Madison*, examinado no início deste trabalho.

Como é cediço, o sistema adotado pela Carta Política de 1988 determina que a competência originária dos Tribunais seja fixada, restritivamente, no corpo da própria Carta Magna. Tal sistema emerge da dicção dos Artigos 102, I (Competência originária do STF); 105, I (Competência originária do STJ) e demais Tribunais superiores, sendo certo ainda que o Artigo 125, § 1º da Carta Magna determina às Constituições Estaduais a fixação das competências dos Tribunais de Justiça. Logo, a aludida norma legal, ao criar nos dois parágrafos introduzidos no Artigo 84 do CPP, circunstâncias que ensejam a majoração da competência originária do STF, STJ e demais Tribunais, viola o princípio do Juiz Natural (Art. 5º, XXXVII) e deve ser declarada inconstitucional.

A matéria já foi decidida neste sentido pela Suprema Corte na Petição 693 AgR/SP, relator o eminente Ministro Ilmar Galvão:

> *"Competência do Supremo Tribunal Federal. Ação civil pública contra Presidente da República. Lei n. 7.347/85.* A competência do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e

[15] Inq. 687-SP QO, caso Jabes Pinto Rabelo, Rel. Min. Sydney Sanches; *Informativo STF* 159.

> incisos. A circunstância de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da Corte, para os feitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade."[16]

Como afirma ALEXANDRE DE MORAES [17], citando o Ministro Celso de Mello na Petição nº 1026-4/DF "A competência originária do Supremo Tribunal Federal qualifica-se como *"um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional"*, não comportando a possibilidade de extensão, que extravasem os rígidos limites fixados em *numerus clausus* pelo rol exaustivo inscrito no Artigo 102, I da Carta Política.A definição da competência originária dos tribunais é matéria sujeita a reserva de constituição, sendo defeso ao legislador infra-constitucional disciplinar tal matéria, como tentou fazê-lo ao promulgar a Lei n. 10.628/02, arvorando-se, dessa forma, no papel do Poder Constituinte Derivado .

A inconstitucionalidade do diploma legislativo em tela emerge também da aferição do desrespeito ao comando esculpido no art. 125, § 1°, do Texto maior, que determina expressamente seja a competência originária dos Tribunais de Justiça definida pela respectiva Constituição Estadual e não por lei ordinária, como ocorre no diploma legislativo ora em análise. Além disso, é da sistemática e da tradição de nosso direito que as hipóteses de foro privilegiado somente possam ser disciplinadas na Constituição Federal, ou, quando muito, nas Constituições estaduais, não se admitindo, portanto, como sintetizado por ALEXANDRE DE MORAES, ampliação por norma de estatura inferior: "...a Constituição Federal, consagrando o princípio do Juiz Natural (art. 5°, incisos XXXVII e LIII), não permite alterações de foro por conveniências ou analogias políticas" [18]

Ao emitir parecer na ADIn 2.797-2/600 [19], em que a CONAMP - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - questiona a constitucionalidade do dispositivo ora em exame, o então Procurador Geral da República, citando a doutrina Marshall, afirma:

> *"Vislumbra-se, portanto, sério vício que resulta na inconstitucionalidade formal a macular a norma inserta no § 1.º do art. 84 do Código de Processo Penal, com a*

---

[16] *RTJ* 159/28, Rel Min. Ilmar Galvão; *Informativo STF* 172.
[17] MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 12ª Edição. São Paulo: Atlas. 2002, p. 598.
[18] MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 2645.
[19] Disponível em http://www.conamp.org.br, acesso em Outubro de 2003.

redação dada pela Lei n.º 10.628/02, pois somente o próprio Supremo Tribunal Federal é que teria que adotar tal exegese da norma constitucional sobre sua própria competência originária e não o legislador ordinário. Há, assim, a nosso ver, violação do disposto no art. 2.º, da Constituição da República.

O § 1º viola o princípio da independência e harmonia dos poderes e usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião máximo da Constituição, segundo o caput do art. 102. A lei neste ponto interpreta a Constituição, na verdade, ***revogando*** *a exegese mais recente do Supremo Tribunal Federal e lembra o caso emblemático Marbury v. Madison da Suprema Corte Americana.*

Aliás, como se sabe, toda a teoria judicial ***review*** *começa com a inconstitucionalidade formal naquele caso, sob inspiração do Chief Justice MARSHALL, quando o Congresso Americano pretendeu, por lei, criar competência originária para a Suprema Corte relativa ao* ***writ of mandamus****. A competência originária daquela corte é somente a definida no próprio texto da Constituição e não em leis ("Statutes") do Congresso."*

A matéria encontra-se atualmente (13/11/2003) com vista ao Ministro Sepulveda Pertence, relator da ADIn supra-referida, aguardando a sociedade a solução da jurisdição constitucional no sentido da declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos em tela, como forma de efetivação do Texto maior em detrimento das "maiorias eventuais" que teimam em desconsiderá-lo .

V - A orientação do Ministério Público fluminense

Dentro desta linha de raciocínio - entendendo que os dispositivos em exame violam a supremacia constitucional - o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio de seu Procurador-Geral de Justiça editou, em 20/02/03, a Resolução nº 1129, onde foi expedida recomendação, sem efeito normativo, aos membros do *Parquet* que as ações civis públicas de improbidade administrativa, fundadas na Lei nº 8.429/92, sejam ajuizadas perante o Juízo de primeiro grau, independentemente da natureza funcional do agente público responsável pela conduta. No mesmo sentido, a recomendação aduz que, nas causas referidas, deva ser argüida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 2º do art. 84, do Cód. Proc. Penal, com a alteração introduzida pela Lei n.º 10.628, de 24.12.2002. Finalmente, propugna-se que, nas ações civis públicas, propostas em face de agentes com foro especial, que já estejam tramitando no

Juízo de primeiro grau, deva também ser suscitada a inconstitucionalidade incidental do mesmo dispositivo do Código de Processo Penal.

Tal medida visa a estimular o controle de constitucionalidade, por intermédio do sistema difuso, da norma em exame, servindo de multiplicador para as inúmeras decisões judiciais que certamente vão advir da questão ora exposta.

VI - Considerações finais

Face ao exposto, afere-se que o legislador ordinário, ao editar a Lei 10.628/02 arvorou-se em Poder Constituinte e acrescentou mais uma competência originária ao rol exaustivo de competências de cada tribunal existente no ordenamento jurídico nacional. Tal conduta viola a tradição do ordenamento brasileiro que preceitua expressamente ser a repartição da competência jurisdicional - especialmente da competência originária dos Tribunais - fixada na Constituição da República, de forma expressa e exaustiva, vedada qualquer interpretação extensiva.

O comando se aplica com relação ao Supremo Tribunal Federal, aos tribunais superiores, aos Tribunais Regionais Federais e aos juízes federais, bem como aos tribunais estaduais, cuja competência também há de ser fixada em sede constitucional estadual, segundo expresso mandamento da Constituição Federal, previsto no Artigo 125 § 1° da Carta da República. Agindo desta forma, traz o legislador ordinário a lume - dois séculos depois - a controvérsia judicial do caso *Marbury Vs Madison*, precedente que institucionalizou a idéia de jurisdição constitucional e supremacia formal da Carta Magna em relação às normas infraconstitucionais.

Com efeito, os limites da competência dos tribunais estão descritos no texto constitucional, quer federal, quer estadual, sendo vedado ao legislador ordinário ultrapassá-los, acrescentando nova competência ao rol exaustivo posto na Constituição, como se poder constituinte fosse.

Não pode, pois, a lei ordinária regular matéria que só pode ter sede constitucional, sob pena de violação do caráter rígido da Carta Magna; sua supremacia formal e material sobre todas as espécies normativas e, especialmente, a independência e a harmonia dos poderes do Estado, determinada no artigo 2° da Constituição Republicana.

Tal noção, de clareza curial, demonstra a atualidade da doutrina Marshall e a contemporaneidade do precedente para os estudiosos do Direito Constitucional.

VII - Bibliografia

Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

Klautau Filho, Paulo. "A primeira decisão sobre constitucionalidade: Marbury v. Madison (1803)". Artigo distribuído pelo Professor Lenio Luiz Streck aos alunos da disciplina Teoria da Constituição no Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá. Outubro de 2003.

Moraes, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Constitucional*. 12ª Edição. São Paulo: Atlas, 2002.

Neves, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

Peña, Guilherme. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Poletti, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

Streck, Lenio. *Jurisdição constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

(*) Carlos Roberto de Castro Jatahy é Procurador de Justiça/RJ, Mestrando em Direito Público pela UNESA, Professor da Universidade Veiga de Almeida e da Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro.

As sociedades limitadas entre cônjuges e o novo Código Civil - Breves comentários

CLÁUDIO CALO SOUSA (*)

Recentemente, com advento da Lei nº 10.406/2002, foi instituído o novo Código Civil no nosso ordenamento jurídico, passando a disciplinar o Direito de Empresa e, por via de conseqüência, as sociedades não empresárias e empresárias, tendo sido acolhido a Teoria da Empresa.

Uma das inovações, ao meu sentir retrógradas, consta no **artigo 977** que, de forma expressa, faculta aos cônjuges a contratação de sociedade entre si ou com terceiros, mas de forma condicionada, ou seja, desde que o regime matrimonial de bens *não seja* o da comunhão *universal* ou da separação *obrigatória* de bens.

Em outras palavras, se os cônjuges adotarem o regime legal, qual seja, o da comunhão parcial, é livre a constituição de uma sociedade entre eles ou juntamente com terceiros.

Diz-se que a "inovação" foi retrógrada porque, antes do advento do referido ato normativo, a própria doutrina e a jurisprudência, de forma dominante [1], entendiam pela possibilidade de os cônjuges constituírem sociedade limitada entre si ou com terceiros, independentemente do regime matrimonial de bens, até porque o artigo 3º da Lei nº 4.121/1962 ("Estatuto da Mulher Casada"), de forma clara, distinguia o patrimônio de cada cônjuge, ainda que o regime fosse o da comunhão universal.

Certo é que não se poderia presumir a intenção de os cônjuges alterarem o regime matrimonial de bens pelo fato de terem constituído uma sociedade entre eles ou com terceiros, até porque, caso fosse constatada alguma fraude, seria possível a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, hoje também acolhida, de forma imprecisa, no artigo 50 do CC/2002.

Como requisitos de validade de uma sociedade, tem-se a capacidade do agente, objeto lícito, possível e determinável, a forma prescrita ou não vedada por lei, a contribuição para formar o capital social e a participação nos lucros e nas perdas. Portanto, o fato de os sócios serem casados, por si só, não pode gerar a *invalidade* de uma sociedade.

---

[1] Por todos, RUBENS REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, volume I, Editora Saraiva, 2003.

É de se verificar que, nos dias atuais, é muito comum um cônjuge, ao invés de exercer a empresa individualmente, procurando sair da responsabilidade ilimitada, que é característica do empresário individual, procura o outro cônjuge, conferindo-lhe uma pequena participação societária, a fim de constituir uma sociedade, mas não necessariamente para burlar o regime matrimonial de bens, mas sim para viabilizar o exercício da empresa pela pessoa jurídica e assegurar a proteção ao seu patrimônio particular.

Ora, ao invés de o legislador ter vedado a sociedade entre cônjuges quando o regime for o da comunhão universal ou da separação obrigatória, poderia, seguindo outros ordenamentos jurídicos, acolher a figura do empresário individual com responsabilidade limitada, que afetaria parte de seu patrimônio para o exercício da empresa, acabando com a situação hipócrita que ocorre em várias sociedades denominadas fictícias, em que *formalmente* são formadas por, no mínimo, dois sócios, porém, *substancialmente*, são unipessoais, levando-se em consideração que um dos sócios acaba possuindo uma participação irrisória.

Porém, o legislador, distanciando-se do posicionamento predominante entre os operadores do direito, acabou optando por vedar a possibilidade de constituição de sociedade entre cônjuges, em sendo o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória.

Não se pode olvidar, no entanto, que, *antes do atual Código Civil*, muitos casais, adotando o regime da comunhão universal, constituíram sociedades empresárias (padarias, restaurantes, dentre outras), sendo certo que o artigo 2031 daquele diploma legal prevê que as sociedades constituídas na forma das leis anteriores terão o prazo de um ano para se adaptarem às disposições deste Código, a partir de sua vigência, conferindo igual prazo aos empresários.

Como fica a situação destes casais? Terão que resolver parcialmente ("dissolução parcial") a sociedade? Poderão alterar o regime matrimonial de bens justamente para escaparem da proibição do artigo 977 do CC? Qual a solução?

É certo e sabido que o CC/2002, no artigo 1639, § 2º, de forma expressa, admitiu a possibilidade de o regime matrimonial de bens ser alterado, desde que através de autorização judicial em pedido fundamentado de ambos os cônjuges.

Desta forma, através de uma análise perfunctória, num primeiro momento, poderia ser adotada como solução a possibilidade daqueles casais requererem ao respectivo Juízo a mudança de regime, a fim de possibilitar a continuidade da sociedade entre eles.

Mas, e se não fosse admitida a alteração do regime, seria caso de "dissolução parcial", ou seja, resolver o vínculo de um dos cônjuges com a sociedade?

Com a devida vênia, entendo que as duas soluções acima referidas afrontam não só o estado jurídico daqueles cônjuges, mas, principalmente, o próprio ordenamento jurídico, uma vez que desrespeitam direitos e garantias fundamentais, precisamente o princípio da segurança jurídica, senão vejamos:

Na esteira deste raciocínio, não se pode perder de vista o disposto no artigo 2039 do CC/2002, que preceitua que o regime de bens nos casamentos celebrados **na vigência do Código Civil anterior** é o por ele estabelecido. Em outras palavras, aquelas pessoas casadas antes do atual CC/2002 não podem alterar o regime de bens, vez que a disciplina anterior previa a imutabilidade.

No tocante à "dissolução parcial", acaso adotada como "solução", na realidade acaba ofendendo direitos subjetivos daqueles cônjuges, pois, quando constituíram a sociedade, o legislador não vedava tal constituição. Pelo contrário, o entendimento doutrinário e jurisprudencial admitia, inclusive, o Órgão com incumbência do registro das sociedades realizava o arquivamento dos atos constitutivos.

A solução deve passar obrigatoriamente pela Constituição da República, nossa Lei Maior, vez que o artigo 2031 do CC/2002 não pode ser aplicado à hipótese, sob pena de ser considerado inconstitucional, face à flagrante violação do disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna, que prestigia o princípio da segurança jurídica, várias vezes violado pelo legislador infraconstitucional, ou seja, a lei não pode violar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

No presente caso, aqueles cônjuges, quando constituíram a sociedade, acabaram formalizando o ato constitutivo; sendo assim, urge que sejam respeitados o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Ademais, o próprio artigo 2035 do CC/2002 acaba por contribuir para esta solução, quando preceitua que a validade dos negócios jurídicos e demais atos jurídicos, constituídos *antes da entrada em vigor deste Código*, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no artigo 2045.

À época do Código Comercial e do Código Civil de 1916 não existia qualquer vedação para a constituição de sociedades entre cônjuges, independentemente do regime matrimonial de bens, o que faz com que se chegue à conclusão de que aquelas sociedades devem ser consideradas válidas, até porque atenderam aos requisitos genéricos e específicos de validade.

Em suma, os cônjuges casados antes do atual CC/2002 não podem modificar o regime matrimonial de bens, pois, quando casaram, o mesmo era imutável. No entanto, caso tenham constituído sociedade entre si ou com terceiros, de toda sorte, esta não pode, com fundamento no artigo 977 do CC/2002, ser dissolvida sequer parcialmente, sob pena de ser violado o princípio constitucional da segurança jurídica.

Setembro de 2003.

(*) Cláudio Calo Sousa é Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor de Direito Empresarial.

A proclamação da liberdade de não permanecer casado (ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas)

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS [*]

SUMÁRIO:

1. A carta de alforria das relações afetivas;
2. Escorço histórico da culpa como elemento integrante da dissolução do vínculo afetivo;
3. A necessária perspectiva constitucional do Direito Civil e a afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica brasileira;
4. A família como instrumento de promoção da felicidade;
5. O direito de não permanecer casado como materialização da dignidade da pessoa humana;
6. A impossibilidade de afirmar o culpado pelo fim do sonho comum;
7. Da inconstitucionalidade da discussão da culpa;
7.1. O interesse jurídico na discussão da culpa;
7.2. A dissolução do matrimônio e o regime de bens;
7.3. O uso do nome de casado;
7.4. A guarda dos filhos;
7.5. Os alimentos devidos ao eventual culpado (parágrafo único, art. 1.704, nCC);
7.6. A existência de interesse de agir (condição da ação) na imputação da culpa;
8. Espancando a culpa para preservar a ordem constitucional: proposta de alteração do Código Civil;
9. Bibliografia.

"O que gostaria de conservar na família no terceiro milênio são os seus aspectos mais positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. Belo sonho." (MICHELLE PERROT)

1. *A carta de alforria das relações afetivas*

Em memorável passagem, consolidando entendimento esposado de há muito pela melhor doutrina brasileira, a 7ª Câmara Cível do vanguardista Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por unanimidade, no julgamento da Apelação

Cível nº 70005834916 – de Porto Alegre, relatado pelo eminente Des. José Carlos Teixeira Giorgis, afastou definitivamente a discussão da culpa na separação judicial.

O acórdão, lavrado em 02 de abril de 2003, proclamando ideais de cidadania, é o sinal definitivo e peremptório de uma nova orientação jurisprudencial, sepultando a culpa como elemento de relevo jurídico, apesar das referências do novo Código Civil.

Enfim, é verdadeira *carta de alforria* das relações afetivas, pois impede que se discuta a culpa pela falta de amor, pela negativa de afeto.

Veja-se a ementa do brilhante aresto:

> ***"Separação judicial litigiosa. Violação dos deveres conjugais. Culpa. Prova. Descabimento. Dano moral. Impossibilidade, embora admitido pelo sistema jurídico.***
>
> É remansoso o entendimento de que descabe a discussão da culpa para a investigação do responsável pela erosão da sociedade conjugal.
>
> A vitimização de um dos cônjuges não produz qualquer seqüela prática, seja quanto à guarda dos filhos, partilha de bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal, mesmo por que difícil definir o verdadeiro responsável pela deterioração da arquitetura matrimonial, não sendo razoável que o Estado invada a privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é autor da fragilização do afeto.
>
> A análise dos restos de um consórcio amoroso, pelo Judiciário, não deve levar à degradação pública de um dos parceiros, pois os fatos íntimos que caracterizam o casamento se abrigam na preservação da dignidade humana, princípio solar que sustenta o ordenamento nacional.
>
> Embora o sistema jurídico não seja avesso à possibilidade de reparação por danos morais na separação ou no divórcio, a pretensão encontra óbice quando se expurga a discussão da culpa pelo dissídio, e quando os acontecimentos apontados como desabonatórios aconteceram depois da separação fática, requisito que dissolve os deveres do casamento, entre os quais o da fidelidade.

> Não há dor, aflição ou angústia para indenizar quando não se perquire a culpa ou se define o responsável pelo abalo do edifício conjugal.
> Apelação desprovida".
> (TJ/RS, Ac. 7ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70005834916 - Porto Alegre, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, v. u., j. 02.04.2003)

Cuidou-se, na oportunidade, de ação de separação judicial na qual tentou um dos separandos impingir ao outro consorte a culpa pela separação judicial, alegando ter ocorrido grave violação de deveres do casamento.

A Egrégia Corte gaúcha, no entanto, em candentes palavras, afirmou ser "absolutamente inadequada a discussão sobre a culpa na erosão da arquitetura familiar, mesmo sob os augúrios da atual legislação civil". Assim, o insucesso das empreitadas amorosas não mais poderá servir como elemento produtor de efeitos jurídicos.

2. *Escorço histórico da culpa como elemento integrante da dissolução do vínculo afetivo*

Compreendida como a quebra intencional dos deveres matrimoniais bilateralmente impostos (art. 1.566, nCC), a culpa sempre atribuiu àquele que descumpre tais *obrigações amorosas* (se é que existem!) conseqüências consistentes na perda de determinados direitos e imposição de determinadas sanções de índole civil e penal.

Sem olvidar a bíblica afirmação da culpa [1], a história relata curiosas passagens relacionadas ao elemento anímico, como necessário à ruptura do vínculo matrimonial. No Código de Manu, a mulher que se mostrasse estéril, depois de oito anos de casada, era repudiável, bem como aquelas que, durante onze anos, somente geram filhas. No direito mosaico, a dissolução submetia-se simplesmente à vontade do marido. Entretanto, provado o adultério da mulher, o repúdio tornava-se dever jurídico e religioso, sendo constrangido o marido a defender a sua dignidade. Já no Código de Justiniano, a mulher adúltera era açoitada e encerrada num mosteiro, aguardando o prazo de dois anos para que o marido a reclamasse. Não o fazendo no referido lapso temporal, aplicava-se-lhe uma surra pública, devolvendo-a à sociedade.

As Ordenações Filipinas (Livro V, Título 28), que tanto influenciaram o nosso direito, traziam passagem singular, permitindo ao homem casado que encontrasse sua mulher em adultério matar a ela e ao adúltero, "*salvo se o marido*

---

[1] Conforme *Gênesis* 3:14 a 17, bem lembrada por GUSTAVO TEPEDINO, asseverando, por isso, que na "nossa mais profunda tradição ética, o prazer não é facilmente absorvido desvinculado do elemento culpa", cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p. 368.

fo(sse)*r peão e o adúltero fidalgo ou nosso Desembargador ou pessoa de maior qualidade*". E mais, se o marido enganado fosse leve, morno, na execução da pena imputada à esposa adúltera, seriam "*ele* (o marido) *e ela açoutados com senhas, capelas de cornos e degradados para o Brasil e o adúltero ser*(ia)*á degradado para sempre para a África, sem embargo de o marido lhes querer perdoar*".

Entre nós, proclamando o princípio da indissolubilidade do matrimônio, o Código Civil de 1916 afastou-se da possibilidade de divórcio, considerando "a respeitabilidade, com que é cercada a família brasileira, a honestidade de nossas patrícias, os costumes de nosso povo", que, juntos, contribuíssem não só para que fosse dispensado "o meio extremo do divórcio", como o tornaram "sobremodo nefasto", conforme a lição do próprio CLÓVIS BEVILÁQUA [2].

Permitia-se, tão somente, o desquite (hoje rebatizado de *separação judicial*), submetido, sempre, a causas graves e determinadas [3], todas expressas em lei. Assim, na redação primitiva do Código Civil de 1916 (arts. 317 e 318), o desquite apenas era permitido nas taxativas hipóteses de adultério, tentativa de morte, sevícias ou injúria grave e abandono voluntário do lar, por mais de dois anos contínuos, além do mútuo consentimento dos consortes, quando casados há mais de dois anos.

Estava, assim, afirmada a culpa como elemento propulsor da dissolução da sociedade conjugal. E mais, audaciosamente, o legislador erigia as condutas culposas, como se fosse possível um prontuário de comportamentos atentatórios da estabilidade matrimonial.

Com o advento da Lei nº 6.515/77 – Lei do Divórcio, todavia, foi possível "respirar aliviado", como bem anotou o preclaro ROLF MADALENO, mentor de avançadas teses jurídicas, já que foi admitida a separação sem culpa, fundada em outras causas, além do próprio direito ao divórcio [4]. Quedou, pois, o sistema taxativo de causas culposas e admitiu-se a dissolução sem culpa [5].

Desembocando no novo Código Civil, conquanto se detectasse, há anos, tendência para rechaçar a presença da culpa na legislação brasileira, fruto de inúmeras manifestações doutrinárias [6] e jurisprudenciais, foi mantida, ainda

---

[2] Cf. *Direito da Família*, cit., p. 280. Não é demais relembrar trecho da lição do mestre cearense, pela qual não seria "inexato afirmar que há indivíduos predestinados ao divórcio, como os há para o crime; e que outros, passando por sucessivas dissoluções matrimoniais, adquirem a incorrigibilidade". Por isso, entendia que "para uns tais, permissão de novos casamentos seria lamentável imprevidência".

[3] Era nítida a excepcionalidade da dissolução matrimonial, por isso ponderava BEVILÁQUA, com inspiração na legislação muçulmana, que "se faltam boas razões", não se pode aprovar a dissolução, nem religiosa, nem juridicamente, cf. *Direito da Família*, cit., p. 280.

[4] Cf. *Direito de Família: Aspectos polêmicos*, cit., p. 175.

[5] É clara a lição de JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA & FRANCISCO JOSÉ FERREIRA MUNIZ, explicitando a pluralidade de modelos separatórios da Lei do Divórcio, resultando em três modalidades: "por mútuo consentimento, também chamada 'separação consensual' e as duas modalidades litigiosas, dominadas pelo princípio da culpa e pelo princípio da ruptura", respectivamente, cf. *Curso de Direito de Família*, cit., p. 429.

[6] Sobre o tema, consulte-se TEPEDINO (*Temas de Direito Civil*, cit., p. 367 e ss.), MADALENO (*Direito de*

que residualmente, a possibilidade de seu reconhecimento, consoante a regra estatuída nos arts. 1.572, 1.573, 1.578 e 1.704, parágrafo único.

Vislumbra-se, pelo fio do exposto, que a culpa sempre esteve arraigada na legislação infraconstitucional brasileira, trazendo consigo "a idéia de punição, de vingança", como percebeu a genialidade de RODRIGO DA CUNHA PEREIRA [7].

3. *A necessária perspectiva constitucional do Direito Civil e a afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica brasileira*

Fundamental ressaltar que o Direito de Família contemporâneo - e o Direito Civil como um todo - não pode distanciar-se da legalidade constitucional, impondo-se estrita obediência às premissas fundamentais postas na *Magna Charta*, pois consistentes nos valores mais relevantes da ordem jurídica brasileira.

É que a *Lex Fundamentalis* de 1988, propiciamente apelidada de "*Constituição cidadã*", veio a redimensionar a ciência jurídica, fraturando a histórica dicotomia "público X privado", quando estabeleceu princípios e normas dirigidos ao Direito Civil, determinando uma nova leitura, uma revisita dos institutos fundamentais do Direito Civil. Em outras palavras, a Constituição da República, mais do que estabelecer limites externos para as atividades privadas, conferiu *novo conteúdo* aos institutos privados.

Assim, "diante da realidade constitucional, tendo em conta o cuidado do constituinte em definir princípios e valores bastante específicos no que concerne às relações de direito civil", é forçoso "redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição", na visão aguçada de GUSTAVO TEPEDIDO, ponto luminoso da civilística brasileira [8].

Nesta trilha de raciocínio, importa destacar que o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, erigido como fundamental pela Constituição de 1988, foi a *dignidade da pessoa humana*, que, como consectário, impõe a elevação do ser humano ao ápice de todo o sistema jurídico, sendo-lhe atribuído o valor supremo de alicerce da ordem jurídica. A *dignidade da pessoa humana*, pois, serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida do homem, dela defluindo *o respeito à integridade física e psíquica das pessoas, a admissão da existência de pressupostos materiais (patrimoniais, inclusive) mínimos para que se possa viver e o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade* [9].

Família: Aspectos polêmicos, cit., p. 171 e ss.), RODRIGO DA CUNHA PEREIRA ("A culpa no desenlace conjugal", cit., p. 322 e ss.), OLIVEIRA & MUNIZ (*Curso de Direito de Família*, cit., p.421 e ss.), MAURÍCIO LUÍS MIZRAHI (*Familia, matrimonio y divorcio*, cit., p.197 e ss.), além de MARIA BERENICE DIAS ("Da separação e do divórcio", cit., p. 70 e ss.), afirmando esta última, com a experiência resultante da atuação em causas de família, ser "retrógrada a mantença da necessidade de identificação de um culpado para que seja concedida a separação" (*op. et loc. cit.*).

[7] Cf. "A culpa no desenlace conjugal", cit., p. 327.

[8] Cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p. 13.

[9] Com este pensar, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, cf. "A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana", cit., pp. 3-24.

Com Ingo Wolfgand Sarlet, a dignidade humana é "qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade", obstando todo e qualquer "ato de cunho degradante e desumano", além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.[10]

Ora, o reconhecimento da fundamentalidade da dignidade humana impõe uma nova postura aos civilistas modernos (especialmente aqueles que laboram com o Direito de Família), devendo, na interpretação e aplicação de normas e conceitos jurídicos, assegurar a vida humana de forma integral e prioritária [11].

4 *A família como instrumento de promoção da felicidade*

Postas estas premissas, é possível enxergar a família, sempre numa perspectiva constitucional, abandonando caráter de *instituição jurídica* e passando a merecer tutela como verdadeiro *instrumento* de afirmação da realização pessoal do ser humano, valorizados os seus aspectos espirituais e o desenvolvimento de sua personalidade, em combate à feição patrimonial, até então predominante.

A família deixou de ser fim e passou a ser meio, instrumento. Descobriu-se que as pessoas não nascem com o fim específico de constituir família, mas, ao revés, nascem voltadas para a busca de sua felicidade e realização pessoal, como conseqüência lógica da afirmação da *dignidade do homem*.

Daí a necessidade de uma visão essencialmente *funcionalizada da família*, como o *locus* privilegiado para o desenvolvimento da personalidade e afirmação da dignidade de seus membros [12].

---

[10] Cf. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, cit., p. 60.

[11] A jurisprudência vem procurando dar efetiva aplicação ao princípio da dignidade humana, buscando interpretar as normas à luz deste basilar preceito. Veja-se ilustrativamente: "A saúde, como bem intrinsecamente relevante à vida e à dignidade humana, foi elevada pela atual CF à condição de direito fundamental do homem. Assim, ela não pode ser caracterizada como simples mercadoria, nem confundida com outras atividades econômicas. O particular que presta uma atividade econômica correlacionada com serviços médicos e de saúde possui os mesmos deveres do Estado, ou seja, prestar assistência médica integral aos consumidores dos seus serviços, entendimento esse que não se sustenta somente no Texto Constitucional ou no CDC, mas, principalmente, na lei de mercado de que quanto maior o lucro, maior também o risco. Em razão das peculiaridades fáticas e jurídicas do caso, deve o plano de saúde ressarcir o consumidor das despesas médico-hospitalares decorrentes de transplante de fígado". (TA/MG, Ap. Cív. 264003-9 - Belo Horizonte, Ac. unân. 4a Câm. Cív., rel. Juíza Maria Elza, publ. *DJ/MG* 12.5.99)

[12] A lição, mais uma vez, é do emérito Tepedino, cf. *Temas de Direito Civil*, cit., pp. 349-50, para quem a Lei Maior alterou o conceito de família, afirmando uma idéia "flexível e instrumental", voltado "para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros".

A família, forjada na *dignidade da pessoa humana* [13], passa a atender uma necessidade vital: ser feliz [14].

E é a partir deste impostergável direito de *ser feliz* que se edifica "uma nova concepção de família, informada por laços afetivos, de carinho, de amor. Constrói-se o paradigma do desamor, no qual *ninguém é obrigado a viver com quem não esteja feliz*, preponderando o respeito e a dignidade da pessoa humana", na sensível análise de ALEXANDRE ROSA [15].

Nesse passo, percebe-se que a valorização do afeto nas relações familiares não pode cingir-se apenas ao momento da celebração do casamento (formação da entidade familiar), devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base segura de sustentação da família, exsurgindo a dissolução do vínculo como modo de garantir a dignidade da pessoa [16].

Corolário do que se expôs, é a necessidade de revisitar os institutos do Direito de Família (como a separação, o divórcio, a guarda, a tutela, a curatela, os alimentos...) [17], adequando suas estruturas e conteúdo à legalidade constitucional, funcionalizando-os para que se prestem à afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica brasileira, proclamados na *Lex Mater*, como a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), a *solidariedade social* (art. 3º), a *igualdade substancial* (arts. 3º e 5º), a *intimidade* e a *vida privada* (art. 5º, X, XI e XII).

Acata, pois, o Direito de Família as diversas modificações consolidadas na dinâmica familiar, buscando aplicar, no plano jurídico, a *"democratização da intimidade e dos sentimentos"*, vislumbrada pela percepção de ANTHONY GUIDENS [18], reconstruindo o seu conteúdo com a *valorização da pessoa humana* e aproximando-se da realidade humana, levando em conta a renovação das práticas afetivas, emocionais e (por que não?) sexuais.

5 *O direito de não permanecer casado como materialização da dignidade da pessoa humana*

Admitida primitivamente em caráter excepcional, como visto alhures, a dissolução do vínculo afetivo há de ser compreendida, hodiernamente, como

---

[13] Pondera OTÁVIO AUGUSTO REIS DE SOUSA, ilustre civilista radicado em Sergipe, em interessante trabalho, que os deveres familiares, quando discutidos em juízo, devem estar limitados "pelo respeito à individualidade e à dignidade humana", cf. "Débito conjugal e suas vicissitudes", cit., p.127.

[14] Comunga com este entendimento o insigne civilista português DIOGO LEITE DE CAMPOS, que também propugna ser a entidade familiar instituto "destinado a ser instrumento da felicidade" das pessoas envolvidas. Desta maneira, surge um direito de dissolver o vínculo quando um deles "entende que essa felicidade, pelo menos no que lhe diz respeito, já não pode ser obtida", cf. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., p. 271.

[15] Cf. *Amante virtual – (In)Conseqüências no Direito de Família e Penal*, cit., p. 129.

[16] Assim, MAURÍCIO LUÍS MIZRAHI, cf. *Família, matrimonio y divorcio*, cit., p. 162.

[17] Com idêntico pensar, anota LUIZ EDSON FACHIN que, para esse novo olhar da família e do Direito de Família, "a releitura desses estatutos fundamentais é útil e necessária para compreender a crise e a superação do sistema clássico", cf. *Elementos críticos do Direito de Família*, cit., p. 5.

[18] Cf. *A transformação da intimidade*, cit., p. 205 e ss.

verdadeiro direito da pessoa humana.

No lúcido olhar de FACHIN, "uma história construída a quatro mãos tende ao sentido de permanência. Todavia, a liberdade de casar convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado" [19]. Deste modo, findos os projetos e anseios comuns - que servem como base de sustentação do casamento - exsurge a dissolução do matrimônio como conseqüência natural, consubstanciando um direito exercitável pela simples vontade do indivíduo.

Veja-se que a proteção devida à dignidade humana (art. 1º, III, CF) [20] encerra verdadeiro direito fundamental, genérico, do homem, consubstanciando uma *cláusula geral de proteção da personalidade* ou *teoria geral de personalidade* [21]. Nessa mesma esteira, a Declaração dos Direitos do Homem (art. 12) e a Convenção da Europa (art. 8º) outorgam direitos fundamentais ao homem, conferindo proteção à vida privada e familiar.

Ora, como a cláusula geral de proteção da personalidade humana promove a *dignidade do homem*, não há dúvidas de que se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna.

Com ROLF MADALENO, respeitando a dignificação pessoal do homem, a separação judicial é um direito constitucionalmente assegurado, pois *"livra os cônjuges ou conviventes da degradação de continuarem sendo infelizes"*. [22]

Mais incisivo, ALEXANDRE ROSA, fundado no princípio da *dignidade da pessoa humana*, percebe a valorização do indivíduo, reconhecendo, a partir da manifestação do desinteresse na continuidade matrimonial, um *"direito constitucional de serem felizes* e dar cabo àquilo que lhes aflige, sem inventar motivos. O casamento/união - como visto - é a confluência de interesses, inclusive erótico-afetivo. Não existindo esse elo, o melhor é terminar". [23]

Eis o sinal dos tempos: afirma-se o direito de não manter o núcleo familiar constituído como conseqüência natural da proteção da dignidade da pessoa humana.

Trata-se, aliás, de *direito potestativo extintivo* [24], uma vez que atribui-se ao cônjuge o poder de, mediante sua simples e exclusiva declaração de vontade,

---

[19] Cf. *Elementos críticos do Direito de Família*, cit., p. 169.

[20] No mesmo diapasão, a Constituição da Alemanha, em seu art. 1o, introduziu um direito geral de personalidade, salvaguardando a dignidade humana.

[21] Com esse pensar, TEPEDINO, cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p. 23 e ss. e ELIMAR SZANIAWSKI, cf. *Direitos de personalidade e sua tutela*, cit., p. 56 e ss., percebendo este último, profícuo civilista paranaense, que esta cláusula geral de proteção da personalidade possibilita "tutela ampla da personalidade humana contra os ataques à mesma dirigidos".

[22] Cf. "A infidelidade e o mito causal da separação", cit., p. 158.

[23] Cf. *Amante virtual - (In)Conseqüências no Direito de Família e Penal*, cit., p. 88.

[24] Sobre a noção de direito potestativo, seja consentido remeter a VICENTE RÁO, esclarecendo cuidar-se daqueles "direitos formados pela faculdade de constituir ou extinguir uma relação jurídica, mediante declaração unilateral de vontade", cf. *O direito e a vida dos direitos*, cit., p. 898.

modificar a situação jurídica familiar existente, projetando efeitos em sua órbita jurídica, bem como de seu consorte. Enfim, trata-se de direito (potestativo) que submete-se apenas à vontade do cônjuge, a ele reconhecido com exclusividade e marcado pela característica da *indisponibilidade*, como corolário da afirmação de sua dignidade.

Bem percebe RODRIGO que "no casamento, quando se depara com o cotidiano, e o véu da paixão já não encobre mais os defeitos do outro, constata-se uma realidade completamente diferente daquela idealizada" [25]. Por isso, fracassada a cumplicidade almejada (ao menos *in these*) com a vida em comum, resta reconhecer o *direito de ambos os cônjuges* - mesmo do eventual responsável (em todos os sentidos) pela ruptura - de promover a dissolução matrimonial [26].

Esta já é, inclusive, a solução acolhida no avançado direito alemão, consubstanciada no Código Civil (*BGB*, § 1.565, al.1), reconhecendo um *direito material ao divórcio* [27], tendo como *única causa o fracasso da união conjugal.*

Assim, é descabida qualquer pesquisa sobre a culpa, uma vez que a ruptura conjugal deriva, apenas, da vontade de exercitar o direito à dissolução.

Esta, aliás, já é a orientação emanada da Corte do Rio Grande do Sul:

> *"... há que emprestar-se valor jurídico à impossibilidade de manutenção do casamento, pela ausência da 'affectio' que lhe é própria, não se podendo condenar 'à convivência dois seres que não mais se suportam, pela singela razão de que não restou devidamente estampada nos autos a culpa sob qualquer de suas formas. Decretada a separação judicial sem culpa, face à evidente falência do matrimônio."* (TJ/RS, Ap. Cív. 7000.410.688, Ac. 7ª Câm. Cív., rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos)

> *"O entendimento atual é no sentido de se afastar a identificação do culpado pela ruptura da sociedade conjugal. Mantém-se a separação do casal sem atribuição de culpa".* (TJ/RS, Ap. Cív. 70002690824, Ac. 7ª Câm. Cív., rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 19.12.2001)

E mais esta recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, garantindo o direito à separação pelo simples desamor, vazado em lógica e razoabilidade:

---

[25] Cf. *A culpa no desenlace conjugal*, cit., p. 326.

[26] Exatamente com este pensar, OLIVEIRA & MUNIZ, cf. *Curso de Direito de Família*, cit., p. 423.

[27] Afirmando estas idéias, WILFRIED SCHLÜTER, cf. *Código Civil Alemão - Direito de Família*, cit., p. 241, chegando mesmo a apregoar que "se uma união conjugal - pelo motivo que seja - estiver fracassada, ela pode ser dissolvida por divórcio a pedido de qualquer cônjuge".

> *"Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes."* (STJ, REsp. 46.718-4/SP, Ac. 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DDJU* 17.2.2003, **in** *RBDFam* 16:87)

6. *A impossibilidade de afirmar o culpado pelo fim do sonho comum*

Frustradas as expectativas de felicidade e realização comum, o fracasso do relacionamento vem acompanhado de traições (no mais amplo sentido da expressão), injúria grave, sevícias, lesões, *etc.* Surge, então, uma conclusão corriqueira: o cônjuge "prevaricador" (com o perdão pelo uso da infeliz expressão, chegando a insinuar a idéia de prática de um ilícito criminal) é o grande culpado pela ruptura do vínculo e do fracasso do projeto de felicidade.

No entanto, é preciso uma reflexão: existe um cônjuge culpado-responsável (e outro inocente) pelo fim do afeto que sustentava a relação?

Da lição, sempre oportuna, de FACHIN retira-se eloqüente resposta: "não tem sentido averiguar a culpa com motivação de ordem íntima, psíquica", uma vez que a conduta de um dos consortes, violando deveres conjugais é apenas um "sintoma do fim".[28]

Ou, como prefere TEPEDINO, é impossível a identificação objetiva do culpado pelo insucesso do casamento, como se tivesse sido praticado um ato ilícito, "a menos que se pretendesse, por absurdo, fixar um *standard* médio de *performance sexual*, ou um padrão ideal de fidelidade, cujo não atendimento pudesse ser considerado como ilícito".[29]

Na visão simbólica de FRANK PITTMAN, lembrado por MADALENO, é *"impossível ter razão e ser casado"*.[30]

Em outras palavras, aquilo que se convencionou, historicamente, a chamar de culpa (no sentido de *causa* da dissolução) não passa, na realidade, de conseqüência. É a conseqüência do único motivo que gera a dissolução de uma relação afetiva: o fim do amor, da vontade de compartilhar projetos comuns. Esta a única e verdadeira causa da extinção do casamento! Tanto sim que, não raro, vislumbram-se casos em que um dos consortes, apesar de ciente do adultério (da quebra do dever de lealdade), perdoa e mantém a relação afetiva, acreditando na recuperação e prosseguimento de ideais de vida comuns. Logo, a causa deflagradora da dissolução matrimonial é a falta de vontade de compartilhar a vida (*voluntas divortiandi*).

---

[28] Cf. *Elementos críticos do Direito de Família*, cit., p. 179.
[29] Cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p. 379.
[30] Cf. "A infidelidade e o mito causal da separação", cit., p. 157.

Não passa, pois, de uma fantasia, um fetiche, achar que seria possível descobrir o responsável pelo fim do laço afetivo. Até porque, nem sempre o "traidor" é o culpado e o "traído" a vítima. Em passagem memorável, CHICO BUARQUE DE HOLANDA declamava "te perdôo por te trair". Ainda que fossem obrigados os consortes a "assistir" ao filme do próprio casamento, não conseguiriam eles próprios, após a "sessão", afirmar quem errou mais ou menos.

Há interessante precedente em nossos Pretórios, atentando para a impossibilidade de indicar um culpado pela ruptura do casamento:

> *"... É difícil, senão impossível, aferir a culpa real pelo desfazimento da união conjugal e, em regra, cuida-se apenas da causa imediata da ruptura, desconsiderando-se que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diuturno, em meio também às próprias dificuldades pessoais de cada um".* (TJ/RS, Ap. Cív. 70002286912, Ac. 7ª Câm. Cív., rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, *DOERS* 2.8.2001, in *RBDFam* 15:127)

Efetivamente, há grave equívoco na tese do *"único culpado pela dissolução"*, inexistindo uma única causa isolada que compromete a estabilidade afetiva.[31]

O desgaste do relacionamento não admite perquirições históricas acerca dos fracassos e dramas. É resultado da soma de fatores que vão cimentando com o tempo. Por isso, como se disse em sede jurisprudencial, "começou e acabou. Passaram 24 anos. O tempo é inflexível. Para ambos".[32]

É por isso que tem-se como imperativo afastar a prova da culpa na ação de separação, para, em verdadeiro *flash* de lucidez, reconhecer não ter cabimento "dar razão a este ou àquele, uma vez que a razão está em todos os lugares e ao mesmo tempo não se encontra em lugar algum. Cabe-nos, sim, ajudá-los a abrir clareiras, ao invés das trincheiras, a buscar tréguas, ao invés de incentivar batalhas ou guerrilhas, para que os auxiliemos a serem capazes de cooperar individualmente para a realização do todo".[33]

Impõe, por conseguinte, perceber que não há, seguramente, um único responsável pelo fracasso do amor. Ninguém é culpado por não mais gostar. Não há responsabilidade pela frustração do sonho comum, da frustração das expectativas próprias e do outro consorte, de felicidade eterna. Talvez por isso,

---

[31] Nesse sentido, MIZRAHI, cf. *Família, matrimonio y divorcio*, cit., p. 199.

[32] TJ/RS, Ac. 8a Câm.Cív., Apel. Cív. 597.240.787, rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 5.3.98, v.u., in *RBDFam* 1:112.

[33] O brilhante raciocínio é de MARIA ANTONIETA PISANO MOTTA, cf. "Além dos fatos e dos relatos: uma visão psicanalítica do Direito de Família", cit., p. 52.

tenha o poeta sentenciado, com a sua sensível pena, *que não seja imortal, posto que é chama, mas que seja infinito enquanto dure.*

7. *Da inconstitucionalidade na discussão da culpa*

Trilhando o caminho assinalado, fácil perceber que a discussão sobre a culpa é inadequada, insensata e atentatória dos direitos humanos.

Admitir esta possibilidade significa permitir que os valores mais fundamentais da ordem constitucional vigente, como a dignidade da pessoa humana, o direito à vida privada e à intimidade, o direito à solidariedade social e à igualdade substancial, pudessem ser vilipendiados por força de norma infraconstitucional.

Perquirir a culpa, após a promulgação da *Magna Charta* de 1988, tornou-se um exercício indevido e descabido, ainda que tenha ocorrido violação de deveres matrimoniais por um dos cônjuges, por ferir frontalmente as garantias constitucionais da pessoa humana.

Evidencia, com clareza solar, Maria Berenice Dias esse descabimento da discussão sobre a culpa, "seja porque é difícil atribuir a um só cônjuge a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é absolutamente *indevida a intromissão na intimidade da vida das pessoas*" [34].

Os atores processuais (juiz, promotor, defensores públicos e advogados) não podem ser transformados em verdadeiros "investigadores do desamor", como se estivessem na frenética procura de um perigoso criminoso que coloca em risco a incolumidade de toda a sociedade. Aliás, vale lembrar uma passagem bíblica, para afastar a averiguação da culpa: *atire a primeira pedra quem não tiver pecado.*

Incisivamente afirme-se: a intromissão da culpa nas dissoluções matrimoniais contraria a dignidade humana e a guerra judicial gera a perda da intimidade [35], sacrificando valores de ordem pessoal, que merecem preservação por força de imperativo constitucional.

Nesse diapasão, é tranqüilo constatar a flagrante inconstitucionalidade dos dispositivos da legislação brasileira que não só permitem a discussão da culpa nas ações de dissolução da sociedade conjugal, como também, ainda que residualmente, pretendem atribuir conseqüências diferenciadas em razão de sua declaração.

E nem se diga ser descabido proclamar a inconstitucionalidade dos dispositivos do novo (?) Código Civil alicerçando-se, tão somente, em princípios insculpidos na *Magna Charta.*

---

[34] Cf. *Da separação e do divórcio*, cit., p. 71.

[35] Assim, Mizrahi, cf. *Família, matrimonio y divorcio*, cit., p. 202.

A moderna teoria constitucional, fincada no pós-positivismo, vem atribuindo nítida força normativa aos valores axiológicos estabelecidos na Constituição.

Com razão MÔNIA CLARISSA HENNING LEAL [36] para quem, "no contexto de um Estado Democrático de Direito (...), em que impera uma legalidade material, os princípios não servem como parâmetro normativo apenas por ocasião da ocorrência de lacunas, devendo servir para aferição da validade de toda e qualquer norma jurídica sempre e indistintamente", ocasionado a inconstitucionalidade de todos os dispositivos legais que lhes são contrários.[37]

Não se pode aceitar que, em pleno século XXI, o direito de família se feche para a realidade da vida moderna e, em descompasso com a Constituição, consagre regras que, evidentemente, não se compatibilizam com a necessidade de se garantir a todos os brasileiros o efetivo exercício da cidadania. E não é exagero nenhum afirmar que aceitar a discussão da culpa na ação de separação constitui, sim, obstáculo ao seu exercício, eis que, onde não há dignidade, não há cidadania.

7.1. *O interesse jurídico na discussão da culpa*

Releva demonstrar, ainda, mesmo para os que entendem subsistir, no ordenamento jurídico brasileiro, a discussão sobre a culpa na separação judicial, o reduzido interesse em sua afirmação, uma vez que dela não decorrerão efeitos significativos no mundo jurídico ou fático.

Senão vejamos.

7.2. *A dissolução do matrimônio e o regime de bens*

Os bens adquiridos pelo casal na constância do matrimônio serão partilhados em consonância com as regras do regime de bens adotado quando das núpcias, sem que qualquer sanção venha a ser imposta em razão da eventual culpa.

Até mesmo porque alterar o regime de bens do casamento, frustrando os direitos patrimoniais de um dos consortes em razão de culpa, importaria em enriquecimento sem causa do outro - o que é repelido pela ordem jurídica.

Assim, o eventual reconhecimento da culpa não produz efeitos relacionados à partilha dos bens, que submete-se ao regime pactuado.

---

[36] Cf. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Cit., p. 92.
[37] Cf. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Cit., p. XVI.

7.3. *O uso do nome de casado*

Seguramente, o direito ao uso do nome de casado é verdadeiro *direito da personalidade* [38], estando agregado à identidade de cada cônjuge, representando seus aspectos intrínsecos.

Nas palavras firmes de SILMARA JUNY DE ABREU CHINELATO E ALMEIDA, em opúsculo dedicado ao tema, se o cônjuge adota o nome patronímico do outro, "o nome adotado com o casamento passa a ser o nome de família e o seu próprio nome, integrando seu direito à personalidade". [39]

Como corolário do reconhecimento da natureza personalíssima do direito ao nome de casado [40], desvincula-se a culpa pela dissolução do matrimônio com a manutenção do sobrenome adquirido no matrimônio.

A jurisprudência, inclusive, já sacramentou a tese:

> *"Conversão de separação. Direito ao uso do nome de casada. Admissibilidade. Nome que integra direito da personalidade, já incorporado ao patrimônio jurídico da mulher."* (TJ/SP, Ap. Cív. 104.801-1, rel. Des. José Osório)

> *"O nome, direito individual à pessoa, integra a personalidade, é fator de identificação e individualização. Depois de usar o patronímico do marido por 36 anos, é demasiado sacrifício exigir volte ao nome de solteira. Ausência de alguma vantagem ou prejuízo para o ex-marido. Manutenção de liame com o nome das filhas. Recurso improvido".* (TJ/RS, Ac. 8ª Câm. Cív., Ap. Cív. 596.063.495, rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, j. 21.11.96)

Embora não tenha acolhido integralmente este entendimento, reservando ainda a possibilidade de perda do nome de casado pelo cônjuge considerado culpado (mesmo em caráter excepcional e submetido a diversos e cumulativos

---

[38] Tome-se os *direitos da personalidade* como aqueles reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Enfim, são os direitos em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica. Nesse sentido, ORLANDO GOMES, cf. *Introdução ao Direito Civil*, cit., p. 149.

[39] Cf. *Do nome da mulher casada: Direito de Família e Direitos da Personalidade*, cit., p. 138. E também assevera que *"o ponto fundamental a ser discutido na questão do nome da mulher casada é reconhecer-lhe a natureza jurídica inequívoca de direito da personalidade"*.

[40] Nesse mesmo diapasão, TEPEDINO, cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p. 375, sustentando que "com o casamento, o nome de família integra-se à personalidade da mulher, não mais podendo ser considerado como nome apenas do marido".

requisitos), o Código Civil de 2002, no seu art. 1.578, avançou no tratamento da matéria, reconhecendo que a regra é a manutenção do nome, por tratar-se de direito da personalidade.

Aliás, seja consentido observar que já passou da hora de desatrelar o amor existente entre os cônjuges da adoção do sobrenome do outro. Por evidente, não é o acréscimo do nome do consorte que conduz à felicidade ou à realização comum. Ao revés, tem se mostrado o nome, apenas, como fonte de conflito de interesses.

Talvez por isso, dispõe, expressamente, a Codificação que, mesmo reconhecida a culpa de um dos cônjuges, a regra é permanecer com o nome de casado, tornando, portanto, na prática, inócuo o reconhecimento da culpa.

7.4. *A guarda dos filhos*

Também a fixação da guarda dos filhos, após a ruptura da relação entre os genitores, está apartada do reconhecimento da culpa.

Com efeito, em obediência aos princípios da *proteção integral* e *prioridade absoluta* estabelecidos pelo art. 227 da *Lex Legum* (e repetidos pelos arts. 1º e 4º do ECA), a nova Lei Civil, no Parágrafo Único do art. 1.584, afirma o *melhor interesse da criança e do adolescente* (*the best interest of child*), estabelecendo que a guarda será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

É que o eventual reconhecimento de que um cônjuge teve péssima conduta matrimonial não implica em negar as suas qualidades paternais. Por isso, na fixação da guarda, deverá ser atendido o melhor interesse da criança ou adolescente, consubstanciado na garantia de seu pleno desenvolvimento físico e psíquico, a salvo de ingerências nocivas.

Nas palavras de GUSTAVO TEPEDINO, o princípio do melhor interesse da criança "é digno de encômios, não sendo tolerável, à luz da Constituição da República, condicionar a convivência familiar dos filhos de pais separados à vida conjugal fracassada". [41]

Aliás, o Enunciado 102, aprovado na Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, confirma a tese ora esposada, disparando:

> *"A expressão 'melhores condições' no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança".*

Assim sendo, resta afastada a culpa da concessão da guarda, fixada, unicamente, em consideração aos interesses menoristas.

---

[41] Cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p. 375.

7.5. *Os alimentos devidos ao eventual culpado (parágrafo único, art. 1.704, nCC)*

Já se observou que o eventual reconhecimento da culpa não altera a partilha dos bens, o uso do nome de casado pelo cônjuge culpado e não lhe retira, necessariamente, a guarda dos filhos. É o momento, finalmente, de desatrelar da culpa, também, a possibilidade de concessão de alimentos.

É que, como vem reconhecendo a melhor doutrina, consoante a lição de BELMIRO PEDRO WELTER, invocando passagem do eminente Min. Ruy Rosado de Aguiar, "o critério da aferição da culpa, para concessão ou não de alimentos, vai cedendo espaço para a não culpa ou, conforme dicção legal, necessidade de alimentos". [42]

Também a jurisprudência já "vem dispensando a identificação do responsável pela ruptura da vida conjugal, para o fim de ensejar a decretação da separação do casal ou mesmo *para arbitrar alimentos em favor da mulher que deles necessite.*" [43]

Dito diversamente, a prestação alimentícia decorre da *necessidade do alimentando*, como projeção da afirmação constitucional (art 3º) da *solidariedade social.*

No direito argentino, nesse passo, já se afirma que qualquer dos consortes, independente da declaração de culpa, tem direito de obter do outro o fornecimento dos alimentos necessários à sua subsistência (art. 209, Código Civil da Argentina).

Evita-se, assim, que se imponha cruel sanção a quem foi reconhecido como "culpado pelo fim do amor", pois terá violada a sua dignidade por falta de condições de subsistência.

Negar alimentos ao cônjuge que deles necessita, ainda que culpado, é condená-lo a morrer de fome. "A pena é perpétua. Quiçá imponha a realização de trabalhos forçados. A depender das condições do apenado, será cruel. Talvez lhe imponha a pena de banimento, nem que seja para a outra vida", como percebe MARIA BERENICE DIAS [44].

---

[42] Cf. *Os alimentos no Código Civil*, cit., p. 155.

[43] A ementa do julgado reza: "Incabível a identificação do responsável pela ruptura da vida conjugal para o fim de arbitrar alimentos à mulher que deles necessite..." (TJ/RS, Ac. unân. 7ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70003417680, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 19.12.2001).

[44] Cf. "*Da separação e do divórcio*", cit., p. 74.

Por isso, na esteira do preceito talhado no art. 1.704, parágrafo único, do novo *Codex*, é possível impor, *objetivamente* [45], mesmo ao cônjuge inocente, a prestação de alimentos "em valor indispensável à sobrevivência" ao outro consorte, ainda que tenha sido este o responsável pela ruptura, quando deles necessitar para a sua manutenção.

Em síntese: a culpa deixou de ser o elemento decisivo, também, para a concessão de alimentos, dando espaço a um sentido humanitário na sua fixação, decorrente do dever constitucional de *solidariedade*.

7.6. *A existência de interesse de agir (condição da ação) na imputação da culpa*

O *interesse de agir* materializa-se na utilidade da prestação jurisdicional, permitindo gerar benefícios ou vantagens efetivas para o autor [46]. Destrinchando esta idéia, vale dizer que o interesse de agir decorre da necessidade da tutela jurisdicional, podendo produzir conseqüências úteis, vantajosas, ao autor. Por isso, já se decidiu inexistir interesse processual "se do sucesso da demanda não puder resultar nenhuma vantagem ou benefício" para o acionante (**in** *RF* 254:330). [47]

Transportando tais idéias para a matéria *sub occulis*, tem-se que a ação de separação judicial fundada na culpa, em geral, não se apresentará útil para o autor, uma vez que, na maior parte dos casos, não poderá gerar qualquer benefício para si, faltando, por conseguinte, interesse de agir [48].

Veja-se que, de modo geral, os efeitos decorrentes da separação independem da declaração da culpa, como partilha de bens e guarda dos filhos, consoante já analisado, eis que se submetem a regras próprias, desatreladas da noção de culpa.

Mesmo nos pontos em que o novo (?) Código Civil pretendeu estabelecer diferenciações pelo reconhecimento da culpa (alimentos e uso do nome de

---

[45] Anuindo a esta idéia, WELTER formula interessante raciocínio, afirmando que haveria, neste caso, uma obrigação alimentar objetiva, independendo da culpa, conferindo ao cônjuge que deles necessitar os alimentos estritamente necessários à sua sobrevivência, cf. *Alimentos no Código Civil*, cit., p. 157.

[46] RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE, cf. *Condições da ação – Enfoques sobre o interesse de agir*, *cit.*, p. 177, em oportuna abordagem sobre o interesse de agir, assevera que, na propositura de qualquer ação, "deve ser a jurisdição indispensável ou necessária para que não se desenvolva uma atividade inútil".

[47] Com o mesmo entendimento: "O interesse de agir, como condição da ação, fulcra-se na premissa de que, embora o Estado tenha interesse no exercício da jurisdição, não lhe convém acionar o aparelho judiciário sem que com isso obtenha algum resultado útil". (TJ/MS, Ac. unân. 2a T., Ap. Cív. 38.337-3, rel. Des. José Augusto de Souza, j. 7.6.94, **in** *RJTJMS* 97:29) e "O interesse de agir sobressai da necessidade de exigir-se prestação jurisdicional". (TRF - 3a Região, Ac. unân. 3a T., RNMS 7.118, rel. Juíza Annamaria Pimentel, j. 6.11.91, **in** *Revista TRF* - 3a Região 9:249).

[48] Interessante texto escrito, com pena de mestre, por ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, formula crítica à concepção tradicional das condições da ação, merecendo referência, cf. "*Condições da ação?*", cit., p. 63 e ss.

casado), os efeitos daí decorrentes são mais aparentes do que reais.

O artigo 1.578 do nCC já é natimorto. A perda do direito ao uso do nome de casado pela decretação da culpa não é automática. Mesmo que o consorte "inocente" pretenda retirar tal direito do outro, em face dos inúmeros requisitos que o art. 1.578 do Texto Codificado impõe, basta o que o cônjuge culpado declare que a alteração irá acarretar-lhe prejuízo justificado para que a mudança não se verifique. Na prática, portanto, será muito difícil, mesmo provada a culpa de um dos consortes, retirar-lhe o direito ao uso do nome de casado, salvo se ele assim o quiser.

No que concerne aos alimentos, a diferença básica determinada pelo novo Código é a de que o cônjuge culpado somente pode postular, em caso de necessidade, os alimentos naturais, jamais os civis. No entanto, quem milita diariamente no foro sabe que a distinção estabelecida pela teoria jurídica não produz qualquer conseqüência prática. No final das contas, o que vai determinar o valor dos alimentos será sempre a pesquisa do binômio necessidade-capacidade.

No dizer preciso de ROLF MADALENO, "se tem mostrado débil e inútil o esforço processual que pesquisa a gênese culposa da falência conjugal, porquanto de nada adianta e disto se aperceberam os operadores do complexo ramo familista do direito". E sentencia, salientando que procurar um protagonista que possa ser responsabilizado pela ruptura do matrimônio *"só tem servido para aumentar tristezas e humilhações"*.[49]

Pelo fio condutor do que se expôs, é de se perceber que não há qualquer justificativa - na ordem constitucional, civil e processual civil - para a pesquisa da culpa na ação de separação judicial, uma vez que restou esvaziado o interesse processual de afirmá-la, pela falta de utilidade para o autor.

8. *Espancando a culpa para preservar a ordem constitucional: proposta de alteração do Código Civil*

O amor (ou melhor, a perda do amor), jurado solenemente por ambos os consortes, não pode ser julgado pelo Estado-juiz. Apesar da crueldade da comparação, admitir uma separação judicial discutindo a culpa de um dos cônjuges assemelha-se à propositura de uma ação para discutir o descumprimento das obrigações pactuadas em negócios jurídicos. Como se o amor e o afeto pudessem ser igualados a meros deveres obrigacionais, negociais.

Em página clássica já se disse: *"o homem jura amor eterno quando ama e a legislação o obriga, quando findo o amor, a cumprir a sua palavra"* [50].

---

[49] Cf. *"A infidelidade e o mito causal da separação"*, cit., p. 157.

[50] Cf. LEGAZ Y LACAMBRA, citados por MIZRAHI, cf. *Família, matrimonio y divorcio*, cit., p. 202.

E tudo isso, para nada...

Ora, caríssimo leitor, permitir a pesquisa das situações conjugais que levaram ao fracasso do amor - se não fosse impossível - importaria na subversão do elemento ético das relações familiares [51], *patrimonializando* relações afetivas, *coisificando* a pessoa humana!

> *"Não há nada mais presunçoso que se achar capaz de descobrir quem é o culpado e quem é inocente. O casamento é relação íntima, personalíssima e interativa. Chegaria a ser pedante, se não fosse ridículo, pois nem os envolvidos sabem dizer quem é o culpado de que",*

na feliz síntese do mestre JOÃO BATISTA VILLELA.

Nada é mais importante do que a proteção da dignidade do ser humano e a preservação de sua felicidade. Daí que, atentando contra a dignidade humana a discussão da culpa, sobreleva sua repulsa com fundamentos constitucionais!

Por isso, *de lege ferenda*, deve o ordenamento jurídico, seguindo as linhas avançadas propostas pela melhor doutrina e jurisprudência, extirpar do direito positivo a culpa como elemento da dissolução do casamento, adequando a norma infraconstitucional (arts. 1.572 e 1.573, nCC) aos novos paradigmas principiológicos constitucionais, atendendo à preservação da *dignidade humana*, para submeter a extinção matrimonial a um único fundamento: a vontade do cônjuge.

9. *Bibliografia.*

ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil - Derecho de Familia*, Barcelona: Bosch Editor, 1997.

ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. *Do nome da mulher casada: Direito de Família e Direitos da Personalidade*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. "A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana", **in** *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, n. 9, jan./mar. 2002.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da Família*, Campinas-SP: Red Livros, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. "Condições da ação?", **in** *Escritos de Direito Processual*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

[51] Já teve a jurisprudência a oportunidade de disparar: "O exame da culpa deve ser evitado sempre que possível consoante moderna tendência do Direito de Família. Quando termina o amor, é dramático o exame da relação havida..." (TJ/RS, Ac. 7a Câm. Cív., Apel. Cív. 70.003.893.534, rel. Des. Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves, j. 6.3.2002, **in** *RBDFam* 14:122).

CÂMARA, Maria Beatriz P. F. "Da dissolução da sociedade do vínculo conjugal", in LEITE, Heloísa Maria Daltro (coord.), *O novo Código Civil: Do Direito de Família*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 1997.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade civil no Direito de Família*, Curitiba: Juruá, 2002.

CARVALHO NETO, Inacio de & FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, Curitiba: Juruá, 2002, vol. VI.

DIAS, Maria Berenice. "Da separação e do divórcio", In DIAS, Maria Berenice & PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), *Direito de Família e o novo Código Civil*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação - Enfoque sobre o interesse de agir*, São Paulo: RT, 2ª ed., 2001.

GIDEENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*, São Paulo: Unesp, 1993.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 11ª ed., 1995.

LEAL, Mônia Clarissa Henning Leal. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*, Barueri, SP: Manole, 1ª ed., 2003.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família: Aspectos polêmicos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ª ed., 1999.

_____. "A infidelidade e o mito causal da separação", in *Revista Brasileira de Direito de Família - RBDFam*, n. 11, out./dez. de 2001.

MIZRAHI, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires: Astrea, 2001.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. "Além dos fatos e relatos: uma visão psicanalítica do Direito de Família", in *A família na travessia do milênio - Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey/ IBDFAM, 2000.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de & MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*, Curitiba: Juruá, 3ª ed., 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. "A culpa no desenlace conjugal", in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim & LEITE, Eduardo Oliveira (coord.). *Repertório de doutrina sobre Direito de Família*, São Paulo: RT, 1999, vol. 4.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo: RT, 5ª ed., 1999.

ROSA, Alexandre. *Amante virtual – (In)Conseqüências no Direito de Família e Penal*, Florianópolis: Habitus, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: Direito de Família (BGB – Familienrecht)*, Tradução Elisete Antoniuk, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 9ª ed., 2002.

SOUSÁ, Otávio Augusto Reis de. "Débito conjugal e suas vicissitudes", in *Revista da APG – Associação dos pós graduandos da PUC/SP*, n. 18, 1999.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, São Paulo: RT, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*, Porto Alegre: Síntese, 2003.

ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil: Derecho de Familia*, Buenos Aires: Astrea, 4ª ed., 2002, tomo I.

(*) CRISTIANO CHAVES DE FARIAS é Promotor de Justiça no Estado da Bahia, Mestrando em Ciências da Família pela UCSal – Universidade Católica de Salvador, Professor do Curso de Direito da UNIFACS – Universidade Salvador (graduação e pós-graduação), do Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado (graduação e pós-graduação), da Faculdade de Direito da UCSal. – Universidade Católica de Salvador, do JusPODIVM – Centro Preparatório para as Carreiras Jurídicas e da FESMIP – Fundação Escola Superior do MP/BA e Membro do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família e do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Deixar de registrar empregado não é crime

PROF. DAMÁSIO DE JESUS

1. Introdução: não configura delito a singela conduta de o empregador deixar de registrar o empregado

Deixar o empregador de proceder à anotação do registro de empregado na Carteira Profissional de Trabalho, nos termos dos arts. 41 e segs. da Consolidação das Leis do Trabalho e da Portaria n. 3.626, de 13.11.1991, não constitui o crime do art. 297, § 4.°, do Código Penal, com redação da Lei n. 9.983, de 14.7.2000. Divergimos do entendimento contrário, que interpreta extensivamente a nova norma de conduta para alcançar criminalmente o simples comportamento de o empregador deixar de lançar na CTPS [1] o registro de empregado. Assim, ainda que o art. 49 da Consolidação das Leis do Trabalho remeta a fraude nos assentamentos consignados na Carteira de Trabalho do empregado ao CP [2], da questionada atuação singelamente negativa do empregador não decorre nenhum ilícito criminal, como veremos.

Dispõe o § 4.° do art. 297 do CP:

> "Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3.°, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços."

Os documentos a que se refere o mencionado § 3.° são os seguintes: **a)** folha de pagamento ou documento de informações destinado a fazer prova perante a Previdência Social (inciso I); **b)** a Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou documento concebido com o propósito de produzir efeito perante

---

[1] CTPS: Carteira de Trabalho e Previdência Social.

[2] O art. 49 da CLT, com redação do Decreto-lei n. 229, de 28.2.1967, prevê o crime de falsidade na Carteira de Trabalho do empregado, remetendo à pena do delito de falso ideológico (CP, art. 299). No sentido de que o fato se enquadra no art. 49 da CLT: *RTJ*, 66:384 e 113:1.061; *RT*, 425:391 e 509:354; *Ementário de Jurisprudência do antigo TFR*, 51:26 e 69:59.

a Previdência Social (II); c) documento contábil ou qualquer outro relacionado com obrigações da empresa junto à Previdência Social (III).

Não obstante a inserção das novas figuras penais, algumas estranhamente contendo documento particular como objeto material, o crime previsto no § 4.º não deixa de ser modalidade de "falsificação de documento público" (*nomen juris* do delito do art. 297) [3], descrito como infração contra a Fé Pública (Título X do CP), inserida entre os crimes de "falsidade documental" (Capítulo III).

A alteração sofrida com a inclusão dada pela Lei n. 9.983/00 não tem o condão de inserir no rol de comportamentos típicos a omissão de anotação de novo contrato de trabalho. Pune a conduta do empregador que, mantendo contrato de trabalho e o registro na CTPS, altera-o falsamente (§ 3.º e incisos), ou que, no ato do registro, modifica dados com o intuito de burlar a Previdência Social (§ 4.º). A incriminação, porém, não passa disso, não prevendo como fato típico a simples omissão de registro.

2. Os objetos jurídicos dos delitos de falsidade documental não são atingidos pela simples conduta de o empregador não registrar o empregado

O intento do legislador, ao definir a nova figura típica, foi claramente o de proteger dois sujeitos passivos: a Previdência Social [4] e o *segurado*. Por *segurado* entende-se o contratado cujo registro já tenha sido informado, achando-se inscrito na Previdência Social. A Seguridade é tutelada pela norma penal, que claramente quer exigir lisura na relação estabelecida pelo empregador com o órgão de previdência, constituindo os assentamentos da CTPS os parâmetros legítimos para os cálculos contributivos. O segurado, por sua vez, é protegido porque somente a partir de informações válidas alcançar-se-ão benefícios igualmente válidos.

Quanto à objetividade normativa do tipo, de ver-se que está superado o conceito de fé pública como objeto jurídico dos delitos de falsidade documental [5]. De noção vaga e imprecisa, sob o prisma objetivo indica a autenticidade documental; subjetivamente, a confiança que as pessoas têm na veracidade dos objetos, documentos *etc.* Mas, segurança ou confiabilidade no tráfego jurídico, como diz Luiz Flávio Gomes, indicam uma noção tão vaga quanto "fé pública" [6].

---

[3] José Silva Junior observa que a norma do § 4.º melhor se adequaria à falsidade ideológica (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, Alberto Silva Franco *et al.*, 7.ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, II:3.640, n. 28.00).

[4] É inegável que, como interesse mediato, o legislador pretendeu aumentar a arrecadação previdenciária. Isso, contudo, não afasta a natureza de crimes de falsidade aos fatos definidos no referido § 4.º.

[5] Gomes, Luiz Flávio. "O bem jurídico protegido nas falsidades documentais", in *www.direitocriminal.com.br*, 18.7.2001.

[6] *Idem, ibidem.*

Modernamente, entende-se que os objetos jurídicos dos delitos de falsidade documental são: a) autenticidade (função de garantia do documento) [7] b) perpetuação (incolumidade física do objeto material); c) valor de prova (função probatória do documento) [8]. Desse modo, não é suficiente que haja afetação material do documento para a existência de crime, sendo necessário que a conduta ofenda-o juridicamente, lesando ou expondo a perigo de lesão suas funções de garantia, perpetuação e valor probatório. O simples fato de o empregador deixar de registrar o empregado não afeta nenhuma das mencionadas funções da Carteira de Trabalho.

Como ensina LUIZ FLÁVIO GOMES, "a exigência de uma aplicação não-formalista da norma incriminadora, como expressão de um Direito Penal objetivo, fundado na concreta violação de um bem jurídico, sobretudo em matéria de falsidade, há muito é reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência tanto nacional como estrangeira. Está cada vez mais ultrapassado o entendimento que reconduz o falso punível à *mera immutatio veri*. Não basta, assim, no delito de falsidade a simples declaração falsa ou a simples falsificação. Fundamental é a possibilidade (concreta) de prejudicar terceiros, até porque, repita-se, *nullum crimen sine iniuria*. A mera realização formal do tipo legal já não é suficiente para a adequação típica (em sentido material). A subsunção formal do fato à descrição típica não é suficiente para a existência do delito, que não se esgota na *immutatio veri*. O descompasso entre a realidade efetiva e a realidade declarada não significa mais que o primeiro requisito do falso ideológico. Mas o delito somente se configura com um *quid pluris* que se expressa na concreta potencialidade lesiva, sem a qual o que se materializa é exclusivamente um 'simulacro' exterior de uma conduta punível" [9]. Não é outra a situação da questão em debate. O descompasso entre a realidade de um efetivo contrato de trabalho e a ausência de registro, em que aquele obviamente não se constata (realidade não declarada), nada mais é do que um estranho simulacro de falso ideológico, incapaz de lesar os interesses tutelados no tipo incriminador (art. 297). Na palavra de LUIZ FLÁVIO GOMES, só há crime de falsidade documental "quando os bens jurídicos, isolada ou conjuntamente, forem afetados, *i.e.*, lesados ou postos em perigo concreto" [10]. Ora, a Carteira de Trabalho não submetida a registro pelo empregador não sofre, em face da conduta negativa, nenhuma alteração material ou ideológica capaz de lesar sua autenticidade, perpetuação e função probatória. O documento continua o mesmo, nele não se produzindo nenhum efeito lesivo efetivo ou potencial. Sob o aspecto da autenticidade, pela omissão de registro o documento não passa a ser falso, nulo ou de valor

---

[7] DELMANTO aponta a autenticidade como objeto jurídico especial do crime de falsificação de documento público (*Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 502). No CP alemão, no crime de falsidade do § 269, I, a "autenticidade" do documento configura elemento do tipo.

[8] GOMES, Luiz Flávio. Loc. cit. No CP alemão, o valor probatório do documento é elementar de vários tipos (§§ 269, I e 274, I, 2).

[9] *Idem, ibidem*.

[10] *Idem, ibidem*.

reduzido. Sob o prisma probatório, não perde seu valor de fazer prova em juízo das declarações materialmente nele produzidas. Quanto à perpetuação, os enunciados de pensamento nele contidos não são afetados, acrescidos ou reduzidos.

Luiz Flávio Gomes [11] aponta, com exatidão, a equivocidade de se eleger a fé pública o bem jurídico protegido pela norma penal, como vimos, sendo correto indicar como um dos bens jurídicos a "função probatória de cada documento". Assiste-lhe inteira razão. A fé pública, ou a confiabilidade decorrente dos documentos, toca ao princípio da segurança jurídica que deve presidir as relações sociais e se constitui *ratio legis* da norma de conduta, e não propriamente o bem penalmente tutelado. A inscrição de dados inverídicos na Carteira pode constituir ilícito penal, mas a omissão não deve a ela ser equiparada, posto não desnaturar o documento ou inviabilizar seus efeitos jurídicos. De maneira que, diante da omissão, pode subsistir somente ilícito trabalhista, sujeitando-se o autor à pena de multa cominada no art. 47 da CLT.

Se a prestabilidade jurídica do documento é comprometida, ou seja, se os seus efeitos jurídicos restam afetados, tem-se o delito de falsidade. Pelo contrário, se o comportamento se apresenta ineficaz para o efeito desejado, não há crime (incapacidade de causar prejuízo).

3. Ausência de imputação objetiva

A imputação objetiva [12], elemento normativo do tipo [13], exige, como primeiro requisito, que o autor tenha realizado uma conduta comissiva ou omissiva produtora de um risco relevante e proibido ao bem jurídico. Além disso, é preciso que o risco se transforme em resultado jurídico, que se manifesta por uma afetação do bem penalmente protegido na forma de lesão ou perigo de lesão. Ausente o risco, a conduta é atípica[14]; presente, ainda assim pode não haver tipicidade quando o resultado não se manifesta com as feições de lesão efetiva ou risco de lesão jurídica.

Não há imputação objetiva na simples ausência de registro de empregado, uma vez que os objetos jurídicos, como ficou consignado, não sofrem nenhum risco de lesão [15]. Pacificamente, a jurisprudência tem-se manifestado no sentido

---

[11] Gomes, Luiz Flávio. *Crimes Previdenciários – Série Ciências Criminais no Século XXI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, vol. 1, p. 85.

[12] Jesus, Damásio de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

[13] Ordeig, Enrique Gimbernat. "¿Que es la imputación objetiva?", in *Estudios de Derecho Penal*.Madrid: Tecnos, 1990. p. 212, III.

[14] Meliá, Manuel Cancio. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 68.

[15] *Vide* sobre o tema: Montalvo, J. Antonio Choclán. *Deber de cuidado y delito imprudente*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 169 *et seq*.

de que o delito de falso documental, de natureza formal, não exige resultado naturalístico efetivo [16], bastando o potencial, *i.e.*, o risco de afetação jurídica [17].

Sem a potencialidade lesiva, sinônimo de perigo de lesão, o fato é atípico [18]. No caso em tela, os objetos jurídicos informadores do valor da Carteira de Trabalho, quais sejam, autenticidade, perpetuação e relevância probatória, não sofrem nenhum risco pela singela ausência de registro, tornando inteiramente atípica a omissão. Trata-se, pois, de uma conduta negativa absolutamente inofensiva, que se pretende enganosamente enquadrar como delito de falso. Ocorre que a falsidade inócua não constitui crime, uma vez que a ação, conforme tranqüila jurisprudência, deve versar sobre fato juridicamente relevante [19].

4. Elementos objetivos do tipo

O legislador descreveu como delito a conduta comissiva de falsificar ou inserir dado inverídico em registro já lançado (art. 297, § 3.°, do Código Penal). Conquanto pudesse introduzir figura típica coincidente com *deixar de proceder ao registro*, não o fez, prevendo no § 4.° apenas a atuação do empregador que omite o nome do segurado, seus dados pessoais *etc.*

Omitir o *nome do segurado*:

Cuida-se de hipótese de trabalhador cujo registro tenha sido anteriormente formalizado, e depois, por omissão dolosa do empregador, seu nome venha a ser subtraído dos assentamentos (folha de pagamento; documento de informações ou documento contábil).

Omitir *a remuneração*:

Corresponde a fraudar o valor de pagamentos de salários, que servem de lastro ao cálculo das contribuições.

Nesse caso, a omissão pode ocorrer em relação aos dados da Carteira de Trabalho ou dos demais documentos apontados nos incisos do § 3.°.

---

[16] Nesse sentido: *RT* 539/284 e 558/311; *RJTJSP* 60/394 e 117/473; *RF* 263/344.

[17] Nesse sentido: *RT* 505/304 e 539/356; *RJTJSP* 52/347 e 117/473.

[18] Nesse sentido: *RT* 504/390, 525/349, 543/386 e 575/472; *RJTJSP* 36/314, 44/417 e 65/341; *RTJ*, 105/1264.

[19] Nesse sentido, com farta jurisprudência, MIRABETE. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2000, pp. 1612-1613; SILVA JUNIOR, José. *Op. cit.*, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. vol. II, notas aos arts. 297 e 299. No CP alemão, a relevância do falso, no sentido de poder lesar direitos e relações jurídicas, está prevista como elemento dos tipos (§§ 269, I, e 271, I).

Omitir a *vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços*:

Significa desprezar o tempo de duração do contrato. Ex.: o empregador comunica à Previdência um período inferior ao do contrato trabalhista, de maior duração.

5. A omissão de registro como fato absolutamente atípico

Essas condutas, determina o tipo, incidem sobre os documentos previstos no § 3.º. Não existe, porém, correlação integral entre *todas* as condutas do § 4.º e *todos* os documentos do § 3.º. Em outras palavras, nem *todos* os comportamentos previstos como típicos no § 4.º estão relacionados a *todos* os documentos enunciados nos incisos do § 3.º. Em conseqüência, nem todas as condutas do § 4.º encontram-se interligadas ao documento "Carteira de Trabalho e Previdência Social", objeto do presente estudo, como veremos.

A primeira conduta omissiva diz respeito ao "nome do segurado", que já consta da Carteira de Trabalho quando o empregado a apresenta ao empregador para registro. Como é possível, então, a omissão? Na verdade, ela é inadmissível tratando-se de Carteira de Trabalho. Mas é possível que o empregador, com finalidade fraudulenta, omita o nome do segurado em um documento contábil que "deva produzir efeito" perante a Previdência Social (assentamentos em folha de pagamento; documento de informações *etc.*), cometendo crime. Mas isso não se estende à Carteira de Trabalho. Logo, não existe o "crime de omissão do nome do segurado na Carteira de Trabalho".

O segundo comportamento incriminado consiste em omitir os "dados pessoais do segurado". Da mesma forma, não entendemos como o empregador pode, na Carteira de Trabalho do empregado, omitir seus dados pessoais, uma vez que estes dela já constam desde sua emissão. Assim, não existe também o "delito de omissão de dados pessoais do segurado na Carteira de Trabalho".

A terceira omissão se relaciona com a conduta de o empregador deixar de mencionar na Carteira Profissional do empregado a "vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços". Note-se que não se trata da simples ausência de registro, mas de registro com omissão de dado juridicamente relevante.

Por último, a figura penal descreve a omissão da inserção da remuneração do empregado na Carteira de Trabalho. É possível que o empregador, com finalidade fraudulenta ou de embaraço à Previdência Social, registre o empregado e deixe em branco o valor da remuneração. Nesse caso, pode cometer o crime omissivo ou outro, conforme a finalidade da conduta [20].

---

[20] Se o fim é de sonegação de contribuição previdenciária, há o crime do art. 337-A, I, do CP, com redação da Lei n. 9.983, de 14.7.2000. Nesse sentido: HERKENHOFF, Kenrique Geaquinto. *Novos crimes previdenciários*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 39 e 40.

Perguntamos: onde está escrito no § 4.º do art. 297 do CP que o simples fato de deixar de registrar empregado configura delito?

É reconhecida a nocividade da conduta do empregador que omite o registro do empregado, não contribuindo para o aperfeiçoamento da economia e fazendo surgir mercado marginal. Mas, a partir daí dizer que a simples omissão de registro é crime constitui inadvertido esforço interpretativo. E a substituição do sentido da norma pelo resultado desejado pelo intérprete configura terreno propício para o abuso, que fragiliza o sistema e alimenta injustiças.

O nepotismo

EMERSON GARCIA (*)

I. A origem do termo.
II. O nepotismo e os vícios que enseja.
II.I. O nepotismo e o princípio da moralidade.
II.II. O nepotismo e o princípio da legalidade.
II.III. O nepotismo e o desvio de finalidade.
III. À guisa de conclusão.

I. *A origem do termo*

Etimologicamente, nepotismo deriva do latim *nepos, nepotis*, significando, respectivamente, neto, sobrinho. *Nepos* também indica os descendentes, a posteridade, podendo ser igualmente utilizado no sentido de dissipador, pródigo, perdulário e devasso. [1]

A divulgação do vocábulo (ao qual foi acrescido o sufixo *ismo*), no sentido hoje difundido em todo o mundo, em muito se deve aos pontífices da Igreja Católica. Alguns papas tinham por hábito conceder cargos, dádivas e favores aos seus parentes mais próximos, terminando por lapidar os elementos intrínsecos ao nepotismo, que, nos dias atuais, passou a ser associado à conduta dos agentes públicos que abusivamente fazem tais concessões aos seus familiares. [2]

---

[1] Cf. FRANCISCO TORRINHA, *Dicionário Latino-Português*, pp. 550/551.

[2] "Nepotismo s.m. 1. Política adotada por certos papas que consistia em favorecer sistematicamente suas famílias. - 2. Abuso de crédito em favor de parentes ou amigos. - 3. Favoritismo, proteção escandalosa, filhotismo." (*Grande Enciclopédia Larousse Cultural*, p. 4187). "Népotisme e.m (it. *nepotismo*, du lat. *nepos* "neveu") > 1. *Attitude de certains papes qui accordaient des faveurs particulières à leurs parents.* 2. *Abus qu'un homme en place fait de son crédit en faveur de sa famille: Il a eu ce poste de haut fonctionnaire par népotisme*". (*Dictionnaire Encyclopédique Illustré pour la maîtrise de la langue française, la culture classique et contemporaine*, p. 1074).

O nepotismo, em alguns casos, está relacionado à lealdade e à confiança existente entre o "*benemérito*" e o favorecido, sendo praticado com o fim precípuo de resguardar os interesses daquele. Essa vertente pode ser visualizada na conduta de Napoleão, que nomeou seu irmão, Napoleão III, para governar a Áustria, que abrangia a França, a Espanha e a Itália. Com isto, em muito diminuíam as chances de uma possível traição, permitindo a subsistência do império napoleônico. Em outras situações, o "*benemérito*" tão-somente beneficia determinadas pessoas a quem é grato, o que, longe de garantir a primazia de seus interesses, busca recompensá-las por condutas pretéritas ou mesmo agradá-las. Como ilustração, pode ser mencionada a conduta de Luiz XI, que presenteou sua amante *Ana Passeleu* com terras e até com um marido (*João de Brosse*), o que permitiu que fosse elevada à nobreza. [3]

Nepotismo, em essência, significa *favorecimento*. Somente os agentes que ostentem grande equilíbrio e retidão de caráter conseguem manter incólume a dicotomia entre o *público* e o *privado*, impedindo que sentimentos de ordem pessoal contaminem e desvirtuem a atividade pública que se propuseram a desempenhar.

II. *O nepotismo e os vícios que enseja*

O nepotismo, por vezes, é institucionalizado, do que é exemplo o mau vezo de se outorgar às primeiras damas a atribuição de conduzir instituições sem fins lucrativos, não raras vezes dotadas de vultoso patrimônio e de incomensurável importância para determinadas classes da população. Não seria esta uma modalidade de nepotismo *ex vi legis*? A este questionamento respondemos com outros mais: as primeiras damas exercem a representatividade popular? Qual é o fundamento de legitimidade de sua atuação? São competentes ou possuem uma "competência reflexa" oriunda do Chefe do Executivo? Certamente, qualquer resposta chegará a uma conclusão comum: não fosse esta anômala situação inerente à "coisa pública", certamente arrancaria boas risadas acaso suscitada no âmbito da iniciativa privada!

Sob outra vertente, a preocupação com o favorecimento há muito está sedimentada no direito positivo pátrio, do que é exemplo a causa de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição da República, que alcança o cônjuge e os parentes, consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Chefe do Executivo ou de quem o tenha substituído nos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Identificada a prática do nepotismo, ter-se-á, de imediato, a violação ao princípio da impessoalidade, já que privilegiados interesses individuais em detrimento do interesse coletivo. Na violação à impessoalidade, no entanto,

---

[3] Cf. Aluísio de Souza Lima, "Visão do Nepotismo numa Perspectiva Histórica, Política e Sociológica", *Revista Cearense Independente do Ministério Público*, p. 9.

não se exaurem os efeitos do nepotismo, tendo, ao nosso ver, dimensão mais ampla. Nesta linha, de forma correlata aos efeitos imediatos do ato, refletidos no injustificável tratamento diferenciado dos administrados, tem-se o fundamento ético-normativo por ele violado. Este, por sua vez, poderia ser refletido em três vertentes, cuja pertinência passaremos a analisar. Para melhor facilitar a compreensão do tema, será ele direcionado ao provimento dos cargos em comissão, não raras vezes ocupados por parentes dos responsáveis pela nomeação.

II.I. *O nepotismo e o princípio da moralidade*

Em um primeiro momento, a conduta acima mencionada (nomeação de parentes para o provimento de cargos em comissão) poderia ser considerada como dissonante do princípio da moralidade administrativa, pois fere o senso comum imaginar que a administração pública possa ser transformada em um *negócio de família*. Este argumento, não obstante o seu acentuado cunho ético, não subsiste por si só. Com efeito, a partir do momento em que o Constituinte originário consagrou a existência das funções de confiança e dos cargos em comissão [4], é tarefa assaz difícil sustentar que os valores que informam a moralidade administrativa, originários das normas que disciplinam o ambiente institucional, não autorizam que o agente nomeie um parente no qual tenha ampla e irrestrita confiança. [5] Note-se que nos referimos à moralidade administrativa, princípio densificado a partir dos *standards* de conduta colhidos no ambiente institucional e inerentes ao bom-administrador. [6]

Situação diversa ocorrerá quando a nomeação recair sobre pessoa que seja credora do agente público ou cujos interesses pessoais estiverem diretamente relacionados ao exercício do cargo para o qual fora nomeado, caminhando em norte contrário a ele. Como exemplo, podemos mencionar a nomeação do

---

[4] Art. 37, II e V.

[5] A 5ª Turma do STJ, no entanto, ao julgar o REsp. nº 150.897-SC, sendo relator o Min. Jorge Scartezzini, ressaltou que a nomeação de parentes para a ocupação de cargos em comissão violava os princípios da moralidade e da impessoalidade na administração, ainda que, diversamente do caso *sub judice*, não houvesse lei que proibisse as nomeações (j. em 13.11.00, *DJ* de 18.02.02). O TJRS decidiu da seguinte forma: "***Constitucional e administrativo. Cargos Públicos. Investidura de agentes políticos e de servidores em cargos e em funções de confiança. Nepotismo. Inverossimilhança da restrição ao direito fundamental de acesso a cargos públicos pela falta de norma legal restritiva e pelo princípio da moralidade.*** 1. O acesso aos cargos públicos só pode ser restringido por lei em sentido formal. Não se aplicando aos municípios o art. 20, § 5º, da CE/89, em razão de sua autonomia, por igual, o 130, X, da Lei Orgânica do Município de Capão da Canoa aos poderes do Chefe do Executivo local, não infringe ao princípio da legalidade. Por outro lado, a exteriorização dos valores da comunidade, que preencherão os fluidos princípios da moralidade e da impessoalidade, é matéria de prova. Inverossimilhança da pretensão antecipatória. 2. Agravo de instrumento desprovido." (4ª CC., AI nº 70003412020, rel. Des.Araken de Assis, j. em 28/12/01).

[6] Para maior desenvolvimento do tema, *vide* a obra de nossa autoria intitulada *Improbidade Administrativa*, sendo a segunda parte da lavra de Rogério Pacheco Alves, 1ª ed., 2ª tiragem, Rio: Editora Lumen Juris, 2002, pp. 38/52.

proprietário da maior rede hospitalar privada do Município para o cargo de Secretário Municipal de Saúde; neste caso, seria do interesse do Secretário o aprimoramento do atendimento nos hospitais públicos? Contribuiria ele para o decréscimo de seus próprios lucros? Em situações como essa, entendemos ser patente a violação à moralidade administrativa, o que já não ocorre pelo simples fato de o ocupante do cargo ser parente do agente que o nomeou.

II.II. *O nepotismo e o princípio da legalidade*

Buscando contornar o óbice acima exposto, tem sido comum a edição de normas vedando a nomeação de parentes para o preenchimento de cargos em comissão. Esse tipo de norma em muito contribui para a preservação do princípio da moralidade, pois evita que as nomeações terminem por ser desvirtuadas da satisfação do interesse público e direcionadas ao atendimento de interesses a ele estranhos. À guisa de ilustração, podem ser mencionados:

a) o Estatuto dos Servidores da União (Lei nº 8.112/90), cujo art. 117, VII, veda ao agente "manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheira ou parente até o segundo grau civil";

b) o Regime Jurídico dos Servidores do Poder Judiciário da União (Lei nº 9.427/96), em seu art. 10, veda a nomeação de cônjuge, companheiro ou de parentes até o terceiro grau, pelos membros de tribunais e juízes, a eles vinculados, salvo os servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo das carreiras judiciárias;

c) os arts. 355, § 7º e 357, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal restringem a nomeação de parentes como forma de combate ao nepotismo;

d) o art. 326 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região veicula comando semelhante;

e) a Lei nº 9.165/95, que disciplina o funcionalismo no âmbito do Tribunal de Contas da União, também veicula restrições à nomeação de parentes;

f) o Provimento nº 84/96, da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 1º, "veda a contratação de servidores pela OAB, independente do prazo de duração do pacto laboral, vinculados por relação de parentesco a Conselheiros Federais, Membros Honorários Vitalícios, Conselheiros Estaduais ou integrantes de qualquer órgão deliberativo, assistencial, diretivo ou consultivo da OAB, no âmbito do Conselho Federal, dos Conselhos Seccionais e das Subseções", acrescendo o parágrafo primeiro que "a vedação a que se refere o *caput* desse artigo se aplica aos cônjuges, companheiros e parentes em linha reta ou na colateral até o terceiro grau";

g) o art. 4º, parágrafo único, da Lei Estadual nº 7.451, de 1º de julho de 1991, que criou cargos no quadro do Tribunal de Justiça de São Paulo e vedou a nomeação, como assistente jurídico, "de cônjuge, de afim e de parente em linha reta ou colateral, até o 3º grau, inclusive, de qualquer dos integrantes do Poder Judiciário do Estado de São Paulo"; e

h) o art. 20, § 5º, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, com a redação determinada pela Emenda nº 12/95, estabeleceu restrições à nomeação de parentes no âmbito da administração direta e indireta dos três Poderes, do Ministério Público e do Tribunal de Contas.

Existindo vedação legal e sendo ela descumprida, ter-se-á a violação ao princípio da legalidade e, *ipso iure*, um relevante indício da prática de ato de improbidade. [7] Neste caso, tem-se um impedimento legal ao exercício da função pública, o qual, apesar de restringir a esfera jurídica dos parentes do agente público, em nada compromete a isonomia que deve existir entre estes e os demais, isto porque a restrição é razoável e pontual, evitando que os laços de afinidade terminem por preterir outros pretendentes quiçá melhor preparados.[8]

A efetividade de normas como essa, no entanto, pressupõe que tenham amplitude semelhante às da Constituição gaúcha, o que evitará que colegas do agente contratem os parentes deste e este os daqueles, conferindo uma aparente legalidade ao ato. É necessário, ainda, que a matéria seja regida de forma linear e igualitária, alcançando toda a estrutura administrativa de determinada esfera da Federação, o que evitará qualquer discriminação dos servidores conforme o Poder ou o órgão perante o qual atuem.

É de todo aconselhável que a norma dispense tratamento diferenciado àqueles parentes que, após regular aprovação em concurso público, sejam

---

[7] Será admissível, inclusive, a perquirição do ato de improbidade previsto no art. 10, XII, da Lei nº 8.429/92 ("permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente."), que configura um *plus* em relação à mera violação aos princípios regentes da atividade estatal. Para maior desenvolvimento do tema, que apresenta múltiplas variantes, remetemos o leitor à obra de nossa autoria intitulada *Improbidade Administrativa*, sendo a segunda parte da lavra de Rogério Pacheco Alves, pp. 290/297.

[8] O STF proferiu decisão do seguinte teor: "***Cargos de confiança. Parentesco. Nomeação e exercício. Proibição. Emenda Constitucional. ADI. Liminar.*** A concessão de liminar pressupõe a relevância do pedido formulado e o risco de manter-se com plena eficácia o preceito. Isso não ocorre quando o dispositivo atacado, de índole constitucional, confere ao tema chamado "nepotismo" tratamento uniforme nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, proibindo o exercício do cargo pelos parentes consangüíneos e afins até o segundo grau, no âmbito de cada Poder, dispondo sobre os procedimentos a serem adotados para a cessação das situações existentes (...). (Pleno, ADIMC nº 1.521/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 12.03.97, *RTJ* nº 173/424). O STJ, do mesmo modo, assim decidiu: "***Constitucional. Recurso em mandado de segurança. Alegação de inconstitucionalidade de norma estadual que veda a contratação de parentes dos magistrados para cargos do Judiciário Paulista. Improvimento.*** I. O princípio atacado não é inconstitucional. Ao contrário, visa defender os princípios da moralidade no serviço público e os do Estado Republicano, combatendo o nepotismo e reforçando, mesmo, a idéia de isonomia, já que para provimento de tais cargos não há concurso público. E o próprio artigo 37, inc. I, da CF, diz que o acesso de brasileiros aos cargos públicos deve

ocupantes de cargo efetivo. Em casos tais, a vedação deve restringir-se à impossibilidade de ocuparem cargos em que estejam diretamente subordinados ao agente com o qual mantenham o vínculo de parentesco. Esse entendimento, aliás, foi encampado pelos arts. 355, § 7º e 357, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Nessa linha, a Lei Estadual nº 3.899, de 19 de julho de 2002, que dispôs sobre o quadro permanente de serviços auxiliares do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, estatuiu, em seu art. 25, que "é vedada a nomeação ou designação para exercer Cargo em Comissão de cônjuge, companheiro ou parente até o 3º (terceiro) grau, inclusive, de membros do Ministério Público, *salvo se servidor do Quadro Permanente dos Serviços Auxiliares, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao membro determinante da incompatibilidade*".

Com isto, evita-se que o agente que ascendeu por méritos próprios ao funcionalismo público deixe de ocupar uma posição de igualdade em relação aos demais; e, pior, ainda seja penalizado por ter um parente em posição de superioridade no escalonamento funcional.

II.III. *O nepotismo e o desvio de finalidade*

Por derradeiro, o nepotismo poderá ser associado ao desvio de finalidade, o que demandará a análise do contexto probatório, diga-se de passagem, nem sempre fácil de ser construído. O provimento de determinado cargo, ainda que sujeito à subjetividade daquele que escolherá o seu ocupante, sempre se destinará à consecução de uma atividade de interesse público.

Assim, é necessário que haja um perfeito encadeamento entre a natureza do cargo, o agente que o ocupará e a atividade a ser desenvolvida. Rompido esse elo, ter-se-á o desvio de finalidade e, normalmente, a paralela violação ao princípio da moralidade. Os exemplos, aliás, são múltiplos: um cargo que exija o uso das mãos não pode ser ocupado por quem não as possua; uma pessoa que sequer é alfabetizada não pode ocupar um cargo que exija conhecimentos técnico-científicos; um adolescente, filho ou sobrinho de Desembargador, que sequer concluiu o ciclo básico de estudos, não deve ser nomeado Assessor deste, máxime quando estuda em outro Estado da Federação [9]; *etc.* Em situações como estas, restará claro que ao nomear um parente para a ocupação do cargo buscou

---

obedecer aos requisitos estabelecidos em lei. II. Recurso improvido." (6ª T., ROMS nº 2.284/SP, rel. Min. Pedro Acioli, j. em 25/04/94, *DJ* de 16/05/94, p. 11.785).

[9] O exemplo foi colhido do *Jornal do Brasil*, edição de 27 de junho de 2002, p. 2, sendo a reportagem de autoria de Diego Escosteguy. Segundo o periódico, uma juíza do TRT de Rondônia, em 1988, teve a filha, então com 14 anos de idade e cursando a 8ª série do 1º grau, contratada para trabalhar em seu gabinete. Dois meses depois foi a vez de sua sobrinha, de 12 anos de idade e que cursava a 6ª série. Foram exoneradas em 1989, por ordem do então Presidente do TRT e readmitidas em 1991, tendo recebido salários e gratificações até 1997. Em 1995, a filha foi promovida à condição de chefe de gabinete da mãe, à época Presidente do TRT-RO. A sobrinha, por sua vez, teve seus vencimentos

o agente unicamente beneficiá-lo, já que suas limitadas aptidões inviabilizavam o exercício das funções inerentes ao cargo para o qual fora nomeado.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a prática do nepotismo na remoção por permuta realizada entre pai e filha, respectivamente titular de Ofício de Cartório de Imóveis da Capital, em vias de se aposentar, e Escrivã Distrital, já que, ante a inexperiência desta, não se verificava a satisfação de qualquer interesse da Justiça em tal permuta, sendo flagrante que o ato visava à mera satisfação do interesse pessoal dos envolvidos.[10]

III. *À guisa de conclusão*

Identificada a ocorrência do nepotismo, prática de todo reprovável aos olhos da população, devem ser objeto de apuração as causas da nomeação, as aptidões do nomeado, a razoabilidade da remuneração recebida e a consecução do interesse público. A partir da aferição desses elementos, será possível identificar a possível inadequação do ato aos princípios da legalidade e da moralidade, bem como a presença do desvio de finalidade, o que será indício veemente da consubstanciação de ato de improbidade.

Rio de Janeiro, 22 de julho de 2002.

---

aumentados por sua benemérita três dias após a assunção da Presidência do Tribunal. O curioso é que, durante boa parte deste período, estudavam em Ribeirão Preto, a 2.759 Km de Porto Velho. Os fatos foram investigados pelo Ministério Público e encaminhados ao TCU, o qual fixou o prazo de 15 dias para apresentação de defesa ou devolução das importâncias recebidas. No julgamento da Petição nº 1.576-3, também oriunda de Roraima, sendo relator o Min. Nelson Jobim, o STF reconheceu a suspeição de cinco dos sete Desembargadores do Tribunal de Justiça local – cujos parentes foram nomeados para cargos em comissão no Tribunal e, posteriormente, afastados por decisão de Juiz de Direito, atendendo pleito do Ministério Público em ação civil pública – para apreciar representação ofertada por um deles contra o Juiz de 1ª instância que proferiu decisão contrária aos interesses de seus parentes. No procedimento disciplinar, o Juiz chegou a ser afastado de suas funções sob a acusação de "insubordinação, excesso de linguagem e atitude desrespeitosa". Como frisou o relator: "em tribunal suspeito, não existe desembargador legitimado" (Pleno, unânime, j. em 24.09.98, *DJ* de 18.02.00). Hipótese similar ao primeiro caso mencionado foi julgada pelo TJGO: " ***Ação Civil Pública. Atos de improbidade administrativa. Defesa do patrimônio público. Legitimidade do Ministério Público.*** O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública que objetiva a proteção do erário municipal. **2.** ***Sentença ultra e extra petita.*** Não há se falar em sentença *ultra* ou *extra petita* quando ela é proferida nos estritos limites do *petitum*. **3.** ***Nomeação de menor impúbere para o exercício de cargo comissionado.*** Caracteriza-se ato de improbidade administrativa a nomeação de filho menor de 18 anos para a função pública, uma vez que ofende os princípios da administração. Apelo conhecido e improvido. Decisão unânime". (2ª CC, AP nº 54530-7/188, rel. Des. Fenelon Teodoro Reis, j. em 21/11/00, *DJ* de 06/12/00, p. 6).

[10] 2ª T., ROMS nº 1.751/PR, rel. Min. Américo Luz, j. em 02.04.94, *RSTJ* nº 62/153.

(*) Emerson Garcia é Promotor de Justiça no Rio de Janeiro, Assistente da Assessoria de Assuntos Institucionais da Procuradoria-Geral de Justiça, Subcoordenador das Promotorias Eleitorais do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Considerações sobre a prisão preventiva

FERNANDO TOURINHO FILHO (*)

É sabido que a pena somente pode ser imposta quando o acusado for declarado culpado por sentença condenatória transitada em julgado. É como dispõe o nosso Pacto Fundamental. Logo, é de concluir que toda e qualquer antecipação da pena violenta a *Lex Mater*, a não ser que as circunstâncias tornem tal prisão estritamente necessária.

A nossa Carta Magna dispõe, no art. 5º, inc. LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". O texto, que remonta ao art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, traduz a idéia de que não se pode admitir a privação da liberdade de um homem antes de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado. É verdade, como já observara ALEXANDRA VILELA, que o princípio da presunção não pode ser interpretado e concebido na sua essência de acordo com o seu conteúdo verbal, pois estaríamos aqui a entrar numa ficção jurídica porque a aplicação das medidas de coação e cautelares, tipificadas na nossa lei, seria, antes de mais, inconstitucional... (*Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra Ed., 2000, p. 84). E arrematou: "O conteúdo do princípio da presunção de inocência está no seu âmago ligado à liberdade individual, no sentido de proibir quaisquer medidas cautelares como antecipação de pena com base no rótulo de culpado" (*ob. cit.*, p. 91). Daí por que, professa JULIO MAYER, o maior processualista penal das Américas, esse princípio é o que expressa os limites das medidas de coerção processual contra o réu (*Derecho procesal penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, tomo I, p. 277). E, como dizia JOSÉ N. CAFFERATA (*La excarcelación*, Córdoba, Ed. Lerner, 1977, Cap. II, p. 24, "... repugna al Estado de Derecho, previsto en nuestro estatuto fundamental, antecipar una pena al imputado durante el procedimiento de persecución penal".

Trata-se de uma velha observação de BECCARIA, no sentido de que a prisão preventiva deve ser aplicada "dentro dos limites rigorosos da necessidade do processo" (*apud* TEREZA PIZARRO BELEZA, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Lisboa, AAFDL, 1993, II vol., p. 118).

É verdade - e não se pode olvidar - que, se de um lado está o réu, presumidamente inocente, do outro estão os demais valores constitucionais que representam direitos, liberdades, garantias, enfim, a sociedade interessada na repressão. Assim, em face desse binômio "interesse social" *versus* "presunção de inocência", chegou-se à conclusão de que "somente exigências processuais de natureza cautelar podem justificar uma limitação, total ou parcial, à liberdade das pessoas, como bem o disse José Castro de Souza nas *Jornadas de direito processual penal*, Coimbra, Livr. Almedina, 1988, p. 151.

Observa Antônio Magalhães Gomes Filho: "na técnica processual, as providências cautelares constituem os instrumentos através dos quais se obtém a antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo, exatamente com o objetivo de assegurar os meios para que esse mesmo provimento definitivo possa a vir a ser conseguido e, principalmente, possa ser eficaz" (*Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 53).

A prisão preventiva é uma dessas medidas cautelares, e, como toda e qualquer medida cautelar, a preventiva se subordina a dois requisitos: O *fumus boni juris* e o *periculum libertatis*, o qual equivale no cível ao *periculum in mora*. Daí o ensinamento de Velez Mariconde:"...toda privação da liberdade determinada antes do ato jurisdicional legítimo para impô-la a título de sanção, só pode ocorrer ante a necessidade atual e concreta de remover o temor de *'um dano jurídico', que se traduz no perigo de que o imputado, em liberdade, oculte a verdade dos fatos ou determine a inaplicabilidade da lei penal*" (*Estudios de derecho procesal penal*, Córdoba, Universidade de Córdoba, 1956, tomo II, p. 249). E conclui Julio Mayer: "....por isso, excluindo-se os fins preventivos imediatos, o fundamento real de uma medida de coerção só pode residir no perigo de fuga do imputado ou no perigo de que se obstaculize a averiguação da verdade" (*ob. cit.*, p. 281).

Aí está o equilíbrio razoável entre os dois interesses: o interesse social na repressão e a preservação do princípio da inocência que assumiu, na Carta de 1988, dignidade constitucional.

Por isso mesmo, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, na Recomendação n. 82, de 27-6-1980, afirma que "nenhum acusado deve ser sujeito a prisão preventiva, *a não ser que as circunstâncias tornem tal prisão estritamente necessária*. A prisão preventiva deve, assim, ser considerada como medida excepcional" (cf. José Castro de Souza, *ob. cit.*, p. 151, nota 7).

Em face do exposto, que tem o apoio de toda a doutrina, chega-se à conclusão inarredável de que a prisão preventiva, pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar, só se justifica quando presente uma dessas circunstâncias: "*conveniência da instrução criminal*" e "*exeqüibilidade da efetivação da pena*", jamais com fundamento de tratamento punitivo. Desse modo, toda e qualquer prisão provisória que supere esse limite é ilegítima, arbitrária, posto que contrária ao princípio da "presunção de inocência". A prisão preventiva é permitida, única e exclusivamente, para os fins do processo penal. Daí a irrepreensível lição de Manzini: "*La coerción personal procesal consiste en una limitación más o menos intensa*

*de la libertad física de una persona, **por una finalidad procesal penal**" (Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires. EJEA, 1952, trad. Santiago S. Melendo, tomo III, p. 554).

Certo que o art. 312 do CPP alude a quatro circunstâncias permissivas da medida odiosa. Além dessas a que nos referimos, mais duas: "garantia da ordem pública" e "garantia da ordem econômica". Não se pode perder de vista que o nosso diploma processual data de 1942 e foi elaborado durante um regime ditatorial. Àquela época, o nosso ordenamento não conhecia o princípio da presunção de inocência como dogma constitucional, ou, se o conhecia, dele fez tábula rasa. Hoje, sim, é dogma de fé. Como a prisão preventiva tem um caráter eminentemente cautelar, fácil concluir que as duas últimas circunstâncias autorizadoras da medida extrema (garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica) repousam na conveniência da sociedade ou têm um critério meramente utilitário. Enfim: suas finalidades são inegavelmente extraprocessuais. Não tendo, como efetivamente não têm, caráter cautelar, elas representam, sem a menor sombra de dúvida, antecipação da pena. É como se o juiz já estivesse condenando o réu, à semelhança do que havia na Inglaterra e na França antes do século XII: "*exécution sommaire*". Com esta particularidade: àquela época, a execução sumária tinha lugar em duas hipóteses: no caso de flagrante ou quando o culpado se punha em fuga e era perseguido por um grupo de concidadãos incitados pelo clamor público.

Mais uma vez invocamos MANZINI:"...a custódia preventiva não tem por fim a exemplaridade, que é exclusivamente da pena. É absurdo admitir-se que a prisão preventiva seja ordenada para servir de exemplo, já que ela é decretada contra o imputado, ou seja, contra uma pessoa de quem ainda não se sabe se é culpado ou inocente. Pela mesma razão, seria errôneo pensar que essa prisão tivesse por finalidade dar satisfação ao sentimento público de justiça... Na prática, sem embargo, o Juiz se inspira, às vezes, nesse falso critério, como se a Justiça fosse serva da política, ou, pior ainda, da demagogia..." (*ob. cit.*, p. 629).

Malgrado essas observações, e considerando que o art. 312 do estatuto processual cuida de quatro circunstâncias autorizadoras da preventiva: ***garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução penal*** e ***asseguramento da aplicação da lei penal***, deve o Juiz, tendo em conta que a Magna Carta adotou o princípio da presunção de inocência, consonar e harmonizar a norma processual ao texto da Lei Maior, fazendo abstração das duas outras circunstâncias (garantia da ordem pública e da ordem econômica), vale dizer, somente decretar a medida extrema quando ela tiver, realmente, indisfarçável caráter cautelar, arredando-se de uma jurisprudência desajustada da realidade. E, mesmo assim, cabe ao Juiz, em cada caso concreto, analisar os autos e perquirir se existem provas atinentes a qualquer uma delas, vale dizer, "obtenção da verdade ou exeqüibilidade da efetivação da pena".

De nada vale seu convencimento pessoal extra-autos. De nada vale a mera suposição, a simples suspeita. Se a Constituição proclama a "presunção de inocência do réu ainda não definitivamente condenado", como pode o Juiz

presumir que ele vai fugir, que vai prejudicar a instrução? Como pode o Juiz, sem cometer grosseira enormidade, estabelecer presunção contrária ao réu, se a Lei Maior proclama-lhe a presunção de inocência? É preciso que dos autos ressuma prova pertinente a qualquer uma das circunstâncias referidas. E o Juiz, então, no despacho que decretar a medida extrema, fará alusão aos fatos apurados no processo que o levaram à imposição da providência cautelar. Fatos concretos e não suposições.

É bem verdade, conforme vimos, que o estatuto processual penal, no art. 312, alude a duas outras circunstâncias. Uma delas é a "garantia da ordem pública".

Diga-se, *en passant*, a lei é de 1942. É do tempo em que quando alguém era preso em flagrante, continuava preso, salvo se afiançável fosse a infração. Qual o significado de "ordem pública"? Segundo De Plácido e Silva, entende-se como tal a situação e o estado de legalidade normal em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto (*Vocabulário jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, v. 3, p. 1101). Ordem pública, dizem, é a paz, a tranqüilidade no meio social. Assim, se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; ou se ele já vinha cometendo outras, sem que a Polícia lograsse prendê-lo em flagrante; se estiver fazendo apologia de crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, se a sociedade estiver amedrontada, haverá, segundo o entendimento mais divulgado, perturbação da ordem pública. Mas, isto é que importante: outras situações podem traduzi-la, tamanha a vaguidade da expressão. E aí a medida extrema fica ao sabor da maior ou menor sensibilidade do Magistrado, de idéias preconcebidas a respeito de pessoas, de suas concepções religiosas, sociais, morais, políticas, que o fazem guardar tendências que o orientam inconscientemente em suas decisões. O eminente Des. Amilton Bueno de Carvalho, um dos pontos altos do Eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (*rectius*: da nossa Magistratura) , analisando-a, observou com extrema propriedade: "Ordem pública é um requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação, *facilmente enquadrável em qualquer situação*" (voto vencedor no Recurso em Sentido Estrito n. 70006880447, 5ª Câmara do TJ do Rio Grande do Sul, julgado em 29-10-2003).

"Ordem pública" é fundamento geralmente invocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que esta é uma coação cautelar e, sem cautelaridade, não se admite, à luz da Constituição, prisão provisória. E tanto é verdade que, se alguém for preso em flagrante por crime inafiançável (ressalvados os hediondos), se não for necessário o seu encarceramento prematuro, faz jus à liberdade provisória, nos termos do parágrafo único do art. 310 do CPP. E, por outro lado, se o crime, apenado com reclusão, for afiançável, estando presente uma das circunstâncias autorizadoras da preventiva, torna-se inafiançável, na dicção do art. 324, IV, do CPP.

"Comoção social", "perigosidade do réu", "crime perverso", "insensibilidade moral", "os espalhafatos da mídia", "reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão", "credibilidade da Justiça", "idiossincrasia do Juiz por este ou aquele crime", tudo, absolutamente tudo, se ajusta àquela expressão genérica "ordem pública". E como sabe o Juiz que a ordem pública está perturbada, a não ser pelo noticiário? E os jornais, sempre que ocorre um crime, o noticiam. E não é pelo fato de a notícia ser mais ou menos extensa que pode caracterizar a "perturbação da ordem pública", sob pena de essa circunstância ficar a critério da mídia... Na maior parte das vezes, é o próprio Juiz ou o órgão do Ministério Público que, como verdadeiros "sismógrafos", mensuram e valoram a conduta criminosa proclamando a necessidade de "garantir a ordem pública", sem nenhum, absolutamente nenhum elemento de fato, tudo ao sabor de preconceitos e da maior ou menor sensibilidade daqueles operadores da Justiça. E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária. Decisão dessa natureza é eminentemente bastarda, malferindo a Constituição da República. O réu é condenado antes de ser julgado. E se for absolvido? Ainda que haja alguma indenização, o anátema cruel da prisão injusta ficará indelével para ele, sua família e o círculo da sua amizade.

Mas o STF, cimeiro do nosso Poder Judiciário, em decisão magnífica, observou: "O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes. A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou réu" (HC 80719/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 28-9-2001).

O STJ seguiu-lhe a mesma esteira: "O decreto cautelar é medida excepcional não obrigatória, cabendo à autoridade judiciária competente decidir da conveniência ou não de sua imposição, em despacho devidamente fundamentado, apontando as provas da existência do crime e do envolvimento da pessoa do indiciado ou acusado, além de demonstrar, com base em elementos de fato, a necessidade da custódia. O clamor público que justifique a adoção de medidas necessárias para garantia da ordem pública há de ser espontâneo e imediato, constituindo-se em manifestação pronta de revolta da coletividade à atitude tida como socialmente afrontadora. Convocações feitas para manifestos em carreatas e passeatas, com hora e local previamente marcados, através de chamamentos publicados pela imprensa local não legitimam a imposição da preventiva, com base no mencionado clamor público. Inexistindo justificações plausíveis para a mantença da custódia cautelar, não subsiste a premissa da

necessidade da prisão para garantia da aplicação da lei penal e/ou da ordem pública" (RHC 4724/PR, *DJU* 26-2-1996, p. 4031).

Note-se que o STF não admite a prisão preventiva respaldada apenas no "clamor público" (cf. *Informativo STF* n. 138). E se o "clamor público", retrato fiel do acentuado impacto que a conduta provoca na sociedade, e que representa, convenhamos, o que há de mais eloqüente e significativo para traduzir a "ordem pública" não justifica a medida extrema, conforme decisões do Excelso Pretório, guardião da Magna Carta, segue-se que a circunstância "garantia da ordem pública" não pode ser invocada para um encarceramento prematuro.

Nessas hipóteses, o indiciado ou réu precisa de proteção, deve o Magistrado impedir que a Lei Maior da sua terra seja afrontada para satisfação e delírio daqueles que desejam a imediata e pronta punição, mesmo porque, desgraçadamente, haveria, repetimos, uma antecipação da pena. Ressalte-se mais uma vez: a finalidade da prisão preventiva é tão-somente impedir que o réu em liberdade perturbe a prova que o Juiz vai recolher para a reconstrução do fato a ser julgado e prevenir quanto ao perigo de fuga, burlando, assim, eventual condenação.

Quando se decreta a prisão preventiva como "garantia da ordem pública", o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É, *data maxima venia*, um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão "ordem pública" diz tudo e não diz nada. Na lapidar observação do Des. Amilton Bueno de Carvalho, "*é facilmente enquadrável em qualquer situação*"... Os exemplos de decisões dos Tribunais, refletindo, *data venia*, posição desajustada da realidade, que o digam... Que o digam, também, as costumeiras observações de considerável número de membros do Ministério Público. E logo do Ministério Público, que deve aparecer "como pilar fundamental do sistema judicial, de forma objetiva e isenta de quaisquer pressões, por parte de grupos econômicos, da imprensa, da opinião pública, de políticos, de superiores hierárquicos, de doutrina e de jurisprudência desajustada da realidade, como o primeiro grande defensor do inocente, promovendo não só a legalidade democrática, mas também o respeito pela dignidade da pessoa humana". Não pode o Ministério Público afastar-se, um palmo sequer da Lei Fundamental. Aí reside a essência das suas atribuições. Se ali se presume inocente aquele não definitivamente condenado, não pode o Ministério Público postular-lhe o encarceramento provisório fora das exclusivas hipóteses de real necessidade para o processo, vale dizer, para preservar a instrução criminal ou assegurar a aplicação da pena.

A prisão preventiva é providência cautelar e, por isso mesmo, conforme advertência de Romeu Pires de Campos Barros, tem por finalidade prevenir um perigo, isto é, evitar um dano jurídico que se apresenta como provável com base nas circunstâncias do fato (*ob. cit.*, p. 185). A decretação da prisão preventiva, como garantia da ordem pública ou da ordem econômica, é inesgotável fonte de excesso e de iniqüidade. Às vezes, até será tolerável, na hipótese em que o indiciado ou acusado continua com a sua atividade criminosa, se bem que, nesse

caso, a medida coercitiva perde, às escâncaras, seu caráter cautelar e se transmuda numa espécie de medida de segurança sem respaldo constitucional.

Se o criminoso demonstrou profunda insensibilidade moral, por que prendê-lo preventivamente? Se toda prisão provisória há de apresentar, necessariamente, caráter cautelar, se a cautela está em prevenir possíveis danos que a liberdade do imputado possa causar ao processo condenatório, indaga-se: que reflexo poderá recair sobre o processo o fato de o réu haver cometido crime grave, gravíssimo, de grande repercussão? Não se pode falar em prisão preventiva sem estar com as vistas voltadas para o princípio da presunção de inocência. Do contrário, para que serviria esse princípio? Se é dogma constitucional, todos devem respeitá-lo. Se houver desejo de encher as nossas cadeias, o problema não é difícil, é facílimo: basta rasgar a Magna Carta ou mandá-la às favas... Na hipótese de "preservação da ordem pública", a prisão preventiva não tem nenhum caráter cautelar. Ela não acautela "o processo condenatório a que está instrumentalmente conexa". Que espécie de dano à liberdade do réu pode causar ao processo se o crime foi cometido com requintes de perversidade? O que ela tutela não é o processo condenatório, diz Romeu Pires de Campos Barros: é a própria ordem pública (*Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 197).

A "ordem pública" nada tem que ver com o processo. Há cem léguas de distância entre ela e a garantia de um processo justo. Justificava-se a prisão preventiva, como garantia da ordem pública numa época totalitária, ao tempo em que a presunção de inocência não havia sido guindada à posição de cláusula pétrea da nossa Lei Fundamental. Sem embargo, já se decretou prisão preventiva para não afetar a credibilidade da Justiça (*RT*, 768/573), para assegurar a integridade da vítima (*JSTJ*, 2/263), para cessar constrangimento contra a vítima (*RT*, 774/683), a repulsa gerada no meio social (*JSTJ*, 73/84), pela periculosidade evidenciada no crime (*RT*, 648/347) *etc.* Trata-se, a nosso juízo, de decisões que afrontam a Lei Maior. Simples pretextos para exibição de força e poder.

Já sustentamos que, na hipótese de o indiciado ou réu estar ameaçado pelos familiares da vítima, ou pela própria vítima, haveria possibilidade de perturbação da ordem pública e, assim, a preventiva seria de rigor. Penitenciamo-nos do raciocínio açodado. Nessa hipótese, cumpre à Justiça dar garantias ao indiciado ou réu, e não trancafiá-lo no xadrez. Do contrário, já o afirmamos em *habeas corpus*, ainda que condenado o réu, e mesmo após o cumprimento da pena, poderia surgir a notícia de que a família da vítima estava preparada para ato de vingança... E, nesse caso, deveria o Juiz recolher o criminoso à cadeia? O absurdo é evidente. Costa Manso, há mais de sessenta anos, fazia esta afirmação: "Se o criminoso é que é ameaçado de represálias por parte da vítima, da família desta ou de elementos populares, não se justifica a prisão. O que a autoridade, neste caso, deve fazer, é garanti-lo contra qualquer violência, e não tirar-lhe a liberdade, a pretexto de favorecê-lo..." (cf. *O processo na segunda instância*, São Paulo, 1932, p. 617). No mesmo sentido, as lições de

Weber Martins Batista (*Liberdade provisória*, Forense, 1981, p. 78) e Romeu Pires de Campos Barros (*ob. cit.*, p. 198).

Pode também ser decretada se conveniente para a instrução criminal, ou seja, para preservar aquela fase procedimental em que o Juiz procura, com a colheita das provas, reconstruir o fato ocorrido para poder melhor discernir e julgar. Se, entretanto, o réu lhe cria obstáculos, ameaçando ou niquelando testemunhas, fazendo propostas a peritos, tentando convencer o Oficial de Justiça a não encontrar as pessoas que devam prestar esclarecimentos em juízo *etc.*, seu encarceramento torna-se necessário por conveniência da instrução. Não confundir *conveniência* com *comodidade*. Não pode o Juiz, porque o réu reside um pouco distante, mandar prendê-lo por conveniência da instrução, alegando que, quando dever apresentar-se para uma audiência, por exemplo, não será preciso a expedição de precatória ou quejandos.

Assim, se o indiciado ou réu estiver afugentando testemunhas que possam depor contra ele, se estiver subornando quaisquer pessoas que possam levar ao conhecimento do Juiz elementos úteis ao esclarecimento do fato, peitando peritos, aliciando testemunhas falsas, ameaçando vítima ou testemunhas, é evidente que a medida será necessária, uma vez que, do contrário, o Juiz não poderá colher, com segurança, os elementos de convicção de que necessitará para o desate do litígio penal. Aí, sim, o poder coercitivo do Estado se justifica para impedir que o réu prejudique a atividade jurisdicional.

Também será indispensável e salutar a segregação provisória do indigitado autor do crime como *segurança de aplicação da lei penal*, tal como previsto no item 1 do § 112 do Código de Processo Penal alemão: "se pelas circunstâncias do caso particular, existe o perigo de que o imputado não se submeterá ao procedimento criminal (perigo de fuga - *Fluchtgefahr*)". Evidente que, se o indiciado ou réu está se desfazendo dos seus bens de raiz, injustificadamente, se "lhe é indiferente a vida errante dos perseguidos pelos órgãos da repressão penal", a medida cautelar se impõe, a fim de que se evite o *periculum libertatis*, assegurando-se, pois, a efetivação da pena.

Mas, é bom repetir, é preciso que uma das circunstâncias a que se refere o art. 312 do CPP aflore nas provas colhidas, uma vez que o Juiz, ao decretar a medida extrema, deverá fundamentar a sua decisão e, portanto, fazer referência a fatos devidamente apurados. Há notícia de que o réu está perturbando a instrução? Mera presunção não, mesmo porque acima, e muito acima da presunção do Juiz e da lei, está a presunção de inocência insculpida no Pacto Fundamental. Se a Magna Carta presume a inocência daquele ainda não condenado, não pode o Juiz presumir que ele vai perturbar a instrução criminal, vai escapar à ação da Justiça. Nenhuma presunção supera aquela. Nesse caso, impende haja prova mais ou menos sensata no sentido de que o réu está prejudicando a instrução ou querendo, na expectativa de uma condenação, dela safar-se. Mera suspeita, não. Presunção, também não. É preciso um mínimo de prova idônea no sentido de que ele está se desfazendo de seus bens, de que deu

demonstração de que vai mudar-se para lugar ignorado, de que está prejudicando a instrução *etc.*

Mais ainda: se a Constituição presume ser o réu inocente antes da condenação definitiva, parece-nos um não-senso o Juiz prendê-lo por presumir que ele vá prejudicar a instrução... que ele vá fugir. Seria uma monstruosidade jurídica. O Magistrado não pode supor, não pode presumir. **Deve apresentar um fato concreto a justificar a medida extrema.** Por isso mesmo, o art. 316 do CPP exige que o decreto da preventiva seja fundamentado. E fundamentar uma decisão não é repetir as próprias palavras do texto legal.

É comum, num decreto de preventiva, o Magistrado registrar: **a**) que o delito praticado causa repulsa à sociedade; **b**) tratando-se de crime hediondo, presume-se o alto grau de periculosidade do réu; **c**) em liberdade oferece o indiciado ou réu sério risco à sociedade e é de fácil presunção que, em caso de condenação, permanecerá longe do distrito da culpa.

Decisões assim descuram e transcuram o bom direito, posto não haver sido fundamentado o decreto de prisão preventiva. A vingar a tese de que crime hediondo indica alta periculosidade, sempre que se praticar um crime hediondo a preventiva será de rigor, o que não é verdade, sob pena de se admitir, *contra legem*, uma prisão preventiva obrigatória, instituto obsoleto, expungido do nosso ordenamento desde 1967...

A propósito, assim se manifestou o eminente Min. Celso de Mello:

> "A acusação penal por crime hediondo não justifica a privação arbitrária da liberdade do réu. A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada de suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada (STF, Bol. IBCCRIM, julho de 2001, p. 540).

A presunção de que o indiciado ou réu, em liberdade, oferece sério risco à sociedade e pode escapar de eventual pena é presunção do Magistrado, a qual, como vimos, não pode superar a presunção de inocência ditada pela Lei Fundamental. O fato de haver o crime causado repulsa à sociedade não é razão para que seja o réu punido antes de ser julgado; na verdade, a preventiva, nesse caso, atua como antecipação da pena.

Esses v. acórdãos do STJ, colhidos à ventura, mostram o acerto do que vimos de afirmar:

"A decisão não demonstra de forma concreta a configuração dos pressupostos autorizadores da custódia cautelar (art. 312 do CPP), limitando-se a fazer referência à gravidade do delito, circunstância insuficiente, por si só, para a decretação da prisão preventiva. Precedentes.
Não passa de mera conjectura a alegação formulada no *decisum* de que a liberdade do paciente perturbaria a ordem pública, não havendo fatos concretos que indiquem a necessidade da prisão cautelar, mormente tratando-se de réu primário, de bons antecedentes. Ordem concedida para revogar a custódia cautelar do paciente" (HC 30732/PR, *DJ* 15-12-2003, p. 341).

"O risco à garantia da ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei penal deve estar amparado em elementos concretos e objetivos, não atendendo às exigências legal e constitucional a vedação da liberdade provisória embasada na gravidade do delito, na inquietação social, na credibilidade da Justiça e na sensação de impunidade. Impõe-se o restabelecimento da decisão concessiva da liberdade" (HC 25562/SP, *DJ* 15-12-2003, p. 406, Rel. Paulo Medina).

"A prisão preventiva, medida extrema que implica sacrifício à liberdade individual, concedida com cautela à luz do princípio constitucional da inocência presumida, deve fundar-se em razões objetivas, demonstrativas da existência de motivos concretos suscetíveis de autorizar a imposição. Meras referências aos arts. 312 e 313 do CPP, sem fundamentação indicativa da necessidade da prisão, não justificam a decretação da custodia cautelar" (HC 24559/RJ, *DJ* 28-10-2003, p. 364).

"Não se pode confundir ordem pública com o 'estardalhaço causado pela imprensa pelo inusitado do crime'. Como ficar em liberdade é a regra geral, deveria o juiz justificar substancialmente a necessidade de o paciente ficar preventivamente preso. Não basta invocar de modo formal palavras

abstratas do art. 312 do CPP. Ordem concedida" (HC 3.232-2/RS, *DJ*, 04-9-1995, p. 27863).

"A crueldade de um crime não constitui, por si só, motivo para decretar-se a prisão preventiva de quem é primário e tem bons antecedentes... Quem está em julgamento é a pessoa humana e não o delito. A motivação do ato deve ter em conta fatos concretos atribuíveis ao réu que autorizem a constrição, sendo insuficiente repetir os termos legais. Há necessidade de se demonstrar de forma concreta, por exemplo, que a ordem pública ou a instrução criminal ficarão comprometidas permanecendo o réu livre" (HC 4.696/PR, *DJU* de 28-8-1995, p. 26664).

"Decreto de prisão preventiva arbitrário, sem substância jurídica, expõe ao desgaste as autoridades do Poder Judiciário. O Juiz não pode supor; cumpre-lhe demonstrar, de forma convincente, o perigo iminente que a liberdade do acusado representa à ordem pública. Ordem concedida" (HC 3225-1/MT, *DJU* 7-2-1994, p. 1191).

"A prisão preventiva, instituto de exceção, aplica-se parcimoniosamente. Urge, ademais, a demonstração da necessidade. Não basta a comoção social; não é suficiente o modo de execução; insuficientes as condições e circunstâncias pessoais. Imprescindível um fato a gerar a necessidade" (HC 4.301-6/MG, *DJU* de 11-12-1995, p. 43250).

"Inexistindo circunstância concreta que efetivamente venha a colocar em risco a ordem pública, regular andamento do processo ou possível aplicação da lei penal, desnecessária a constrição cautelar" (HC 10.840/SE, *DJU* 05-6-2000, p. 184).

A Lei Antitruste, Lei n. 8.884, de 11-6-1994, no seu art. 86, *em plena vigência da Carta Política de 1988 que recepcionou o princípio da presunção de inocência*, alterou a redação do art. 312 do CPP, para incluir, como circunstância autorizadora da prisão preventiva, "a garantia da ordem econômica".

Pode parecer um tanto quanto esdrúxulo tal acréscimo. Na verdade, se a prisão preventiva, em face do princípio da presunção de inocência, pode ser decretada como instrumento para a realização do processo (preservação da instrução criminal) ou para garantir o cumprimento da decisão (assegurar a

aplicação da lei penal), parece um não-senso decretá-la para a garantia da ordem econômica. *Quer nessa hipótese, quer naquela pertinente à manutenção da ordem pública, onde o caráter instrumental?*

Para nós, trata-se de medida sem nexo e inútil. *Sua finalidade, ao que tudo indica, repousa na satisfação que se pretende dar, com forte dose de demagogia, à grande maioria da população carente, sempre ávida de querer fazer cair quem quer que esteja em nível superior.* Se a providência tem como objetivo perseguir a ganância, o lucro fácil, a safadeza de industriais e comerciantes desonestos, que se estabeleçam sanções em relação à pessoa jurídica: fechamento por determinado prazo, aumento desse prazo nas recidivas, impossibilidade de, durante certo tempo, fazer empréstimos em quaisquer estabelecimentos de crédito etc. Essa a medida certa. Para o ganancioso, para o industrial ou comerciante que só tem em vista o lucro, para esses *Shylocks* da vida, meter-lhe a mão no bolso é pior que a prisão.

A garantia da ordem econômica, à luz do princípio da inocência, não pode justificar a decretação de preventiva, medida eminentemente cautelar, que se decreta para os fins do processo. Cabe ao Magistrado, mais uma vez, atentar para a circunstância de que a prisão preventiva não objetiva infligir pena, mas, como já se disse, destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Por isso mesmo, em face do descompasso entre as diretrizes do Pacto Fundamental e o obsoleto Código de Processo Penal, cumpre ao Magistrado adaptar o texto infraconstitucional aos princípios fundamentais da Magna Carta, e, se assim o fizer, a prisão preventiva encontrará suporte legal apenas e tão-somente em duas circunstâncias: "preservação da instrução criminal" e "exeqüibilidade da efetivação da pena". E assim deve ser, sob pena de voltarmos à época da "presunção de culpa".

Em todo caso, como houve a previsão legal, podemos ver, em algumas hipóteses previstas no art. 4.° da Lei n. 8.137/90, a possibilidade de se decretar a prisão preventiva como "garantia da ordem econômica". São de difícil ocorrência. Assim, p. ex., a prisão do comerciante que "açambarca, sonega, destrói ou inutiliza bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência" (art. 4.°, IV, da Lei n. 8.137/90), "eleva, sem justa causa, o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado" (art. 4.°, VII, do mesmo diploma). Há, também, algumas condutas previstas no art. 21 da Lei Antitruste (Lei n. 8.884/94) que podem ensejar a prisão preventiva para garantia da ordem pública, dês que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos. *Verbis*: "**Art. 20.** Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: **I** - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; **II** - dominar mercado relevante de bens ou serviços; **III** - aumentar arbitrariamente os lucros; **IV** - exercer de forma abusiva posição dominante".

E a respeito dessa prisão preventiva como garantia da ordem econômica, o TRF da 1ª Região observou: *"A prisão preventiva não deve, em princípio, ser decretada unicamente em virtude da magnitude da lesão financeira (Lei n. 7.492/86 - art. 30), dissociada do sentido usual de cautelaridade das prisões provisórias, sob pena de transformar-se numa antecipação dos efeitos da condenação, em maltrato ao princípio constitucional da presunção de inocência..."* (TRF, 1ª Região, HC 2003.01.00.034513/MT, *DJU* 30-01-2004, p. 11).

De tudo quanto foi dito, conclui-se que a prisão preventiva é medida excepcionalíssima e que se justifica, em face da Constituição, apenas e tão-somente para preservar a instrução criminal ou a exeqüibilidade da efetivação da pena. O que ultrapassar esse limite, tendo em vista o princípio da presunção de inocência, representa o *nec plus ultra* do arbítrio.

(*) Fernando Tourinho Filho é Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Araraquara.

A maioridade no novo Código Civil e seus reflexos quanto ao ato infracional

HORÁCIO AFONSO DE FIGUEIREDO DA FONSECA (*)

I - INTRODUÇÃO

Desde a sua tramitação no Congresso Nacional e, principalmente, após a sua publicação, a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, vem suscitando diversas indagações com grande repercussão prática, dentre as quais destacamos os efeitos da maioridade, que se adquire, agora, aos 18 (dezoito) anos, sobre as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8069/90), notadamente em relação às conseqüências do ato infracional.

É cediço que a criança ou o adolescente, ao praticar ato infracional, está sujeito às medidas do ECA, cuja natureza é protetiva e educativa, objetivando, sempre, o seu preparo para viver numa sociedade, onde prevalecem conceitos morais e éticos, além dos preceitos legais que têm, por fim último, criar condições para a sobrevivência da ordem e da paz social.

Neste sentido, as medidas sócio-educativas do ECA não têm caráter retributivo, pois não são espécies do gênero sanção, representando, em verdade, uma resposta do Estado com a finalidade de contribuir para a formação de pessoas com valores sociais expressos em normas que, por sua vez, foram desobedecidas.

O que se disse encontra arrimo no próprio texto do ECA, especificamente em uma norma de hermenêutica contida no artigo 6º, que reza:

> *"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***".

II - OS DESTINATÁRIOS DO ECA

A Lei 8069/90, consoante o seu art. 1º, busca a proteção integral da criança e do adolescente, considerando criança a pessoa até 12 (doze) anos incompletos e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade (art. 2º).

De outro lado, o parágrafo único do art. 2º faz ressalva à aplicação da Lei 8069/90, excepcionalmente, às pessoas entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos de idade, nos casos expressamente previstos em lei.

Neste sentido, fazemos menção ao art. 104, parágrafo único c/c o art. 121, § 5º, ambos da Lei 8069/90 que, interpretados, significam que o adolescente, ao praticar ato infracional, está sujeito às medidas do ECA até os 21 anos de idade, uma vez demonstrada a necessidade da medida, considerando sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração (art. 112, §1º).

Suponhamos o seguinte exemplo: Caio, com 17 (dezessete) anos de idade, à beira de completar 18 (dezoito) anos, ingressa numa residência e, mediante violência, constrange Flávia, com 12 (doze) anos de idade, à conjunção carnal, e, após o coito, estrangula a vítima, que vem a falecer por asfixia, e, ainda, oculta o cadáver no poço de sua residência. Oferecida a representação, após todo o trâmite processual, ainda que Caio já tenha completado 18 (dezoito) anos, o juiz poderá aplicar a medida de internação, observadas as restrições estabelecidas nos arts. 121 e segs.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, ocasião em que foi elaborada a Lei 8069/90, tal questão não despertava maiores controvérsias, mesmo porque o legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente foi sábio ao instituir a possibilidade de se aplicar os seus dispositivos às pessoas maiores de 18 (dezoito) e menores de 21 (vinte e um) anos, pois, do contrário, certas regras seriam ineficazes, valendo relembrar que a ineficácia não seria do ponto de vista retributivo, mas sim sócio-educativo.

III - O novo Código Civil

Dentre tantas inovações trazidas pelo novo Diploma, desperta-nos indagações a norma insculpida no art. 5º, que possui a seguinte redação:

> *"A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil".*

Assim, diante do exemplo de Caio que, próximo de completar 18 (dezoito) anos, estuprou Flávia, provocou-lhe a morte por asfixia e, em seguida, ocultou o seu cadáver e, na ocasião do julgamento (ou ainda antes de se iniciar o processo) já contava com 18 (dezoito) anos completos, seria possível aplicar as medidas do ECA?

Em outras palavras, o art. 2º, parágrafo único do ECA foi revogado? E o art. 121, § 5º, do mesmo Estatuto, deve ser reinterpretado, lendo-se "dezoito anos de idade" onde se lê "vinte e um anos de idade"?

São essas as questões que nos levaram a desenvolver o presente trabalho, buscando apresentar soluções que não têm a pretensão de encerrar a discussão

sobre o tema, mas sim analisá-lo sob a ótica jurídica e apontar uma possível tese.

IV - O ARTIGO 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ECA

Sem dúvida nenhuma, há aqueles que simplesmente invocam a aplicação, *in casu*, do disposto no art. 2º, §2º da Lei de Introdução do Código Civil, no sentido de que a Lei Geral não tem o condão de revogar Lei Especial.

Nesta ordem de idéias, se, simplesmente, considerarmos como premissa maior o princípio mencionado e, como premissa menor, o fato de que o ECA apresenta norma especial, a conclusão seria, inexoravelmente, de que o Novo Código Civil não poderia revogar o ECA, uma vez que aquele possui, no seu bojo, normas gerais.

No entanto, o silogismo que, há tempos, foi considerado como verdadeira regra de aplicação das normas, bem como sua interpretação, não é aceito, hodiernamente, sem ressalvas, pois, como bem leciona o professor MIGUEL REALE:

> *"(...) a aplicação do Direito não se reduz a uma questão de lógica formal. É antes uma questão complexa, na qual fatores lógicos, axiológicos e fáticos se correlacionam, segundo exigências de uma unidade dialética, desenvolvida ao nível da experiência, à luz dos fatos e de sua prova"*. (REALE, Miguel - *Lições Preliminares de Direito*, Ed. Saraiva, 21ª ed., 1994, pp. 297/298).

Desta forma, embora a regra do art. 2º, § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil seja válida, vislumbra-se a possibilidade de haver norma especial incompatível com a norma geral, o que levará, portanto, à revogação da primeira, caso a norma geral lhe seja posterior.

Assim, observemos o art. 36, *caput*, da Lei 8069/90, que possui a seguinte redação:

> *"A tutela será deferida, nos termos da lei civil, à pessoa de até vinte e um anos incompletos"*.

Ora, considerando que o instituto da tutela tem por finalidade atribuir a alguém a representação legal de outrem que não possui a plena capacidade civil, nos casos de perda ou suspensão do pátrio poder, é forçoso reconhecer que o limite de idade estabelecido no art. 36 do ECA está diretamente atrelado à incapacidade civil.

Verificada tal situação, uma vez se alterando a idade para adquirir a capacidade de fato ou de exercício, como ocorre no Novo Código Civil, o art. 36 do ECA deve ser reinterpretado, pois não há que se falar em tutela para aquele que não depende de quem quer que seja para praticar os atos da vida civil.

Nesta linha de raciocínio, o art. 36 do ECA deverá ser lido da seguinte forma:

> *"A tutela será deferida, nos termos da lei civil, à pessoa de até* ***dezoito*** *anos incompletos".*

Outra não pode ser a interpretação do art. 36 do ECA, pois, outrossim, os arts. 1728 e 1763, I do Novo Código Civil estabelecem que, doravante, a tutela é destinada aos "menores", entendendo-se, como tal, consoante o art. 5º do Novo Digesto, aqueles que ainda não alcançaram a idade de 18 (dezoito) anos.

Trata-se, portanto, de hipótese em que a Lei Geral altera o sentido de uma norma especial, provocando verdadeira derrogação de seu texto.

Obviamente, o que foi explanado se aplica também a outros dispositivos que estão diretamente ligados à incapacidade civil.

Assim, quanto à vigência do art. 2º, parágrafo único, do ECA, deixamos gravada a nossa tese de que somente não será aplicado quando a idade limite de vinte e um anos estiver atrelada inexoravelmente à maioridade civil, pois, quando isto ocorrer, não será possível a aplicação do Estatuto, por estar o destinatário da norma em pleno exercício de seus direitos e obrigações civis.

Vale, apenas, esclarecer que esta primeira conclusão trará repercussão no que será apresentado adiante.

Permitimo-nos, ademais, criticar a redação do *caput* do art. 5º do Novo Código Civil quando afirma: "a menoridade cessa...", pois seria mais adequado dizer: "A incapacidade, originada pela idade, cessa...", ou redação equivalente, uma vez que o Instituto da qual se trata é a incapacidade, e não a menoridade.

V - Oart. 121, § 5º do ECA

Em consonância com o que se disse anteriormente, devemos verificar se a possibilidade de aplicação de medida sócio-educativa ao maior de 18 (dezoito) e menor de 21 (vinte e um) anos de idade, como permite o art. 121, § 5º do ECA, permanece em vigor diante do Novo Código Civil, o que, em última análise, significa inquirir se o limite de 21 (vinte e um) anos está, ou não, diretamente atrelado à incapacidade civil.

Não faltará profissional do Direito que alegue a imediata conexão do limite de idade estabelecido no art. 121, § 5º com a incapacidade prevista no Código Civil de 1916 e, outrossim, até acreditamos que esta tenha sido a intenção do legislador. No entanto, ao interpretar a Lei, deve-se ter em mente não a *mens legislatoris* (vontade do legislador), mas substancialmente a *mens legis* (vontade da lei).

Também não convence o argumento de que tais vontades se confundem, pois, no dizer de Miguel Reale *"(...) uma norma legal, uma vez emanada, desprende-se da pessoa do legislador, como a criança se livra do ventre materno (...)* (Reale, Miguel - *Lições Preliminares de Direito*, Ed. Saraiva, 21ª ed., 1994, p. 279).

O que se busca demonstrar é que a prática do ato infracional e as suas conseqüências não têm nada que ver com a questão da capacidade civil, senão vejamos.

O ato infracional somente ocorre quando o sujeito ativo de uma conduta descrita como crime ou contravenção for menor de 18 (dezoito) anos, pois aqueles que ultrapassarem essa idade serão sujeitos ativos de crime. Portanto, o limite de idade estabelecido nos 18 (dezoito) anos leva em consideração o instituto da inimputabilidade, que não se confunde com incapacidade.

Ademais, é possível que uma determinada pessoa plenamente capaz, no exercício da capacidade de fato, seja autora de um ato infracional. Assim, Maria, com 17 (dezessete) anos de idade, casada, mata seu esposo com golpes de faca. Ora, o casamento, mesmo no sistema do Código Civil de 1916, é causa de cessação da incapacidade, mas nem por isso seria fato que excluiria a aplicação do ECA, pois se a capacidade fosse razão para afastar a ocorrência de ato infracional, Maria não poderia sofrer qualquer medida estatal, pois também não cometeu, tecnicamente, crime, pelo fato de ser inimputável.

Admitir tal hipótese implica em permitir que o casamento ou qualquer outra causa de cessação da incapacidade posterior ao ato infracional excluísse a possibilidade de resposta do Estado.

Ora, se o limite de idade (vinte e um anos) previsto no art. 121, § 5º do ECA não apresenta conexão com a maioridade civil, qual seria sua razão de ser?

A lei busca, na verdade, evitar a própria omissão do Estado na recuperação de uma pessoa que praticou ato infracional, enquanto adolescente, para que seja inserido novamente na sociedade após receber a aplicação de uma medida sócio-educativa, pois o ECA, em regra, como aponta o art. 1º e art. 2º, *caput*, destina-se às pessoas menores de 18 (dezoito) anos, porém excluir o art. 121, § 5º significaria permitir ao adolescente que completará 18 (dezoito) anos, por exemplo, em 2 (dois) dias, a ausência de intervenção estatal eficaz, que terá, como único objetivo, a sua própria proteção.

Outrossim, a idade máxima prevista no art. 121, § 5º do ECA poderia ser de 19 (dezenove) anos, ou até mesmo 22 (vinte e dois) anos de idade, tendo o legislador, por outro lado, estabelecido o limite em 21 (vinte e um) anos por questão de mera política legislativa, já que aos 21 (vinte e um) anos, na técnica do Código Civil de 1916, a pessoa passaria a gozar plenamente de sua capacidade civil, ressalvando, no entanto, que não havia qualquer "obrigação" em se adotar tal critério.

O que realmente importa, no que toca ao ato infracional, é o disposto no art. 104, parágrafo único, que reza:

> *"Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato".*

O conteúdo deste dispositivo é de grande riqueza, pois dá valor, tão somente, à idade do adolescente na data do fato, sendo indiferente se, durante o cumprimento da medida, o adolescente completa 18 (dezoito) anos, podendo estar sujeito ao seu cumprimento até os 21 (vinte e um) anos, independentemente de ser ou não capaz.

Analogicamente considerando, aquele que comete crime de furto qualificado pelo repouso noturno (art. 155, § 1° do CP), não se vê livre da qualificadora simplesmente por já ter o dia amanhecido. O mesmo se diga em relação àquele que completou 18 (dezoito), se o fato por ele praticado foi anterior àquela idade.

Assim, afirmar que o agente do furto qualificado pelo repouso noturno não sofre a incidência da qualificadora após o romper do dia tem o mesmo impacto quando se afirma que o agente do ato infracional não poderá receber a resposta estatal por já ter completado 18 (dezoito) anos e, principalmente, quando se pretende atrelar tal idade à capacidade civil.

VI - Conclusão

O que se buscou esclarecer é que o art. 2°, parágrafo único, da Lei 8069/90 (ECA), somente terá aplicação quando a idade de 21 (vinte e um) anos não estiver atrelada diretamente à maioridade civil, pois, do contrário, a cessação da incapacidade aos 18 (dezoito) anos, conforme estabelecido no Novo Código Civil, implicará em re-interpretação de diversos dispositivos do ECA.

De outro lado, permanece a possibilidade de se aplicar medida sócio-educativa ao adolescente que praticou ato infracional, ainda que tenha, posteriormente, completado 18 (dezoito) anos, estando sujeito às disposições do ECA até completar 21 (vinte e um) anos de idade, pois tal limite não apresenta correlação direta e imediata com a capacidade civil, sendo apenas um parâmetro utilizado pelo legislador para submeter à apreciação do Juiz da Vara da Infância e da Juventude o ato infracional, independentemente de ter o agente alcançado a capacidade de fato referida na legislação cível.

Rio de Janeiro, 03 de Janeiro de 2003.

(*) Horácio Afonso de Figueiredo da Fonseca é Promotor de Justiça Substituto no Estado do Rio de Janeiro.

O Ministério Público e a pessoa portadora de deficiência

HUGO NIGRO MAZZILLI (*)

SUMÁRIO:

1. Introdução;
2. O princípio da igualdade;
3. O Código Civil de 2002 e a pessoa portadora de deficiência;
4. O Ministério Público e a pessoa portadora de deficiência;
5. Conclusão.

1. Introdução

Desde a raiz dos tempos, faz parte da condição do ser humano conviver com limitações próprias ou alheias, tanto na área sensorial, motora, intelectual, funcional, orgânica, comportamental ou de personalidade.

Na verdade, constituem contingente muito expressivo da sociedade as pessoas que ostentam alguma forma de limitação, seja congênita ou adquirida.[1] Segundo dados da Organização Mundial da Saúde - OMS, estima-se que, só no campo da deficiência física, estejam atingidos mais de meio bilhão de pessoas em todo o mundo. Além dos problemas congênitos, as guerras, a subnutrição, o subdesenvolvimento social e econômico, os acidentes ecológicos, pessoais, de trânsito ou do trabalho, a criminalidade violenta, o uso indevido de drogas e a falta de uma política pré-natal ou sanitária adequada — tudo isso contribui para o surgimento de diversas limitações para o ser humano. Essas limitações, infelizmente, acabam tornando-se verdadeiras *condições marginalizantes* dos indivíduos, afastando-os de uma vida pessoal e social na sua plenitude.

Esse afastamento dá-se basicamente ora em decorrência da própria impossibilidade material do exercício de certas atividades, ora — e aqui está o

[1] Estudos promovidos pela Organização das Nações Unidas - ONU apontam que pelo menos 10% da população mundial sofrem de alguma forma de acentuada deficiência. Nesse sentido, cf. OTTO MARQUES DA SILVA, *A epopéia ignorada - a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje*, ed. Sociedade Beneficente São Camilo, S. Paulo, 1987, p. 19.

mais grave e menos compreensível – em decorrência de inadmissíveis preconceitos de toda a espécie que a sociedade ostenta em detrimento de alguns de seus membros.

Enquanto é compreensível que, no estágio atual de nossa ciência, por exemplo, uma pessoa surda não consiga desfrutar de uma música, ao mesmo tempo é incompreensível, é inaceitável, é criminoso mesmo que uma pessoa portadora de uma deficiência qualquer seja impedida do acesso a cargos e empregos ou impedida da fruição de bens da vida que em nada dependam de sua limitação. E isso porque – ainda que portadora de deficiência de qualquer natureza – a pessoa jamais tem diminuída, em proporção mínima que seja, sua dignidade de ser humano. Para esse fim, a pessoa, ainda que porte limitação acentuada, é sempre uma pessoa inteira, é sempre uma pessoa digna, é sempre uma pessoa merecedora de todo o respeito, amor e dignidade como qualquer outro ser humano.

A Humanidade sempre conviveu com a existência de pessoas com limitações de toda a natureza, nem sempre as tratando de forma adequada. De qualquer maneira, porém, é bem sabido que não vem de hoje a preocupação da sociedade para com as pessoas que ostentem alguma forma de deficiência. Mas, sem dúvida, não deixa de ser relativamente recente a melhor conscientização social e jurídica do problema.

A primeira vez que a comunidade internacional deu atenção mais direta ou mais intensa para o problema foi quando a Organização das Nações Unidas - ONU se voltou para a reabilitação de pessoas que a guerra tornara deficientes – não só os militares como também as vítimas civis – fenômeno este que se acentuou especialmente depois da II Grande Guerra Mundial (1939-1945). Mas é evidente que o campo das deficiências mentais, sensoriais, orgânicas, comportamentais e sociais é muito maior, extremamente mais amplo e mais complexo do que o das pessoas mutiladas pelas guerras. Com efeito, as deficiências podem decorrer de vários fatores, como vimos, inclusive ter origem em doenças, ou mesmo resultar do simples advento de idade avançada e de outras tantas causas, naturais ou não...

Assim foi que, em 1971, a Assembléia Geral da ONU aprovou, em resolução, a Declaração dos Direitos das Pessoas com Retardo Mental. Em 9 de dezembro de 1975, aprovou ainda a Res. XXX/3.447, consistente na Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes.

A seguir, 1981 foi declarado *O Ano Internacional das Pessoas Deficientes*, o que permitiu acentuar a preocupação mundial com a questão.

No Brasil, a Constituição de 1988 não destoou da evolução que já se vinha operando no mundo todo a esse respeito, de forma que nossa Lei Maior dedicou diversos de seus dispositivos à proteção das pessoas portadoras de deficiência. Foi seguida pela Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, que, entre outros pontos, disciplinou o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social,

bem como instituiu a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas. [2]

Ora, segundo a já citada Resolução XXX/3.447, consistente na Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, passou-se corretamente a admitir uma conceituação de deficiência de forma bastante abrangente, pois:

> "o termo *pessoas deficientes* refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar a si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais".

Já anotamos serem inúmeras as *condições marginalizantes*, como, entre outros, os desvios intelectuais, motores, sensoriais, funcionais, orgânicos, de personalidade, sociais; também são condições que marginalizam aquelas que podem chegar para todos, como as limitações decorrentes da idade avançada. São marginalizadas pessoas em razão do sexo, da raça, da religião, de opções sexuais e, ainda, em função de inúmeros outros preconceitos. Em razão disso, tornam-se objeto de preocupação social e jurídica, portanto, não só as pessoas portadoras de deficiência física ou mental, propriamente consideradas, mas até mesmo as pessoas que são socialmente marginalizadas e passam a sofrer qualquer forma de restrição ou de discriminação (quer em virtude da avançada condição etária, quer por força da estatura ou em decorrência até da própria aparência física, ou qualquer outro motivo subalterno).

2. O princípio da igualdade

Como bem acentuou ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA, "faz-se mister esclarecer o conceito de igualdade, para que sua aplicação possa cada vez se tornar mais efetiva, impedindo-se não só as distorções como as falsas reivindicações em nome do referido princípio". [3]

Ora, no que diz respeito às pessoas portadoras de deficiência de qualquer natureza, o objetivo da lei é semelhante, quando procura compensar aquele que suporta um tipo de limitação física ou psíquica, ou de qualquer outra natureza, ao conferir-lhe maior proteção jurídica.

Assim, como exemplo, o verdadeiro princípio de isonomia consistiria em conceder mais tempo, num concurso, ao candidato que tenha problema motor, justamente para igualá-lo aos demais candidatos no que diz respeito à

---

[2] Para uma análise da legislação brasileira subseqüente, bem como para o estudo da defesa dos interesses transindividuais da pessoa portadora de deficiência, *v.* nosso livro *A defesa dos interesses difusos em juízo*, Cap. 41, 16ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2003.

[3] *Do princípio da igualdade jurídica*, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1973, p. 268.

oportunidade de acesso ao cargo cujo preenchimento dependesse dos conhecimentos e não da velocidade de execução da prova escrita. Ao revés, antes da Constituição de 1988, de constitucionalidade duvidosa, para dizer o mínimo, nos pareceram dispositivos legais que, ainda que sob nobre inspiração, procuravam proteger pessoas portadoras de deficiência em áreas onde a sua deficiência necessariamente poderia não inspirar cuidados. Como exemplo, que, entretanto, é agora expressamente permitido pela Constituição Federal, teríamos a isenção de preços de transportes coletivos a idosos, quando a deficiência destes pode não ser econômica. Mais sentido, evidentemente, teria a isenção de preço aos economicamente necessitados: nisto sim consistiria a correta aplicação do verdadeiro princípio da igualdade. Entretanto, a própria Constituição de 1988 resolveu conceder gratuidade às pessoas de mais de sessenta e cinco anos dos transportes coletivos urbanos, sejam ou não necessitadas economicamente (art. 230, § 2º)...

O certo, porém, é verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador escolhido, conferir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. [4]

É preciso, pois, compreender que o verdadeiro sentido da isonomia, constitucionalmente assegurada, é tratar diferentemente os desiguais, na medida em que se busque compensar juridicamente a desigualdade, igualando-os em oportunidades.

Para melhor compreender como funciona o mecanismo de compensação jurídica que a lei estabelece em favor do mais fraco, tomemos alguns exemplos. A lei processual confere especial proteção a algumas pessoas, como ao incapaz e ao ausente. Por que o faz? Segundo COUTURE, para assegurar a igualdade constitucionalmente prevista, existe o curador especial, que busca um equilíbrio processual não meramente aritmético, mas fundado na razoável igualdade entre as possibilidades de exercício de ação e defesa. [5] Da mesma forma, para compensar a deficiência fática de que sofrem os incapazes (que, justamente em vista da incapacidade, não podem dispor de seus interesses), e que também suportam os ausentes (que, justamente pela ausência, não podem melhor defender seus próprios interesses), a lei assegura, em seu favor, medidas protetivas visando a suprir essa deficiência fática que os impede de pessoalmente assumir a defesa de seus próprios interesses. Está aí o traço protetivo que cria uma desigualdade jurídica, para compensar uma desigualdade fática.

A necessidade de instituir um sistema de proteção especial ultrapassa, obviamente, os incapazes e ausentes, para alcançar todo tipo de pessoa que sofra de alguma forma acentuada de limitação ou inferioridade, ou seja, deve cobrir não apenas as hipóteses clássicas dos incapazes, indígenas e acidentados

---

[4] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *O controle jurídico do princípio da igualdade*, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1978, p. 28.

[5] EDUARDO JUAN COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1958, p. 185.

do trabalho, mas sim deve alcançar todas as pessoas que ostentem alguma forma grave de deficiência, de qualquer natureza.

3. O Código Civil de 2002 e a pessoa portadora de deficiência

O Código Civil de 2002 acertadamente abandonou alguns conceitos arcaicos e nada técnicos que vinham da legislação anterior, a qual se referia à incapacidade absoluta dos "loucos de todo o gênero", além dos "surdo-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade" (art. 5º, II e III, do Código Civil de 1916). Agora, no pertinente, o novo Código Civil fala apenas na incapacidade absoluta para exercer pessoalmente os atos da vida civil em relação aos que, "por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos", e aos que, "mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade" (art. 3º, II e III, do Código Civil de 2002); por outro lado, o novo Código considera existir incapacidade relativa em relação a certos atos, ou à maneira de os exercer, entre outros, quanto aos que, "por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido", bem como quanto aos "excepcionais, sem desenvolvimento mental completo" (art. 4º, II e III, do Código Civil de 2002).

Afora essas singelas alterações, a nova legislação codificada muito pouco avançou na área da proteção à pessoa portadora de deficiência.

O art. 1.747 do novo Código também atualizou aquela terminologia que vinha do Direito anterior (o art. 446 do Código Civil de 1916 falava em submissão à curatela dos "loucos de todo o gênero" e dos "surdos-mudos, sem educação que os habilite a enunciar precisamente a sua vontade"). Agora, a nova lei civil fala em estarem sujeitos à curatela, entre outros, **a)** aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; **b)** aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; **c)** os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; **d)** os excepcionais sem completo desenvolvimento mental.

Admitiu o novo estatuto civil a imposição de curatela em relação àqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil (art. 1.767, I), bem como em relação aos deficientes mentais, aos ébrios habituais e aos viciados em tóxicos (art. 1.767, II), e, ainda, em relação às pessoas excepcionais, sem completo desenvolvimento mental (art. 1.767, III).

A interdição poderá ser promovida pelos pais ou tutores, pelo cônjuge ou qualquer parente, ou, nos casos da lei, pelo Ministério Público (arts. 1.768-9). A nova lei civil admitiu, agora em regra que não encontra correspondência no Código anterior, que o próprio enfermo ou o próprio portador de deficiência física também requeira diretamente a nomeação de curador para cuidar de todos ou apenas de alguns de seus negócios ou bens (art. 1.780).

Os limites da curatela serão, naturalmente, fixados caso a caso (art. 1.772). O Código Civil anterior só previa por expresso que o juiz fixasse os limites da

curatela na interdição do surdo-mudo e do pródigo (arts. 451 e 459). Agora, de maneira mais correta e ampla, o art. 1.772 do novo Código dispõe que, pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767 (pessoas que, por causa duradoura, não puderem exprimir sua vontade, os deficientes mentais, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os excepcionais sem completo desenvolvimento mental), o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782 (interdição do pródigo). Confortando essa regra, o art. 1.780 admite que, a requerimento do interessado, pode-se-lhe dar curador para cuidar de todos *ou alguns* de seus negócios ou bens.

Por fim, o Código Civil de 2002 ainda se refere à pessoa portadora de deficiência, ao cuidar da deserdação, em duas hipóteses: **a)** na deserdação de descendente por ascendente, admite-se como causa o "desamparo do ascendente em *alienação mental* ou grave enfermidade" (art. 1.962, IV); **b)** na deserdação de ascendente por descendente, admite-se como causa o "desamparo do filho ou neto com *deficiência mental* ou grave enfermidade". Note-se que a nova lei quebrou o paralelismo ao definir essas hipóteses de deserdação, falando ora em "alienação mental", ora em "deficiência mental".

Para o sistema do Código Civil vigente, os atos praticados por pessoa absolutamente incapaz serão *nulos*; se praticados por pessoa relativamente incapaz, serão *anuláveis* (arts. 166, I, e 171, I). Entretanto, o próprio incapaz, não obstante sua condição, responderá pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes (art. 928).

4. O Ministério Público e a pessoa portadora de deficiência

Foi mais especialmente nestas duas últimas décadas que o Ministério Público brasileiro começou a preocupar-se de forma mais especial com a defesa das pessoas portadoras de deficiência. [6]

Mas exatamente *como* e *quando* foi que o Ministério Público brasileiro começou efetivamente a incluir, entre suas funções, a defesa da pessoa portadora de deficiência?

Já muito antes de ingressar nessa nova área de atuação funcional, de há muito o Ministério Público brasileiro exercitava, tradicionalmente, atuação protetiva em favor de certas pessoas atingidas por alguma forma de hipossuficiência: é o que se dava quando já vinha atuando em proteção aos incapazes (art. 82, inc. I, do CPC), aos acidentados do trabalho (art. 82, III, do CPC), aos trabalhadores em geral (art. 17 da Lei n. 5.584, de 26 de julho de 1970), aos indígenas (art. 6º,

[6] Na área do Ministério Público, foi nosso o primeiro artigo sobre a matéria, publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, 13-3-88, p. 55, e em *RT* 629/64.

inc. III, do Código Civil de 1916, e art. 82, I, do CPC), aos favelados (cf. *RT*, 602/81) ou aos consumidores (Leis n. 7.347/85 e 8.078/90).

Entretanto, pelo menos até meados da década de 1980, inexplicavelmente o Ministério Público ainda não tinha voltado sua atenção institucional para a proteção direta às pessoas portadoras de deficiência.

Foi então que, em fins de 1987, no Ministério Público de São Paulo, o Procurador-Geral de Justiça Cláudio Ferraz Alvarenga nos externou — a nós, que éramos seu assessor de Gabinete — sua preocupação com o problema da proteção jurídica das pessoas portadoras de algum tipo de deficiência. Recebemos, então, a honrosa incumbência de estudar se o Ministério Público teria ou não algum papel a desempenhar na área de proteção à pessoa portadora de deficiência, até porque, naquela época, não só o Ministério Público não desenvolvia qualquer atuação nesse campo, como não se tinha certeza se estava vocacionado institucionalmente a fazê-lo.

Nesse trabalho, nosso ponto de partida consistiu em desenvolver uma cuidadosa pesquisa de ordem legislativa. Com a colaboração das então estagiárias do Ministério Público Cláudia Eda, Ana Luísa Lourenço Rodrigues, Elaine do Nascimento e Ana Maria de Augusto Isihi — as duas primeiras hoje Promotoras de Justiça no Estado de São Paulo —, fizemos vários levantamentos de leis relacionadas com a proteção das pessoas portadoras de deficiência, bem como estabelecemos contato com o Conselho Estadual para Assuntos da Pessoa Deficiente, colhendo diversificado material de estudo sobre a matéria. [7]

A seguir, preparamos um parecer jurídico sobre a questão e, invocando a base constitucional do princípio da igualdade, sustentamos que, para compensar a deficiência fática que sofrem algumas pessoas, devem-se assegurar, em seu favor, medidas protetivas, visando a suprir essa deficiência fática que os impede de pessoalmente assumir a defesa ou o exercício de seus próprios interesses ou direitos.

Em nosso parecer pioneiro, de 17 de fevereiro de 1988, que serviu de base para a criação da Coordenação das Curadorias de Proteção aos Deficientes — Coordenação que corresponderia hoje, obedecida a terminologia atual, a um verdadeiro Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência, assim nos manifestamos então:

> "Acredito perfeitamente pertinente que o Ministério Público seja desde já destinado, de forma

[7] Nossos estudos motivaram a instauração de um protocolado no Ministério Público do Estado de São Paulo, que culminou com a criação de uma Coordenadoria especializada na proteção da pessoa portadora de deficiência (Pt. n. 4.773/88-PGJ; Ato n. 3/88-PGJ-SP). A propósito, *v.*, também, nosso artigo "O deficiente e o Ministério Público" , publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, 13-3-88, p. 55, bem como nas revistas *JTACSP* 108:6 (março/abril de 88); *RT* 629:64 (março de 88); *Justitia* 141:55 (1º trimestre de 88).

institucional, também a este importante campo de atividades, zelando pela eficácia de normas constitucionais e ordinárias que já dispõem sobre a matéria referente à proteção às pessoas portadoras de deficiência. Deve-se descortinar, entretanto, um campo amplo, muito mais amplo, porém, do que o atualmente desenvolvido pela instituição. (...)

No campo interventivo, acredito, assim, perfeitamente compatível que o Ministério Público, ampliando seu campo de atuação dentro do próprio ordenamento jurídico ainda em vigor, possa encaminhar-se para a atuação protetiva das pessoas que ostentem qualquer forma de deficiência, seja intelectual, motora, sensorial, funcional, orgânica, de personalidade, social, ou meramente decorrente de fatores outros, como a idade avançada. A tanto o legitima o art. 82, inc. III, do Código de Processo Civil – norma residual ou de extensão da *fattispecie*, que comete ao Ministério Público a intervenção diante do interesse público evidenciado pela qualidade de uma das partes.

No campo da propositura da ação civil pública, além das já tradicionais iniciativas nessa área, como ocorre na interdição (art. 447, III, e 448 do Código Civil de 1916; arts. 1.177, III, e 1.178 do Código de Processo Civil) e noutras medidas de proteção a incapazes (cf. nosso *Manual do Promotor de Justiça*, 1ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1987, p. 202 e seg.), – a recente Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, conferiu ao Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública na defesa de alguns interesses difusos. Ora, dentro da interpretação mais larga que temos preconizado (*v.* nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 1. ed., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1988, p. 26 e s.), é desejável (...) alcançar hipóteses como a de iniciativa de ações visando à defesa dos direitos dos deficientes físicos na aplicação das leis que dispõem sobre lugares especiais em ônibus e trólebus, aquisição de veículos adaptados, acesso ao ensino *etc.*" [8]

Para viabilizar todas essas propostas de atuação funcional, naquele parecer pioneiro, propusemos, então, dentro do âmbito do Ministério Público do Estado

[8] Protocolado n. 4.773/88-PGJ, parecer de 17-2-88.

de São Paulo, a criação de uma Coordenadoria das Promotorias de Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência, bem como, agora para preservar o *princípio do promotor natural* — princípio este que sempre defendemos, pois estamos dentre seus precursores — [9] propusemos ainda a criação de uma Promotoria de Justiça especializada na Proteção à Pessoa Portadora de Deficiência.

Nossas propostas, de fevereiro de 1988, desencadearam, então, no Ministério Público paulista, os primeiros passos em direção à atuação ministerial em defesa da pessoa portadora de deficiência.

Essa atuação do Ministério Público em defesa da pessoa portadora de deficiência veio a ser reforçada com a importância que à matéria deu o legislador constituinte de 1988. [10] Com efeito, a Constituição de outubro de 1988 trouxe normas protetivas e garantias de sua integração, como no tocante à acessibilidade a edifícios e transportes. E a Lei n. 7.853/89 disciplinou a proteção e integração social da pessoa portadora de deficiência, e, pela primeira vez, a lei aludiu expressamente à atuação do Ministério Público nessa área, especialmente à vista do caráter transindividual da defesa dos direitos e interesses ligados à proteção dessas pessoas. [11]

Lembro-me dos primeiros casos concretos que chegaram à Procuradoria-Geral de Justiça, que diziam respeito à defesa efetiva de interesses ligados à proteção de pessoas portadoras de deficiência. Esses primeiros casos surgiram antes mesmo do advento da Constituição de 1988 e da Lei n. 7.853/89. No primeiro desses casos, e em alguns outros subseqüentes, fomos nós que, na qualidade de assessor do Procurador-Geral de Justiça da época, preparamos a fundamentação jurídica que foi lançada aos autos, e por força da qual o Ministério Público paulista passou a sustentar junto ao Tribunal de Justiça local o cabimento dessa atuação intuitiva da instituição ministerial.

Interessa, então, referir os casos pioneiros, quando, antes da Lei n. 7.853/89, o Ministério Público já começou a tomar a iniciativa de intervir em processos cíveis, em prol da defesa de interesses transindividuais de pessoas portadoras de deficiência.

Corria ação sumaríssima na Capital paulista, movida por algumas pessoas portadoras de deficiência física, contra a Companhia do Metropolitano de São Paulo, cujo objeto era a construção de acessos especiais e a eliminação de barreiras arquitetônicas. Tendo sido obstada sua atuação no feito pelo juiz de Direito da Vara, o membro do Ministério Público ali oficiante impetrou mandado de segurança junto ao Tribunal de Justiça, tendo sido a ordem concedida. Depois de apresentado o parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Tribunal entendeu, corretamente, que, quando pessoas portadoras de deficiência se põem

---

[9] Sobre o princípio do promotor natural, *v.* nosso *Regime jurídico do Ministério Público*, 5ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2001, p. 157.

[10] *V.g.*, arts. 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 203, IV, 203, V, 208, III, 227, § 1º, II, 227, § 2º.

[11] A propósito da defesa dos interesses transindividuais das pessoas portadoras de deficiência, *v.* nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 16ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2003.

a litigar sobre matéria que diga respeito com a deficiência, e, mais ainda, que aproveite a toda a uma categoria de pessoas, o interesse público justifica a intervenção do Ministério Público. [12]

Noutro caso, também ainda anterior à Lei n. 7.853/89, bem se conseguiu alcançar a medida da distinção que vimos defendendo. Após parecer favorável da Procuradoria-Geral de Justiça, o mesmo tribunal paulista reconheceu nòvamente o cabimento da intervenção do Ministério Público em mandado de segurança impetrado individualmente por pessoa portadora de deficiência, mas cujo objeto também visava a discutir o acesso de pessoas portadoras de deficiência física às instalações do metrô de São Paulo. Afiançou o acórdão, com grande acerto e sensibilidade, que:

> "No caso dos deficientes físicos, parece-nos que a só qualidade da parte não é suficiente para ensejar, sempre e sempre, a intervenção ministerial. Com efeito, a título de exemplo, um deficiente físico, que esteja propondo uma demanda patrimonial (a cobrança de uma cambial, *v.g.*), não necessita, em tese, de qualquer intervenção protetiva ministerial. Contudo, quando tal deficiente se põe a litigar sobre matéria que diz respeito com sua própria deficiência, e, mais ainda, que interessa a toda a categoria dos deficientes — como, no caso dos autos, a eliminação das barreiras arquitetônicas para seu acesso ao transporte público — é inegável, na hipótese concreta, que o interesse público evidenciado pela qualidade da parte se soma ao interesse público despertado pela natureza da lide, a ensejar a intervenção ministerial. No zelo do princípio da igualdade, permitirá atuação evidentemente protetiva a essas pessoas que ostentam grave forma de hipossuficiência. Afinal, a proteção das formas acentuadas de hipossuficiência interessa a toda a coletividade. À sociedade convém intensamente que menores, incapazes, acidentados e deficientes físicos sejam defendidos, mesmo porque todos nós poderemos um dia encontrar-nos nessas situações".[13]

Com a superveniente edição da Lei n. 7.853/89, conjuntamente com outros legitimados ativos, o Ministério Público passou a ser expressamente incumbido

[12] Cf. MS n. 130.937-2/7 — TJSP, ref. ao proc. cível n. 835/87, da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda do Estado (foro central).

[13] MS n. 107.639-1-São Paulo, 7ª Câm. Cív. do TJSP, v. u., j. 17.8.88, Rel. Des. Rebouças de Carvalho.

da defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos das pessoas portadoras de deficiência. Passaram a aplicar-se à matéria, portanto, os mesmos princípios referentes à instauração do inquérito civil, seu arquivamento, propositura e julgamento das ações civis públicas e ações coletivas. [14] Isso em muito facilitou a atuação do Ministério Público, evitando sobreviessem decisões judiciais como aquelas que, antes do advento dessa lei, equivocadamente pretendiam negar a existência de interesse público na atuação do Ministério Público em defesa dos interesses globais das pessoas portadoras de deficiência.

Depois dessas ações pioneiras, e em vista da nova instrumentação jurídica que adveio para a matéria, passou a ser mais intensa e até costumeira, nas lides forenses, a atuação do Ministério Público em defesa dos interesses transindividuais ligados à proteção das pessoas portadoras de deficiência, inclusive na fiscalização dos estabelecimentos que abrigam pessoas nessa condição. [15]

Assim visto, em rápida síntese, como nasceu e como evoluiu a atuação do Ministério Público na área de proteção da pessoa portadora de deficiência, resta agora indagar: o que, de concreto, pode hoje o Ministério Público fazer em defesa da pessoa portadora de deficiência?

Em primeiro lugar, pode e deve cumprir, dentro da própria instituição ministerial, as normas legais protetivas, ou seja: deve dar o bom exemplo, e não discriminar em seus concursos públicos as pessoas portadoras de deficiência; deve assegurar-lhes a reserva de vagas que vem prevista na Constituição e nas leis; deve, ainda, assegurar-lhes as condições de acessibilidade física aos próprios da instituição; deve, enfim, instituir os Centros de Apoio Operacional e criar as Promotorias ou Procuradorias especializadas nessa importante área de atuação funcional, para melhor desempenho de seus misteres legais e observar o princípio do promotor natural.

No que diz respeito ao ingresso à carreira dos servidores do Ministério Público ou dos seus próprios agentes, os editais de concurso devem consignar a reserva de cargos; no requerimento de inscrição, os candidatos devem indicar a natureza e o grau da incapacidade, bem como as condições especiais necessárias para que participem das provas. Eles concorrerão em igualdade de condições com os demais, no que diga respeito ao conteúdo e à avaliação das provas. Após o julgamento das provas, haverá duas listas: a geral, com a relação de todos os candidatos aprovados, e a especial, com a relação dos portadores de deficiência aprovados. Em outras palavras, a reserva de percentual não afasta a necessidade de aprovação no concurso [16], devendo ser compatíveis com a deficiência as atribuições a serem desempenhadas. [17]

---

[14] Cf. arts. 3º da Lei n. 7.853/89, 81 e 82 da Lei n. 8.078/90, e 21 da Lei n. 7.347/85.
[15] Lei n. 8.625/93, art. 25, VI.
[16] ROMS n. 10.481-DF, STJ; ARMI n. 153-DF, STF.
[17] ROMS n. 2.480-DF, STJ.

Mas ainda há indevidas resistências. Um acórdão do Supremo Tribunal Federal afirmou inexistir discriminação quando se eliminou do concurso um candidato com cegueira bilateral, porque isso geraria impossibilidade de desempenho pleno da função de juiz federal. [18] O acórdão por certo não seria proferido se os juízes tivessem considerado que é muito diferente a situação de quem conseguiu tornar-se habilitado para exercer os ofícios do Direito já quando portador da deficiência, e a daquele que, tendo visão normal, supervenientemente, se torne cego bilateral. Enquanto este último será aposentado por invalidez, já o primeiro fez seu curso jurídico iluminado apenas pela luz interna de sua força e sua vontade, que, não raro, é a bastante para ver muito além dos limites estreitos de quem não lhe reconhece aptidão para levar vida operosa e produtiva na sociedade.

De nossa parte, conhecemos Promotor de Justiça que, por falta dos membros superiores, longe de inválido, exerce com zelo as atribuições de seu cargo; conhecemos ainda Procurador do Trabalho com cegueira bilateral, que, apesar de discriminado em anterior concurso de ingresso à Magistratura, não só ingressou no Ministério Público sem dever favor algum aos demais candidatos, como ainda, mercê de sua maturidade e cultura jurídica invulgares, tornou-se líder entre seus próprios colegas de visão completa...

Como ele exerce suas funções se não enxerga? Da mesma maneira que um juiz, que tem visão bilateral, mas, para ler e entender algo em língua estrangeira, deve valer-se de um intérprete ou tradutor – ou seja, um intermediário ou um ledor, compromissado e autorizado a tanto.

Além, pois, do importante papel de, dentro de sua própria casa, o Ministério Público combater a discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, ainda lhe resta a tarefa, não menos árdua, de lutar contra todas as formas de discriminação que a sociedade em geral impõe às pessoas portadoras de necessidades especiais.

Em matéria cível, na esfera extrajudicial, o Ministério Público dispõe de vários instrumentos de atuação funcional.

Em primeiro lugar, pode instaurar e presidir *inquérito civil* para investigar lesões relacionadas com a proteção das pessoas portadoras de deficiência, para, a seguir, tomar as eventuais providências judiciais cabíveis. [19]

Outrossim, agora da mesma maneira como ocorre com os demais órgãos públicos legitimados, pode o Ministério Público tomar *compromissos de ajustamento de conduta*, para que os causadores de danos a interesses das pessoas portadoras de deficiência possam adequar sua conduta às exigências da lei, sob pena de cominações, tendo esses compromissos a eficácia de título executivo extrajudicial. [20]

---

[18] RE 100.001-DF, j. 29/3/84, STF.

[19] Sobre a matéria, *v.* nosso livro *O inquérito civil – investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*, São Paulo, 2ª ed., Saraiva, 2000.

[20] Lei n. 7.347/85, art. 5º, § 6º, com a redação que lhe deu o art. 113 da Lei n. 8.078/90.

Por fim, ainda no campo extrajudicial, deve o Ministério Público zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os princípios constitucionais de proteção às pessoas portadoras de deficiência, como o acesso a edifícios públicos ou o preenchimento de empregos públicos (Constituição, art. 129, II; Lei n. 8.625/93, art. 27, IV; LC n. 75/93, art. 6º, XX). No exercício dessa atividade de *ombudsman*, pode a instituição, entre outras providências, realizar audiências públicas e expedir recomendações a respeito.[21] Caso as recomendações não sejam atendidas, poderá valer-se da ação civil pública.

Na área criminal, cabe ao Ministério Público requisitar inquérito policial ou exercitar a ação penal pública, nos casos de eventuais crimes cometidos contra as pessoas portadoras de deficiência (como, por exemplo: **a)** recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta; **b)** obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência; **c)** negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho; **d)** recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, a pessoa portadora de deficiência; **e)** deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida em ação civil pública; **f)** recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública, quando requisitados pelo Ministério Público). [22]

Na esfera judicial, agora em matéria cível, afora seu papel de *órgão agente* (legitimado ativamente a propor as ações que versem a discussão de interesses transindividuais relacionados com as pessoas portadoras de deficiência), o Ministério Público ainda tem papel *interventivo*, não apenas em *ações que versem interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos* relacionados à proteção das pessoas portadoras de deficiência, mas até mesmo em *qualquer ação* em que seja parte uma pessoa portadora de deficiência física ou mental, posto não se trate de incapaz para os fins dos arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002, obedecida, porém, uma limitação: *desde que o objeto dessa ação esteja relacionado com a deficiência da pessoa.* [23]

Essa ressalva final, trazida pela própria Lei n. 7.853/89 (art. 5º), é muito importante, porque bem dá a medida da intervenção ministerial. Assim, por exemplo, o Ministério Público *não oficiará* em qualquer ação proposta por pessoa portadora de deficiência ou contra ela, *se não estiver em discussão problema relacionado com a deficiência* .[24] Entretanto, numa ação indenizatória promovida por pessoa portadora de acentuada deficiência e cujo objeto seja a reparação

---

[21] Lei n. 8.625/93, art. 28, parágrafo único, IV.

[22] *V.g.*, art. 8º da Lei n. 7.853/89.

[23] Cf. art. 5º da Lei n. 7.853/89.

[24] Essa ressalva não se aplica em caso de incapacidade. Sendo a parte incapaz, nos termos do Código Civil, *sempre* intervirá no feito o Ministério Público, pouco importa se o objeto da ação está ou não relacionado com a incapacidade (CPC, art. 82, I).

decorrente do acidente que lhe causou a limitação, a intervenção do Ministério Público, na qualidade de assistência *ad coadjuvandum*, será justificável; com mais razão, portanto, estará o Ministério Público presente nas ações civis públicas ou coletivas que versem a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, relacionados com a deficiência das pessoas, pois, neste último caso, estará em questão o direito de todo um grupo de pessoas.

É protetivo o ofício ministerial em todas essas formas de atuação (ações ou intervenções) causadas por um interesse público evidenciado pela qualidade da parte (assistência *ad coadjuvandum*). [25]

Na área civil, cabe, pois, ao Ministério Público instaurar inquérito civil e propor as ações civis públicas pertinentes, em defesa dos interesses transindividuais relacionados à proteção das pessoas portadoras de deficiência.[26] Assim, havendo interesses transindividuais que digam respeito a pessoas portadoras de deficiência (como os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos), o Ministério Público está plenamente autorizado pela Constituição e pelas leis a instaurar *inquérito civil* para investigar a ocorrência de eventuais violações às normas protetivas, apurando os fatos na sua materialidade e autoria, para nele se basear quando da decisão sobre se é caso ou não de propor a competente *ação civil pública*, visando a impedir o dano ou a obter sua reparação.[27]

Em suma, pois, a defesa judicial de interesses difusos e coletivos ligados às pessoas portadoras de deficiência, por parte do Ministério Público, sobre estar hoje prevista nos arts. 3º e 5º da Lei n. 7.853/89, ainda tem suporte no inc. IV do art. 1º da Lei n. 7.347/85 (acrescentado pela Lei n. 8.078/90), e, ainda, embasamento no próprio art. 129, III, da Constituição Federal, que lhe comete a instauração de inquérito civil e a propositura de ação civil pública para a defesa de quaisquer interesses difusos e coletivos, tomados estes em seu sentido mais amplo.

Na esfera da propositura da ação civil pública, entre outras, podem ainda ser ajuizadas pelo Ministério Público medidas judiciais relacionadas à educação, saúde, transportes, edificações, bem como à área ocupacional ou de recursos humanos, ou ainda à área do meio ambiente do trabalho. [28]

Na área da proteção das pessoas portadoras de deficiência, no tocante ao acesso ao mercado de trabalho, há todo um campo a percorrer, justificando-se o ajuizamento de medidas judiciais protetivas, se for o caso.

---

[25] Sobre a atuação protetiva do Ministério Público, em razão da qualidade da parte, *v.* nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo* cit., Capítulo 4, ns. 7 e ss.

[26] Lei n. 7.347/85, art. 1º, IV, com a redação que lhe deu a Lei n. 8.078/90, e Lei n. 7.853/89, art. 3º.

[27] Para um estudo em profundidade da matéria, *v.* nossos *O inquérito civil*, cit. e *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit.

[28] Cf. art. 2º da Lei n. 7.853/89.

Quanto ao acesso ao mercado de trabalho, a Constituição vedou qualquer forma de discriminação nos salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, bem como exigiu lhes fosse reservado percentual dos cargos e empregos públicos (arts. 7º, XXXI, e 37, VIII). O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União assegurou-lhes o percentual de até 20% (Lei 8.112/90, art. 5º, § 2º). No Estado de São Paulo, a Lei Complementar 683/92, em seu art. 1º, impôs o percentual de até 5% para preenchimento de cargos e empregos públicos.

Já na iniciativa privada, coube à Lei n. 8.213/91 – que cuida do sistema da previdência social – assegurar em favor dos beneficiários reabilitados ou das pessoas portadoras de deficiência, desde que habilitadas, de 2 a 5% das vagas para trabalho em empresas com mais de 100 empregados (art. 93). O Decreto n. 3.298/99 estabelece as proporções: **a)** 2%, para empresas de 100 a 200 empregados; **b)** 3%, de 201 a 500; **c)** 4%, de 501 a 1000; **d)** 5%, para as que excedam 1000 (art. 36).

Grandes empresas alegam que, se tiverem que contratar 5% de trabalhadores deficientes, teriam de demitir igual número de não deficientes... Mas o argumento é irreal, pois que, na rotatividade normal dos empregos, basta ir cumprindo a lei gradualmente, que em pouco tempo o problema resta resolvido, sem que se ponha alguém na rua. Outros alegam que não há condições de transporte ou acesso adaptado para recebê-los... Mas o que está tardando são essas adaptações!

De todos, o mais indigno é o argumento de que se deveria criar uma *contribuição de cidadania*, para as empresas que, não querendo manter o percentual, pagassem um valor a um fundo, o que as dispensaria de contratar pessoas portadoras de deficiência... Ou seja, pagariam uma taxa para poder discriminar!

5. Conclusão

Enfim, cabe ao Ministério Público exercer uma atuação firme e decidida para prevalência dessas normas que garantem acesso ao trabalho das pessoas portadoras de deficiência.

É preciso deixar bem claro que não se trata de um ato de caridade que o Estado, o Ministério Público ou as pessoas em geral devem em relação a alguns dos membros da sociedade. Nem a luta em defesa destas pessoas é uma luta apenas destas pessoas. Essa é uma luta de todos nós; é um *dever social*. A pessoa portadora de deficiência – qualquer que seja ela, motora, sensorial, intelectual ou de qualquer outra natureza – essa pessoa é inteira, no que diz respeito à dignidade e direitos.

Vencer todos esses obstáculos — não estamos falando apenas dos obstáculos físicos, que existem e são muitos, mas de todos os obstáculos, inclusive os sociais — vencer todos esses obstáculos é tarefa árdua e consiste num longo caminho a ser percorrido, mas que só será vencido com a força, a coragem e a determinação de todos nós.

(*) Hugo Nigro Mazzilli é Advogado, Consultor Jurídico, Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, membro da Comissão Especial de Direitos e Defesa dos Interesses Jurídicos de Deficientes da Ordem dos Advogados do Brasil - Secção de São Paulo, Procurador de Justiça aposentado no Ministério Público do Estado de São Paulo.

Incidência do IPTU sobre bens da União em posse de entidades não imunes

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (*)

Tratarei, neste estudo, de tema que ainda suscita controvérsia judicial, não se podendo afirmar que tenha o Supremo Tribunal Federal pacificado a inteligência sobre a competência impositiva dos Municípios, no que concerne ao IPTU, quando se cuida de sua incidência em bens da União detidos por terceiros.

Omissa a exegese da Suprema Corte sobre a incidência do IPTU sobre terrenos de marinha – que são bens, com seus acrescidos, pertencentes à União – faz-se, ainda, necessário, que se debruce, o Pretório Excelso, objetivando conformar a exata extensão de sua inteligência, principalmente no que concerne à natureza jurídica, quando tais bens são detidos por terceiros e sobre os quais, sem nenhuma contestação, incide o tributo municipal. Tal argumento contrapor-se-ia ao utilizado nas expressas manifestações do Tribunal Maior, que fundamentaram a exclusão impositiva, sempre que explorados economicamente por terceiros, como no caso da consulta presente [1].

Por outro lado, não se deteve, o Supremo Tribunal do país, a examinar, em toda a sua magnitude, a expressão "posse a qualquer título" constante do artigo 34 do CTN [2].

---

[1] Exemplo típico são os imóveis construídos em terrenos de marinha (bens da União) que são incididos pelo IPTU em todos os Municípios litorâneos do Brasil. Escreve DIÓGENES GASPARINI: "*No que respeita à tributação sobre construções erguidas por foreiros ou ocupantes das marinhas, incide o imposto predial urbano. As construções sobre esses terrenos são dos respectivos foreiros, quase sempre particulares. Sendo assim, sobre elas caem as imposições fiscais, porque não se está tributando bem da União. Também é devido pelo foreiro particular o imposto territorial urbano, pois, tendo a União transferido o domínio útil, não cabe falar em imunidade. Essa só alcança os bens da União enquanto não aforados. É esse entendimento aceito pela doutrina* (cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 28) e pela jurisprudência (cf. *RT*, 136:601; e *RDA*, 60:74 e 5:71), *quando outro era o regime constitucional-tributário. Essas decisões, apesar disso, estão afinadas com o atual regime fiscal. Por fim, diga-se que, nos termos do art. 32 do CTN, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana tem entre outros, como fato gerador, o domínio útil (aforamento) ou a posse (ocupação) de bem imóvel. O art. 34 desse mesmo Código, por sua vez, elege como contribuinte desse imposto, entre outros, o detentor do domínio útil (foreiro). Destarte, não há como retirar o foreiro de marinha da incidência desses tributos municipais. Além do mais, por força do art. 682 do CC, o foreiro é responsável pelos impostos que gravam o imóvel*" (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 72, pp. 424/425).

[2] Tem-se atido a outros aspectos, como se lê no Informativo STF 292: "***Bens Públicos de Uso Especial e Imunidade*** – Tendo em conta que os imóveis da Companhia Docas do Estado de São Paulo –

Compreende-se a reticência da Excelsa Corte, na medida em que o desumano trabalho a que estão submetidos seus 11 ilustres membros, nem sempre lhes permite – como afirmou o Ministro Moreira Alves, em Seminário da Academia Internacional de Direito e Economia – exaurir os temas que chegam a seu conhecimento, o que, em outros tempos, era possível, por força de carga incomensuravelmente menor do que aquela a que estão submetidos, nos dias de hoje.

Tanto assim é que, não poucas vezes, o Pretório Excelso alterou posições antes adotadas pelos supremos magistrados da Nação, em face de novos aspectos não sopesados por ocasião de decisões pretéritas [3].

No caso concreto, acresce-se fator de relevância, qual seja, em matéria de legalidade, por unanimidade, decidiu, a 2ª. Turma do STJ, que o IPTU incide sobre bens da União explorados pelas concessionárias de serviços públicos [4].

CODESP – delegatária do serviço de exploração do Porto de Santos –, são bens de uso especial e, portanto, estão acobertados pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, a, da C.F., a Turma deu provimento ao recurso extraordinário para reformar acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo que entendera incidente o IPTU sobre o patrimônio do referido porto." RE 253.394, rel. Min. Ilmar Galvão, 26/11/2002" (p. 2).

[3] A questão do ingresso diretamente de advogados e membros do Ministério Público nos Tribunais de Justiça, sem passar pelas Alçadas, é típica, visto que, por 7 votos a 4, decidiu que os Tribunais de Justiça do Paraná e Rio Grande do Sul deveriam obedecer o ingresso direto, tendo alguns meses depois, por 7 votos a 4, decidido que o Tribunal de São Paulo não poderia recebê-los, sem que passassem pelos Tribunais de Alçada, ou seja, o chamado ingresso pelo quinto constitucional na Magistratura de advogados e membros do Ministério Público. O mesmo ocorreu na ADI 1585 MC/DF, em que o Tribunal, seguindo voto do Ministro Pertence, decidiu que, tendo a Constituição delegado à lei complementar (C.F. art. 169) a fixação do limite das despesas de pessoal, a superação desse limite configuraria questão de ilegalidade e só mediata ou reflexamente de inconstitucionalidade tornando incabível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Consulte-se a ementa: "***Ação Direta de Inconstitucionalidade*** – Relator: Min. Sepúlveda Pertence – Publicação: *DJ* data 3/4/98 PP.. 00001 EMENTÁRIO Vol. 01905-01 pp. 00029 – **Julgamento**: 19/12/1997 – TRIBUNAL PLENO. EMENTA: **I. *Despesas de pessoal: limite de fixação delegada pela Constituição à Lei Complementar (C.F., art. 169), o que reduz sua eventual superação à questão de ilegalidade e só mediata ou reflexamente de inconstitucionalidade, a cuja verificação não se presta a ação direta; existência, ademais,*** *no ponto, de controvérsia de fato para cujo deslinde igualmente é inadequada a vida do controle abstrato de constitucionalidade.* **II.** *Despesas de pessoal: aumento subordinado à existência de dotação orçamentária suficiente e de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias (C.F., art. 169, paragr. único, I e II): além de a sua verificação em concreto depender da solução da controvérsia de fato sobre a suficiência da dotação orçamentária e da interpretação da LDO, inclina-se a jurisprudência no STF no sentido de que a inobservância por determinada lei das mencionadas restrições constitucionais não induz à sua inconstitucionalidade, impedindo apenas a sua execução no exercício financeiro respectivo: precedentes*" (grifos meus) (votação unânime – resultado: não conhecida a ação direta e prejudicada a medida cautelar – Site STF, via Internet). Já em recente decisão, na ADI 2728, Sua Excelência sustentou posição contrária, entendendo que, quando a Constituição outorga à lei complementar a competência para definir determinada matéria, o conflito da lei ordinária com a lei complementar configura invasão do campo de competência deste último diploma, representando ofensa direta à Lei Maior. Veja-se a publicação no *Informativo do STF* n. 310, 26 a 30 de maio de 2003.

[4] "RECURSO ESPECIAL Nº 267.099- BA (2000/0070300-1) - RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON - RECORRENTE: MUNICÍPIO DE SALVADOR – PROCURADOR: *Gustavo Adolfo Hasselmann e outros* – RECORRIDO: COMPANHIA DAS DOCAS DO ESTADO DA BAHIA - CODEBA - ADVOGADO: *Aurélio Pires e outros*. EMENTA:

No passado, cheguei a defender que, nos serviços essenciais delegados pela União a concessionárias e que dissessem respeito à segurança nacional, não haveria incidência de impostos. No caso, entendia que a navegação aérea não poderia ser tributada pelos Estados (ICMS). A Suprema Corte reconheceu a não-incidência, mas por outro motivo, ou seja, por força de inexistência de lei complementar estabelecendo normas gerais para que os Estados pudessem instituir essa tributação. Restou, portanto, desacolhido o argumento da intributabilidade por tratar-se de concessão de serviços essenciais de competência da União e de segurança nacional [5].

Esta é a razão pela qual, nada obstante no passado ter tido posição mais abrangente, no que diz respeito à imunidade, hoje reconheço — e já o disse nos *Comentários à Constituição* (2ª. edição), que elaborei com o saudoso Professor CELSO BASTOS — que inexiste a pretendida desoneração constitucional, no que concerne aos terrenos da marinha e a outros bens da União, quando não estejam sendo utilizados diretamente por ela [6].

Tributário - IPTU - Contribuinte: Art. 34 doCTN - Imóvel enfitêutico. **1.** Por força do disposto no art. 34 do CTN, cabe ao detentor do domínio útil, o enfiteuta, o pagamento do IPTU. **2.** A imunidade que possa ter o senhorio, detentor do domínio indireto, não se transmite ao enfiteuta. **3.** Bem enfitêutico dado pela **UNIÃO** em aforamento. **4.** Recurso especial conhecido e provido. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto, Laurita Vaz, Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins - Brasília-DF, 16 de abril de 2002 (data do julgamento) - Ministra Eliana Calmon - Presidente e Relatora" (STJ *D.J.* 27 MAIO 2002).

[5] *Dialética*, n. 19, p. 86 (ICMS na Navegação Aérea).

[6] Escrevi sobre o inciso VII do art. 20 da C.F. que: "Houve por bem o constituinte reiterar que estes terrenos, assim como seus acrescidos, são bens da União. Parece-me o discurso desnecessário. Não constava do Texto Constitucional anterior, porque explícito nos bens que pertenciam à União. Há de se esclarecer que toda a legislação sobre terrenhos de marinha está suficientemente trabalhada, doutrinária e jurisprudencialmente, de tal forma que, se não houvesse o inc. VII, o inc. I já garantira a União em relação a tais terras. À evidência, o terreno de marinha pertence à União, mas sua posse é mantida por variadas pessoas físicas e jurídicas de direito público e privado. Como as praias marítimas também não constavam do Texto Constitucional anterior, haverá necessidade de se esclarecer qual a extensão das praias marítimas, dos terrenos de marinha e seus acrescidos. O que haverá de se acrescentar é que a extensão, como já se viu no comentário ao inc. III, poderá acarretar problemas exegéticos. Entendo que a legislação anterior poderá ser considerada inteiramente recepcionada, à luz dos três tipos de bens patrimonializados a favor da União e não constantes expressamente do texto anterior: praias marítimas, terrenos de marinha e acrescidos. A melhor inteligência do Texto Constitucional é aquela que o torna meramente explicativo, com o que a legislação infraconstitucional anterior foi recepcionada, em seus exatos termos. Essa interpretação não é desavisada na medida em que o constituinte não condiciona o esclarecimento do que sejam praias marítimas, terrenos de marinha e acrescidos à promulgação de lei, com o que lei anterior recepcionada, em uma concepção abrangente, deve ser considerada. Esclareça-se que o discurso do art. 20 é taxativo no elenco indicado, enquanto o art. 4º da Constituição pretérita era exemplificativo, visto que principiava com a dicção: "***Incluem-se entre os bens da União***" (grifos meus), o que vale dizer, além dos bens relacionados, outros poderiam pertencer à União. Não o mesmo no atual, em que o constituinte preferiu ser taxativo ao dizer: "*São bens da União:...*".É bem verdade que a discussão é meramente teórica, na medida em que o inc. I faz menção a bens que serão acrescidos ao patrimônio da União, com o que os dois discursos se equiparam". (*Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo I, ed. Saraiva, 2001, pp. 85 a 87).

Acresce-se, ainda, aspecto relevante, qual seja, o de que a enfiteuse, figura que ganhou foros constitucionais pelo artigo 49 do ADCT, deixou de existir no Código Civil, promulgado em 11 de janeiro de 2003, com o direito real, mas foi mantida para os contratos anteriores e, de forma definitiva, para os terrenos de marinha e seus acrescidos (§ 3º do artigo 49 do ADCT) [7].

E, como último aspecto relevante, é de se esclarecer a questão da existência ou não de imunidade para empresas públicas ou sociedades de economia mista, à luz do § 3º do artigo 150, em face da dualidade de iniciativa econômica (arts. 173 e 175 da C.F.).

Pelo prisma, portanto, da divergência que remanesce, na doutrina e na jurisprudência, ainda não pacificada na Suprema Corte, é que decidi elaborar o presente estudo.

De início, mister se faz examinar o que determina o Código Tributário Nacional, em seu artigo 32, "*caput*":

> "*O imposto de competência dos Municípios sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município*",

a que se acresce o artigo 34, cuja dicção é a seguinte:

> "*Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título*".

A explicitação complementar, decorrente do dispositivo no artigo 146 da Constituição Federal, está assim redigido:

---

[7] Os artigos 1225 do atual Código Civil e 674 do pretérito estão e estavam assim redigidos: "**Art. 1.225.** São direitos reais: **I** - a propriedade; **II** - a superfície; **III** - as servidões; **IV** - o usufruto; **V** - o uso; **VI** - a habitação; **VII** - o direito do promitente comprador do imóvel; **VIII** - o penhor; **IX** - a hipoteca; **X** - a anticrese". "**Art. 674.** O artigo 49 do ADCT da Constituição Federal, por outro lado, tem a seguinte dicção: "**Art. 49** *A lei disporá sobre o instituto da enfiteuse em imóveis urbanos, sendo facultada aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos.* **§ 1º** *Quando não existir cláusula contratual, serão adotados os critérios e bases hoje vigentes na legislação especial dos imóveis da União.* **§ 2º** *Os direitos dos atuais ocupantes inscritos ficam assegurados pela aplicação de outra modalidade de contrato.* **§ 3º** *A enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima.* **§ 4º** *Remido o foro, o antigo titular do domínio direto deverá, no prazo de noventa dias, sob pena de responsabilidade, confiar à guarda do registro de imóveis competente toda a documentação a ele relativa*".

"Cabe à lei complementar:
I. *dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;*
II. *regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;*
III. *estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:*
a) *definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;*
b) *obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;*
c) *adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas",*

determina 3 situações diversas, para que possa a Municipalidade, por lei, impor o referido tributo, ou seja:

a) a propriedade;
b) o domínio útil;
c) a posse a qualquer título [8].

---

[8] Em comentários por mim coordenados, AIRES FERNANDINO BARRETO esclarece: "O 'imposto predial e territorial urbano' grava, pois, a propriedade, ou seja, recai sobre esse gozo jurídico de uso, fruição e disposição. Também o "domínio útil" constitui fato imponível do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. Surge o domínio útil quando o proprietário, despojando-se dos poderes de uso, gozo e disposição da coisa, outorga-os a outrem (denominado enfiteuta), reservando-se, tão-só, o domínio direto ou eminente, por força do que passa a denominar-se senhorio direto. Mesmo sem ser proprietário, o titular do domínio útil exerce o mais complexo direito sobre o imóvel, qual seja, o decorrente da utilização, fruição e disposição, ressalvadas as obrigações de pagamento da pensão anual e do laudêmio. Recebendo, outrossim, a terra, sob a forma de arrendamento perpétuo, pode transferir a terceiro o domínio útil do imóvel, hipótese em que fica sujeito ao pagamento, devido ao senhorio direto, do "laudêmio".
Não obstante os poderes que enfeixa, de uso, gozo e disposição, o enfiteuta, reafirme-se, não configura proprietário. No aprazamento ou aforamento não há a plenitude de poderes ínsita à propriedade. Celebrado o contrato de enfiteuse, embora se trate, dentre os direitos reais, do mais amplo, o enfiteuta não chega a receber todos os poderes de proprietário. Falta-lhe o domínio eminente. Como titular do domínio útil, retira, no entanto, todas as vantagens, bem assim as utilidades que lhe são próprias, tais com o o uso, gozo e disposição. Por força desse proveito se o elege contribuinte do imposto. A posse apresenta-se como terceira variável da hipótese de incidência. Examinada de per si, reflete o exercício de poderes inerentes à propriedade. Encerra, pois, o fato econômico de relevância jurídica, no caso, contido na hipótese de incidência do tributo em exame. Enfeixando o poder que se manifesta quando alguém age como se fora titular do domínio, a posse abriga – notadamente quanto a uso e gozo – direitos nos quais se faz presente o substrato econômico tributável. Exemplo característico dá- se com o usufruto, em que não se cogita de alcançar o nu-proprietário, em que pese o poder de disposição, porque a substância econômica do fato jurígeno não lhe foi trespassada, continuando em poder do usufrutuário" (*Comentários ao Código Tributário Nacional*, ed. 2002, Ed. Saraiva, pp. 227/228).

À evidência, tais situações não se confundem, cabendo lembrar que Aliomar Baleeiro, relator do projeto do CTN no Congresso Nacional, incluía qualquer espécie de posse no âmbito de incidência do IPTU.

São dele as seguintes palavras:

> "Se a posse está em mãos de terceiros, pouco importa que o titular do domínio goze de imunidade fiscal em relação a seus bens, como a União em relação às terras de fronteiras (C.F. de 1967, art. 4º, I; Lei n. 2.597, de 12 de setembro de 1955 *etc.*) e aos terrenos de marinha (C.F., art. 4º, V, Dec.-lei n. 9.760, de 1945 *etc.*), ou os Estados em relação às terras devolutas (C.F., art. 5º). O ocupante e o foreiro desses bens públicos ficam sujeitos ao imposto territorial rural, do mesmo que os chamados "posseiros" de terras do domínio particular, podendo o legislador, neste último caso, por mera conveniência administrativa, escolher o proprietário ou o possuidor" [9]

De início, é mister esclarecer que a lei complementar, a que se refere o artigo 146 da C.F. não pode inovar. Apenas explicita o que está no texto constitucional.

Escrevi sobre a mesma:

> "Em direito tributário, como, de resto, na grande maioria das hipóteses em que a lei complementar é exigida pela Constituição, tal veículo legislativo é explicitador da Carta Magna. Não inova, porque senão seria inconstitucional, mas complementa, esclarecendo, tornando clara a intenção do constituinte, assim como o produto de seu trabalho, que é o princípio plasmado no Texto Supremo.
> É, portanto, a lei complementar norma de integração entre os princípios gerais da Constituição e os comandos de aplicação da legislação ordinária, razão pela qual, na hierarquia das leis, posta-se acima destes e abaixo daqueles. Nada obstante alguns autores entendam que tenha campo próprio de atuação — no que têm razão —, tal esfera própria de atuação não pode, à evidência, nivelar-se àquela outra pertinente à legislação ordinária. A lei complementar é superior à lei ordinária, servindo de

[9] *Direito Tributário Brasileiro*, Forense, 1970, p. 141.

teto naquilo que é de sua particular área mandamental" [10].

A pergunta que se coloca é se, em relação à Constituição de 1988, os artigos 32 a 34 foram ou não recepcionados.

Entendo – e a doutrina e a jurisprudência também – que foram recepcionados.

Vale dizer, as 3 hipóteses de detenção do imóvel são abrangidas pela materialidade do imposto, tal como definida na Constituição, com explicitação pelo CTN, em seus artigos 32 a 34.

O artigo 1228 do atual Código Civil determina, em seu *caput*, que:

> *"O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha"*

Por outro lado, o artigo 1196 declara, sobre a posse, que:

> *"Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade".*

No antigo Código Civil, a propriedade tinha, em seu artigo 524, *caput* , a seguinte conformação:

> *"A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua",*

assim como a posse, no artigo 485, era definida nos seguintes termos:

> *"Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade".*

É de se realçar que o artigo 486 do Código Civil pretérito determinava que:

> *"Quando, por força de obrigação, ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício,* **do locatário, se exerce temporariamente a posse direta,** *não anula esta às pessoas, de quem eles a houveram,* **a posse indireta"** (grifos meus),

---

[10] *Comentários à Constituição do Brasil*, 6º vol., tomo I, Ed. Saraiva, pp. 79/80.

merecendo a norma o seguinte comentário de CLÓVIS BEVILACQUA:

> "Observações – 1 – Sendo a posse o estado de facto, que corresponde ao exercício, pleno ou limitado da propriedade: não sendo a intenção de ter a coisa como sua elemento constituitivo da posse, o usofructuário, o credor pignoratício, o locatário são possuidores directos, ou immediatos, e os proprietários, em nome dos quais eles possuem, são possuidores indirectos ou mediatos. Estabelecida uma relação jurídica, em virtude da qual o direito ou obrigação de possuir caiba a uma pessoa que não possue, a titulo de propriedade, a relação possessória se desdobra, sendo directa para os que detêm a coisa e indirecta para os que lhes concedem o direito de possuir. Esta posse directa ou derivada é, por definição, conceitualmente, temporária, porque se funda numa relação de direito transitória. ENDEMANN destaca os principais casos de posse indirecta: **1°** O usufructuário e o credor pignoratício têm a posse necessária para o exercício do seu direito real de usofructo e penhor; **2°** *O locatário, o arrendatário, o commodatário e todos os que retêm, juridicamente, a coisa, gozam da protecção possessória, com fundamento no direito obrigacional de que estão investidos.*
> **3°** O depositário e o encarregado do transporte de uma coisa têm a posse para o cumprimento da sua obrigação.
> **4°** Os directores de uma sociedade, o administrador judicial, o testamenteiro necessitam da posse para exercer a sua administração.
> **5°** *Ao marido na direcção da sociedade conjugal, e ao progenitor, no exercício do pátrio poder, attribue-se a posse, por causa da administração e do usofructo, que lhes são concedidos" (grifos meus)* [11].

CLÓVIS entendia, portanto, que a locação representa título de posse direta provisória, sendo os proprietários ou transferentes da posse provisória, detentores de posse indireta.

---

[11] *Código Civil*, vol. 3, Livraria Francisco Alves, 1953, pp. 11/12.

O novo Código Civil não reproduz, nestes termos, o dispositivo anterior, mas declara que (art. 1197):

> *"A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder,* **temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real,** *não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto"* (grifos meus),

evidentemente abrangendo o locatário, o comodatário, o usufrutuário, o credor pignoratício na titulação referida [12].

Por fim, o "domínio útil" é uma "quase propriedade". No dizer de LIMONGI FRANÇA:

> "DOMÍNIO ÚTIL - v. **Domínio direto**
> *É o mesmo que domínio foreiro* (v.), *i. e., a espécie de desmembramento da propriedade que pertence ao titular da enfiteuse, por oposição ao domínio direto (v. que concerne ao patrimônio do proprietário de origem (v. CC, art. 678)"* [13].

Ora, nada obstante as manifestações do STF sobre os dispositivos do direito pretérito, não creio ter sido examinado, em profundidade, a disposição do artigo 34 do CTN que determina que:

> *"o possuidor a qualquer título"*

é contribuinte do IPTU.

É de se realçar que o CTN não faz qualquer distinção quanto ao título do detentor da posse. Qualquer que seja o título, qualquer que seja a "forma legal" que lhe permita usufruir da posse, torna o detentor, se a lei assim determinar, contribuinte do IPTU.

---

[12] ROSA e NELSON NERY, nas limitações ao Novo Código Civil lembram que: "**2. Posse direta ou imediata e posse indireta ou mediata.** A doutrina admite a existência de duas posses paralelas criadas para prover a defesa daquele que tem a guarda. o uso ou a administração da coisa e dela fica temporariamente privado. V. BEVILACQUA, *Coisas*, v. I, p.17. **3. Possuidor direto. Proteção contra o possuidor indireto.** Nos casos de convivência simultânea de posse direta e indireta, o possuidor direto (*v.g.* usufrutuário, credor pignoratício, locatário *etc.*) tem proteção possessória interdital contra o possuidor indireto (*v.g.* nu-proprietário, dono da coisa empenhada, locador *etc.*), caso sua posse direta seja molestada indevidamente, com atos de turbação ou mesmo de esbulho. **4. Possuidor indireto. Proteção possessória contra terceiros.** O possuidor indireto – como por exemplo o nu-proprietário, o dono da coisa empenhada, o locador *etc.* – tem direito à defesa de sua posse, contra terceiros, por meio dos interditos possessórios. Nesse sentido: NERY, "Proteção judicial da posse" (*RDPriv* 7/112); GONDIM NETTO, *Posse indireta*, 1972, p. 121; BGB § 869" (*Novo Código Civil e legislação extravagante - Anotados*, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, pp. 393/394).

[13] *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 29, p. 348.

O próprio locatário ou comodatário têm títulos hábeis para a posse provisória, nos termos do art. 486 da lei pretérita, ou 1197 da lei nova – e no entendimento de CLÓVIS BEVILACQUA, autor do anteprojeto do Código Civil anterior – visto que o CTN, *que é lei complementar*, ou com eficácia de, declara no artigo 34 – dicção que repito –:

"o possuidor a qualquer título"

será contribuinte do IPTU.

E define corretamente, visto que, se se admitisse que apenas o titular da propriedade e o domínio útil, com características de "quase propriedade", poderia ser colocado na condição de contribuinte do imposto, à evidência, o "possuidor a outros títulos" que não aqueles, estaria excluído da tributação, com o que a expressão

"a qualquer título",

não deveria constar do texto. Todos os títulos que não representassem "a quase propriedade", ou melhor dizendo, aqueles títulos de posse direta transitória, estariam excluídos da expressão "a qualquer título", reescrevendo-se a lei complementar com dicção diversa, via doutrina e jurisprudência [14]. Em vez de "a qualquer título", ler-se-ia "a alguns títulos". O legislador negativo transformar-se-ia em legislador positivo.

Não desconheço o posicionamento da Suprema Corte, redutor da exegese no que diz respeito às posses diretas transitórias, mas não posso deixar de expor aquela que me parece a adequada interpretação, como homenagem aos juristas, todos eles de notável conhecimento jurídico-tributário, como RUBENS GOMES, GILBERTO DE ULHÔA CANTO, TITO REZENDE, CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES, ALIOMAR BALEEIRO e outros, que elaboraram o anteprojeto do CTN.

Esta é a razão pela qual espero que um dia possa a Suprema Corte, hoje com nova composição, reexaminar a questão à luz dos argumentos aqui apresentados.

Um segundo aspecto merece reflexão.

---

[14] Sei não ser esta a posição da maioria da doutrina, inclusive de AIRES FERNANDINO BARRETO, que comigo escreveu o *Manual do IPTU*, no qual afirma à p. 107 que: "o outro ponto a merecer registro diz respeito a poder ou não a autoridade administrativa eleger como contribuinte o possuidor, nos casos em que há proprietário. Vale dizer, pode a autoridade administrativa optar pela escolha do possuidor direto, p. ex., quando há proprietário? Defendem alguns que há uma escala de preferência a ser observada, de tal sorte que, havendo proprietário, não poderá ser escolhido como contribuinte o possuidor. Não nos parece que assim seja. A escolha é livre. Opta-se por um ou por outro – ambos são contribuintes – segundo as conveniências da arrecadação. Basta que a posse seja "*ad usucapionem*" para poder ser alcançada, mesmo quando há propriedade (como se dá no compromisso de compra e venda) do promitente vendedor e posse do promitente comprador" (*Manual do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – Manuais de Direito Tributário 1*, Revista dos Tribunais, 1985, p. 107).

A enfiteuse deixou de figurar entre os direitos das coisas no atual Código Civil.

O art. 1225 passou a ter a seguinte redação, que repito:

> "São direitos reais:
> I - *a propriedade;*
> II - *a superfície;*
> III - *as servidões;*
> IV- *o usufruto;*
> V- *o uso;*
> VI - *a habitação;*
> VII - *o direito do promitente comprador do imóvel;*
> VIII - *o penhor;*
> IX - *a hipoteca;*
> X - *a anticrese*",

contrastando com o artigo 674 do Código Civil pretérito, que, repito, declarava:

> "São direitos reais, além da propriedade:
> I - ***a enfiteuse;***
> II - *as servidões;*
> III - *o usufruto;*
> IV - *o uso;*
> V- *a habitação;*
> VI - as *rendas expressamente constituídas sobre imóveis;*
> VII - *o penhor;*
> VIII - *a anticrese;*
> IX - *a hipoteca*" (grifos meus).

Por outro lado, o ADCT da lei suprema determina, em seu artigo 49, que repito:

> "**Art. 49** A lei disporá sobre o instituto da enfiteuse em imóveis urbanos, sendo facultada aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos.
> § 1º Quando não existir cláusula contratual, serão adotados os critérios e bases hoje vigentes na legislação especial dos imóveis da União.
> § 2º Os direitos dos atuais ocupantes inscritos ficam assegurados pela aplicação de outra modalidade de contrato.

> **§ 3º** ***A enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima.***
> **§ 4º** *Remido o foro, o antigo titular do domínio direto deverá, no prazo de noventa dias, sob pena de responsabilidade, confiar à guarda do registro de imóveis competente toda a documentação a ele relativa" (grifos meus),*

sendo de se realçar que o § 3º, que cuida dos terrenos de marinha, garante aos que usufruem da posse desses bens, a **enfiteuse** permanente [15].

A legislação sobre a enfiteuse dos terrenos de marinha é uma legislação especial que, à evidência, só poderia ser alterada pela legislação geral (Código Civil) se houvesse expressa menção a tal alcance na própria lei geral e se não houvesse disposição da Carta Magna. Ocorre que a "enfiteuse" sobre terrenos de marinha não pode ser retirada do ordenamento jurídico nacional, por determinação da lei suprema, [16] a não ser por emenda constitucional.

Ora, entre os bens da União estão os terrenos de marinha, com o artigo 20, inciso VII, assim redigido:

> "São bens da União:
> ...
> **VII.** *os terrenos de marinha e seus acrescidos".*

---

[15] Comentei-o, com críticas: "Típico artigo sem nenhum perfil constitucional. Matéria própria de direito ordinário, salvo nos privilégios outorgados. Que a lei deva dispor sobre a enfiteuse nos imóveis urbanos não resta dúvida, e tal disposição desnecessária já constava da legislação sobre a enfiteuse, substantivo que se pode definir como "ato do foreiro que restitui ao senhorio direto o prédio enfitêutico, em caso de esterilidade, destruição parcial ou perda total de seus frutos; ou gratuidade, em qualquer circunstância, nesse caso na dependência dos credores prejudicados com a renúncia. CC, arts. 687, 691. Obs. A expressão 'abandono' constante desses dispositivos é imprópria, pois se trata de autêntica renúncia. Cf. L 6015, de 31/12/1973, art. 258". A continuação do dispositivo parece indicar o respeito às disposições constitucionais. Se, de um lado, é facultado aos foreiros, na extinção, a remição dos aforamentos mediante a aquisição do domínio direto, de outro lado, a Constituição determina que tal remição se dê de conformidade com o disposto nos respectivos contratos, o que vale dizer, o cumprimento do pactuado. Os parágrafos seguintes, todavia, explicitam a razão do dispositivo, e: "O § 3º excetua do regime novo, criado pelo art. 49, os terrenos de marinha e seus acrescidos, que se situam em faixa de segurança a partir da orla marítima. Para estes, o regime de enfiteuse, como confirmado pelo direito pretérito, continua integralmente, não havendo alteração da disciplina legal" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 9º vol., Ed. Saraiva, 2002, pp. 428/429 e 432).

[16] Manoel Gonçalves Ferreira Filho escreveu: "**Terrenos de marinha** — Estes constituem uma faixa de terras banhada pelo mar ou por rios e lagos que sofram a influência das marés. Tal faixa é de trinta e três metros a contar da linha do preamar médio de 1831, por força de definição que data da Lei de 15 de novembro de 1831 e da Decisão n. 274, de 3 de outubro de 1832. A Constituição anterior não os incluía entre os bens da União, mas assim já era por força da legislação ordinária (Decreto-Lei n. 9.760/46, art. 1º)" (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, Ed. Saraiva, 2000, p. 150).

Tais terrenos, à evidência, pertencem à União, mas os que deles usufruem não podem eximir-se do pagamento do IPTU.

Fossem os terrenos de marinha — que são bens da União— imunes, por pertencerem àquela entidade federativa (imunidade subjetiva), não poderiam os Municípios cobrar IPTU de nenhum dos prédios lindeiros à praia, grande parte deles, em função de sua distância da orla, terrenos de marinha [17].

É de se lembrar, finalmente, que as áreas portuárias deixam de estar expressamente mencionadas no artigo 20, em face de estarem abrangidas pelas disposições relativas aos terrenos de marinha [18].

Quero reiterar, no presente estudo, que, no passado, entendia, considerando não do texto complementar (art. 34), mas apenas o constitucional, que a posse direta ou indireta, pela União, de seus bens, seria suficiente para afastar a tributação municipal. O fato de jamais o artigo 34 ter sido inquinado de inconstitucional, sem redução de texto, para efeitos de bens públicos, levou-me a reconsideração de minha inteligência pretérita.

O que dá a característica de bem tributável é a detenção tanto em virtude da propriedade, como da efetiva posse direta, a qualquer dos títulos (domínio útil ou posse).

E, neste particular, não pode a lei tributária, mesmo em nível de legislação complementar, alterar conceitos próprios de direito civil, utilizado pela Constituição para atribuir competências, como aquele do que seja posse "**a qualquer título**". Abrange, assim, se a lei o determinar, a própria locação ou comodato —nada obstante a jurisprudência do STF— a meu ver, por gerarem, ambos os institutos, posse direta, embora transitória, visto que a transferência do usufruto para terceiros obriga a estes terceiros e não mais ao proprietário, se assim a lei municipal o determinar [19].

---

[17] Na história dos terrenos de marinha, deu-se apenas exceção, ao tempo do Império, no que diz respeito aos laudêmios do Distrito Federal, o que perdeu sentido com sua transferência para Brasília. José Cretella lembra: "Incluíram-se, depois, na renda da União, "os foros dos terrenos de marinha, exceto os do Distrito Federal, e produto da renda de posses ou domínios úteis dos terrenos de marinha, nos termos da legislação em vigor" (Cf. Lei n. 25, de 20 de dezembro de 1891). Os terrenos de marinha pertencem à União, exceto, apenas, o direito da municipal idade no Distrito Federal. Isto é, apenas a renda dos aludidos terrenos (Cf. Brandão Cavalcanti, *Tratado de direito administrativo*. 4a. ed., 1958, v. III, p. 415). O Decreto-lei n. 710, de 1938, modificou a política do governo da União em relação aos terrenos de marinha, no Distrito Federal, voltando para o domínio pleno da União, com a extinção do usufruto concedido à municipalidade, todos os terrenos de marinha, no Distrito Federal (Cf. Brandão Cavalcanti, *Tratado de direito administrativo*, 4ª. ed., 1956, v. 111, p. 415)" (*Comentários à Constituição 1988*, vol. III, Forense Universitária, 1990, p. 1248).

[18] O artigo 20 da Constituição Federal está assim redigido: "**Art. 20.** São bens da União: **VII.** os terrenos de marinha e seus acrescidos; ...".

[19] Os artigos 109 e 110 do CTN estão assim redigidos: "**Art. 109.** Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários. **Art. 110.** A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas

Não há, pois, a meu ver, imunidade, a favor de bens da União, quando não seja ela a possuidora direta, no que concerne ao IPTU, nada obstante, – reitero mais uma vez – a jurisprudência e a doutrina em contrário.

É de se lembrar que o IPTU, por ser um imposto real, que não leva em conta a capacidade contributiva ou econômica do detentor –e esta é a jurisprudência do STF–, é exigível daqueles que possam deter o domínio útil ou posse, **a qualquer título**, de imóvel pertencente a pessoa de direito público.

Por este prisma, à evidência, os terrenos de marinha – que são bens da União – podem sofrer a incidência de IPTU, desde que estejam na posse de entidade não imune, qualquer que ela seja, nos termos do artigo 486, do Código Civil pretérito, ou do artigo 1197, do atual.

Ora, se bem da União, em posse de particular, pode ser tributado pelo IPTU – como os terrenos de marinha – é de se perguntar se empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas ou gestoras de serviços públicos que estão na posse direta de tais bens, podem ou não ser contribuintes do imposto, em face do disposto no artigo 150, inciso VI, letra "c", e do 150, § 3º, ambos da Constituição.

É, pois, aspecto relevante, para exame no presente estudo, este que diz respeito às imunidades das entidades federativas e de suas autarquias, desonerações não extensivas às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Reza o § 3º do artigo 150 da Constituição Federal que:

> "**Art. 150** As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel" [20]

Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias".

[20] Escrevi: "O § 3º tem espectro de atuação maior que aquele do Texto pretérito (art. 19, § 1º)..De início, exclui a vedação absoluta ao poder de tributar relacionado ao patrimônio, renda e serviços dos entes tributantes referentes à exploração de atividades econômicas cujo regime jurídico seja próprio dos empreendimentos privados ou de serviços públicos pertinentes à ordem econômica. Em outras palavras, a imunidade não beneficia União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações do Poder Público sempre que explorarem atividades econômicas mencionadas no art. 173 da Constituição Federal ou prestarem os serviços públicos a que se refere o art. 175. Os dois dispositivos cuidam da atividade econômica e da dualidade de sua iniciativa " (*Comentários à Constituição do Brasil*, 6º vol., tomo I, Ed. Saraiva, 2001, pp. 221/222)

Como se percebe, não só as empresas públicas ou sociedades de economia mista, que atuam sob o regime de direito privado do art. 173, estão excluídas da imunidade (atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis aos empreendimentos privados), como aquelas sujeitas ao regime de direito público, do artigo 175 (em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário).

Na dualidade de iniciativa econômica, o tipo de disciplina legal a que a atividade estiver subordinada é irrelevante, para efeitos de afastar a imunidade, visto que o § 3º cuidou dos dois regimes sobre os quais já me manifestei, dizendo:

> "Ora, em nenhum momento o art. 173 comporta a exploração de serviços públicos, mas apenas a exploração de atividades econômicas – daí a prevalência do direito privado –, lembrando-se de que o § 1º, na redação da EC n. 19/98, refere-se à exploração de atividade econômica de: **a)** produção de bens; **b)** comercialização de bens; ou **c)** prestação de serviços sem qualquer adjetivação.
> Ocorre que, repetidas vezes, o Estado pode intervir em área de prestação de serviços ou comercialização de bens por "interesse coletivo relevante" ou "imperativos de segurança nacional", sem que tais serviços ou circulação de bens possam ser considerados serviços públicos, como, por exemplo, já aconteceu durante a Segunda Guerra Mundial, em que houve período de racionamento de alimentos (leite, pão *etc.*). Poderia, se quisesse, criar empresas para explorar tais atividades. Mais recentemente, na importação da borracha, instituiu a contestada Taxa de Organização e Regulamentação do Mercado da Borracha (TORMB), para regularizar segmento descompassado da economia. Durante o conflito de 1939/1945, a distribuição de combustíveis passou a ser de segurança nacional, assim como a produção da borracha. E a "Petrobrás" surgiu, no fim da década de 40, como imperativo de segurança nacional, sem que se possa dizer que a extração, a produção e a comercialização de combustíveis sejam serviços públicos.
> Dessa forma, a dicção constitucional sinaliza que imperativos de segurança nacional e interesse público relevante podem conformar exploração de atividades econômicas que impliquem serviço, no

texto constitucional, sem que sejam necessariamente públicos.

O segundo regime jurídico para atuação do Estado na prestação de serviços públicos com densidade econômica desenhado está no "*caput*" do art. 175 da CF, com o seguinte discurso:

> "*Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*" (grifos meus).

Aqui, ao contrário do § 1° do art. 173, nitidamente o constituinte fala em serviços públicos e não apenas em serviços, sendo este regime de direito administrativo, devendo, por conseqüência, as empresas privadas que nele atuem seguirem as estritas regras daquele ramo da árvore jurídica.

Não há como confundir os dois regimes. São distintos. No primeiro, o Estado atua como agente vicário na exploração própria da atuação particular, regida por normas que pertinem ao direito privado e, no segundo, o segmento privado pode atuar como agente acólito do Estado na prestação de serviços públicos, que não se confundem com os aspectos pertinentes ao art. 173" [21].

Vale dizer, seja sob regime de direito privado, seja de direito público, a empresa pública ou sociedade de economia mista, enquanto entidade empresarial, não goza da imunidade de impostos, que beneficia, apenas, as entidades federativas ou suas autarquias.

Mais do que isto, o IPTU é imposto que incide sobre o patrimônio das entidades que compõem a administração indireta das entidades federativas, constituída de empresas públicas e sociedade de economia mista, nem por isto sendo, este patrimônio das controladas, objeto da imunidade. Até mesmo na venda de imóvel de entidade federativa para pessoa jurídica ou física não imune, o imposto sobre transmissão é devido, por força do referido § 3° do artigo 150 da C.F.

O aspecto, portanto, relevante, é que, na dualidade de iniciativa econômica, é a condição de empresa (pública ou de economia mista) que afasta a imunidade,

---

[21] *Dimensões do Direito Contemporâneo*, Ed. Thomson/IOB, divs. auts., coordenação Ives Gandra Martins e José Renato Nalini, pp. 6/7.

e não o regime jurídico sob o qual atua (arts. 173 ou 175), por força do § 3º do artigo 150, assim por mim comentado:

> *"O constituinte houve por bem afastar a imunidade daqueles serviços públicos remunerados por preço público (gênero), assim como as atividades econômicas dos entes tributantes, cujo regime jurídico seja de natureza privada, no que agiu bem. A intervenção concorrencial, à evidência, é típica atuação do Estado em área de atuação preferencial do setor privado, razão pela qual a imunidade não se justifica"* [22].

Um outro aspecto relevante é o que diz respeito ao entendimento de que se aplicaria à hipótese o regime da substituição tributária do artigo 128 do CTN, assim redigido:

> *"Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário à terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação".*

A meu ver, há um equívoco ao se entender que o regime jurídico aplicável é o da substituição tributária.

Reza o artigo 121 do CTN que:

> "Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.
> **§ único.** O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: **I.** contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;
> **II.** *responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei".*

E, nitidamente, divide o sujeito passivo da obrigação tributária em contribuinte e responsável, sendo, pois, o artigo 128, o conformador da definição

---

[22] *Comentários à Constituição do Brasil*, 6º vol., tomo I, ob. cit., p. 224.

do que seja responsável, hoje com acréscimo do § 7º do artigo 150 da Constituição Federal, assim redigido:

> *"§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de impostos ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido"* [23]

Ora, segundo o artigo 34, cuja dicção, repito, declara que:

> *"Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu* ***possuidor a qualquer título***" (grifos meus),

"o possuidor a qualquer título", isto é, qualquer que seja o possuidor — e a meu ver, nada obstante a decisão do STF, até o locatário e o comodatário, visto que, pela lei civil, têm título provisório de posse direta (art. 486 do C.C. pretérito e 1197 do C.Civil atual) — é o contribuinte de direito, e não apenas responsável. O artigo 34 cria uma relação direta de sujeição passiva e não substitutiva — como tenho defendido, o responsável tributário é sempre um substituto do contribuinte, mesmo nas hipóteses em que seja o único sujeito passivo, com exclusão de qualquer responsabilidade do contribuinte—, com o que qualquer empresa pública ou sociedade de economia mista exploradora de qualquer atividade, ocupando terrenos de marinha ou bens da União, é contribuinte de IPTU, por força dos artigos 150, § 3º da C.F. e 32 e 34 do CTN.

Ora, se a sub-contratada detém o imóvel por posse direta — e, nos caso de enfiteuse, sem a polêmica que podem ensejar outros títulos mais precários— é constitucional a incidência, por força do artigo 34 do CTN, devendo-se lembrar

---

[23] Luiz Antonio Caldeira Miretti, em estudo para obra que coordenei, escreve sobre o artigo 121 que: "Após a identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, conforme já explanado, estamos diante da classificação do sujeito passivo em contribuinte (inciso I do parágrafo único) e responsável (inciso II do parágrafo único). Classificação para a qual a doutrina adotou as correspondentes expressões de sujeito passivo direto; para o contribuinte, e de sujeito passivo indireto, para o responsável.

A intenção do legislador na abrangência de situações fáticas ou jurídicas foi alcançada com tais previsões, ou seja, estabeleceu a sujeição passiva e, por conseguinte, o cumprimento da obrigação, por aquele que efetivamente pratica e realiza o fato gerador (contribuinte-sujeito passivo direto), bem como por aquele que, não praticando o fato gerador, não realizando o fato previsto na norma, tendo ou não interesse na ocorrência do fato gerador, a lei o coloca na condição de responsável (sujeito passivo indireto) — pelo pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária" *(Comentários ao Código Tributário Nacional*, ed. 2002, Saraiva, pp. 204/205).

que a lei poderia definir responsabilidade solidária da empresa concessionária, que deixaria a condição de "contribuinte" para transfigurar-se em "responsável", visto que o contribuinte é o detentor da posse direta do imóvel, afastada, pois, a concessionária, por determinação legal.

É o que dispõe o artigo 34 e o 128 do CTN, sendo, neste caso, contribuinte o sub-contratado e, responsável, o contratante ou concessionário [24].

Um último aspecto, no que diz respeito à exploração dos portos, com regimes jurídicos diversos, em cada Estado, das empresas que recebem concessões, permissões, autorizações ou direito de gerir. Os bens da União, em que se instalam, continuam no patrimônio dessa entidade da federação, mas a sua posse indireta não elimina aquela direta das empresas públicas ou privadas que atuem nesta área.

E a enfiteuse, para os terrenos de marinha, foi assegurada, neste tipo de exploração, pela lei suprema, artigo 49 § 3º do ADCT [25].

Encerro, pois, este estudo, transcrevendo decisão, que me parece a que melhor contempla a questão, da lavra da eminente Ministra Eliana Calmon, com o apoio de todos seus pares na Turma que integra:

> "Na hipótese dos autos, temos imóvel do domínio da CODEBA, não importando para o deslinde da querela que seja ele regido pela enfiteuse, em que o domínio indireto seja da UNIÃO, porque é contribuinte do IPTU não só o *dominus*, mas também o titular do domínio útil, o que descarta a possibilidade de escapar a abordagem quanto ao sujeito passivo da relação tributária referente ao IPTU.

---

[24] Escrevi sobre o artigo 128: "O artigo pretende consubstanciar uma norma geral formalizada em duas idéias básicas, a saber: 1) a responsabilidade tributária é aquela definida no capítulo; 2) a lei, entretanto, pode estabelecer outros tipos de responsabilidade não previstos no capítulo, a terceiros. O artigo começa com a expressão "sem prejuízo do disposto neste capítulo", que deve ser entendida como exclusão da possibilidade de a lei determinar alguma forma de responsabilidade conflitante com a determinada no Código, Isto vale dizer que a responsabilidade não prevista pelo Capítulo pode ser objeto de lei, não podendo, entretanto, a lei determinar nenhuma responsabilidade que entre em choque com os artigos 128 a 138. A seguir, o artigo continua: "a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa", determinando, de plano, que esta escolha de um terceiro **somente pode ser feita se clara, inequívoca e cristalinamente exposta na lei**. Uma responsabilidade, entretanto, sugerida, indefinida, pretendidamente encontrada por esforço de interpretação nem sempre juridicamente fundamentada, **não pode ser aceita**, diante da nitidez do dispositivo, que exige que a determinação deva ser apresentada "de forma expressa". (*Comentários ao CTN*, ed. 2002, Ed. Saraiva, pp. 223/5).

[25] Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim interpreta o § 3º do artigo 49: "Terrenos de marinha. O texto é claro. Quando o senhorio direto é particular, a enfiteuse virá a ser extinta pela lei prometida, mas se for ele o Estado, não, a enfiteuse será mantida" (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 2, Ed. Saraiva, 1999, p. 346).

Assim, sendo a CODEBA empresa pública detentora do domínio útil, é contribuinte do IPTU, não sendo alcançada pela imunidade do senhorio, a UNIÃO, detentora do domínio direto.
Este foi o encaminhamento do acórdão aqui impugnado, em nível infraconstitucional, o que leva ao conhecimento e provimento do recurso especial para, reformando o acórdão, atribuir à CODEBA responsabilidade pelo pagamento do IPTU" (REsp 267099-BA (2000/0070300-1) - Recorrente: Município de Salvador - Procurador: Gustavo Adolfo Hasselmann e outros - Recorrido: Cia. das Docas do Est. da Bahia - CODEBA - Adv.: Aurélio Pires e outros).

Como se percebe, a matéria, nada obstante as decisões da Suprema Corte, ainda está em aberto.

São Paulo, 31 de julho de 2003.

(*) IVES GANDRA DA SILVA MARTINS é Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional e Presidente do Centro de Extensão Universitária.

O processo, as partes e a sociedade (*)

José Carlos Barbosa Moreira (**)

1. Convém começar pela pergunta: a quem interessa um processo civil? A resposta que logo acode à mente é: às partes. Parece óbvio o ponto. É por iniciativa de uma das partes (Código de Processo Civil, art. 262, *principio*) - ou, em alguns sistemas jurídicos, possivelmente pela de ambas [1] - que o processo tem início. A elas incumbe, em regra, contratar advogados que as representem em juízo e pagar-lhes os honorários devidos pelo exercício da atividade profissional. Sobre as esferas jurídicas de uma e de outra, ordinariamente, vão recair as conseqüências do julgamento, inclusive, se for o caso, as condenações acessórias a pagar as custas processuais e os honorários do advogado *ex adverso*. A resposta intuitiva, portanto, exibe todas as credenciais de correção: o processo civil interessa às partes.

Não é outra a razão pela qual o ordenamento, além de fazer depender de uma, ou das duas, a existência mesma do feito, lhes reconhece, em grau elevado, o poder de influir na respectiva marcha e desfecho. Para ficarmos em poucos exemplos: compete a uma das partes, o autor, a fixação do âmbito em que o juiz é chamado a julgar (Código de Processo Civil, arts. 128, 459, 1ª alínea, 460); estão elas autorizadas a provocar, por acordo, a suspensão do processo (art. 265, nº II); em princípio, são livres de fazer extingui-lo em virtude de auto-composição, unilateral ou bilateral, do litígio (art. 269, nºs II, III, V).

Dificilmente se estranhará, portanto, que à inteligência de muitos o território do processo civil se tenha apresentado como campo de dominação das partes, como área em que a vontade delas constitui o último e decisivo critério de conformação. Segundo uma expressão da antiga doutrina alemã, o processo civil é *Sache der Parteien*, coisa das partes. [2]

2. E, no entanto, o que ficou dito não passa de meia verdade. Raciocinemos. Em qualquer sociedade moderna, a possibilidade de realizar um processo civil pressupõe a disponibilidade de complicado mecanismo, cuja manutenção implica

---

(*) Texto de conferência pronunciada em 1º.5.2003, no Rio de Janeiro (com o acréscimo de notas).

[1] Assim, *v.g.*, na França (*Code de Procédure Civile*, art. 57) e na Argentina (*Código Procesal Civil e Comercial de la Nación*, art. 336).

[2] *Vide*, ao propósito, Cappelletti, "Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato", in *Processo e ideologie*, Bolonha, 1969, p. 194 (com outras referências).

vultosos gastos com pessoal e material. Essa despesa é suportada mediante a arrecadação de tributos, que não são pagos só pelos litigantes, mas por toda a coletividade. A realização do feito reclama não raro a colaboração de outros órgãos e entidades - por exemplo, a imprensa oficial, os correios, a polícia - igualmente custeados pela contribuição, direta ou indireta, dos membros da sociedade, em geral.

A própria sorte do litígio, com certa freqüência, afeta outras pessoas que não as partes. De que modo se explicariam, a não ser assim, figuras como a da assistência e a do recurso de terceiro prejudicado? Esse transbordamento alcança proporções imensas nos casos em que a lei estende o vínculo da coisa julgada a um setor das pessoas estranhas ao feito, ou até à totalidade delas - fenômeno que se vem tornando mais comum no panorama contemporâneo do direito brasileiro.[3] Basta pensar na potencial influência, sobre o destino de multidões, de acórdão do Supremo Tribunal Federal que julgue ação direta tendente à declaração da inconstitucionalidade de lei criadora de certo imposto.[4]

Mas não é só nessas hipóteses extremas que o resultado de um processo civil pode assumir relevância prática para centenas, milhares, talvez milhões de almas que nem sequer precisam haver tomado conhecimento da existência do pleito. Realmente: ao consagrar esta ou aquela tese jurídica, a decisão vai somar-se às anteriores que também a tenham esposado, para formar um corpo de jurisprudência. Ora, muitas vezes acontece que, na substância, a situação levada ao exame do juiz encontre paralelo em grande número de outras, por hipótese ainda não submetida ao crivo do Judiciário. Nos sistemas jurídicos que atribuem eficácia vinculativa a precedentes, a questão estará, em princípio, resolvida de uma vez por todas para o inteiro universo dos casos análogos. Mesmo, porém, onde não vigore aquela regra, extravasará das bordas do processo a repercussão, pelo menos de fato, do pronunciamento emitido.

Vejamos um exemplo. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça fixou-se no entendimento de que, na locação, o fiador não responde pelos alugueres majorados por força de aditamento contratual feito sem sua participação, ainda que se tenha obrigado até a entrega das chaves do imóvel.[5] É claro que isso gera expectativa favorável para os fiadores dos numerosíssimos contratos de locação celebrados pelo país afora. Será muito escassa, com efeito, a probabilidade de que eles venham a ser responsabilizados sob semelhantes condições. Nem se tornará necessário que se ponha a matéria, de novo, *sub iudice*: a simples ciência da posição jurisprudencial dominante com certeza desencorajará

---

[3] Por exemplo: ação popular (Lei nº 4.717, de 29.6.1965, art. 18); ação civil pública (Lei nº 7.347, de 24.7.1985, art. 16); ações coletivas de defesa do consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.1990, art. 103).

[4] "A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal" (Lei nº 9.868, de 10.11.1999, art. 28, parágrafo único).

[5] *Súmula da Jurisprudência Predominante*, nº 214.

tentativas de contrariá-la por parte dos advogados de locadores. O influxo começará a manifestar-se, em geral, no próprio momento da formação do contrato: os interessados dificilmente deixarão de levar em conta, ao redigi-lo, a tese vitoriosa. Se porventura algum locador recalcitrante tomar a iniciativa de sustentar a antítese em juízo, andará mal em alimentar esperança de êxito, ou até de ver julgada pelo tribunal a apelação que interponha contra a sentença: o relator dificilmente vacilará em negar-lhe seguimento, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, na redação da Lei nº 9.756, de 17.12.1998.

A jurisprudência, inclusive no Brasil, apesar de não adotarmos o princípio da eficácia vinculativa dos precedentes, já contribuiu poderosamente para modelar o ordenamento jurídico. Partiu dela a iniciativa de dispensar, na interpretação do art. 1.523 do antigo Código Civil, a prova, que a letra da lei exigia, do concurso do preponente para o dano causado pelo preposto, permitindo assim que o prejudicado promovesse em juízo, frutiferamente, a responsabilidade do primeiro. Nela também nasceu a construção segundo a qual o expropriado, desde que previamente imitido o expropriante na posse, faz jus à verba de juros compensatórios, pela perda da fruição do bem objeto da desapropriação. Foi de início obra sua, igualmente, a proteção da concubina após a separação, com o expediente da chamada "sociedade de fato", que assegurava àquela o direito a uma fração do patrimônio constituído à custa dos esforços comuns dos companheiros - e isso muito antes que o legislador, em nível constitucional e depois ordinário, viesse a contemplar a figura da hoje denominada "união estável". Pois bem: toda essa evolução, de reflexos intensíssimos na vida social, começou, em cada caso, com uma decisão em processo singular, entre partes determinadas, sem que estas se hajam dado conta da magnitude das conseqüências que da solução do seu litígio adviriam, para vasta quantidade de pessoas de cuja existência nem elas, nem o órgão julgador tinham sequer notícia.

Creio não exagerar se disser que ao juiz, quando lhe cabe julgar uma causa, é impossível prever a extensão integral do terreno que sua sentença direta ou indiretamente afetará, assim como o menino que atira uma pedrinha ao lago é incapaz de adivinhar até onde chegarão os círculos concêntricos que seu gesto simples desenha na superfície da água. Que bola de cristal mostrará de antemão ao julgador, por exemplo, a totalidade dos efeitos que pode produzir a eventual decretação da falência de uma grande empresa? Extraio sem hesitar a conclusão: a rigor, não há processo que interesse exclusivamente às partes e não ecoe na paisagem da sociedade.

3. A afirmação que acabo de fazer é equivalente a esta outra: em todo e qualquer feito existe uma dimensão de *interesse público*, no sentido de interesse que toca ao público, à população em geral. Nem poderia ser de outro modo, se considerarmos que o processo é instrumento da jurisdição, e portanto exercício do poder estatal.[6]

[6] Costumo citar, a esse respeito, dois passos expressivos de BERNHARDT, "Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess", in *Beiträge zum Zivilprozessrecht (Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg)*, Munique - Berlim, 1949, p. 30: "*eine Streitsache, die des staatlichen Gerichtsbarkeit*

Os aspectos teóricos dessa problemática sem dúvida comportam larga reflexão, que a doutrina não se tem furtado a empreender. Aqui preferi ilustrar meu pensamento com exemplos concretos, tirados da experiência do dia-a-dia forense. Mas o tema é dos que sempre mereceram, no plano dos princípios, a atenção da ciência processual, e produziram frutos nos principais ordenamentos modernos.

Naturalmente se concebe que seja maior ou menor a dimensão a que me refiro; e o legislador atende a semelhante gradação. O art. 82, nº III, *fine*, do nosso Código de Processo Civil, prevê a intervenção do Ministério Público nas "causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte".[7] Trata-se aí de um interesse público *qualificado*: é o que justifica a especial disciplina do ponto. Não ocorrerá a ninguém de juízo são inferir do texto legal que o Ministério Público deva intervir em *todos* os processos; nem há incompatibilidade entre a limitação da incidência da norma a casos especiais e o reconhecimento de que a nenhum pleito falta alguma dose de interesse público.

Fora das hipóteses de intervenção do Ministério Público, é ao próprio órgão judicial, bem se compreende, que compete velar pela proteção do interesse público. Este requer, por exemplo, que o feito se realize com o dispêndio necessário e suficiente de tempo e de energias: nem menos, nem mais. É uma imposição que pode coincidir ou não com o desejo dos litigantes: ao contrário do que às vezes se supõe com certa ingenuidade, em regra pelo menos um dos dois, e às vezes ambos, preferem que se mantenha lento o passo do processo. Deixado o pleito, no particular, aos exclusivos cuidados das partes, surge o perigo de que ele se eternize. O órgão judicial deve estar atento e impedir que o perigo se converta em dano: a condução do processo há de assegurar-lhe toda a rapidez possível, sem prejuízo do respeito aos direitos dos litigantes, ainda quando estes não se mostrem dispostos a colaborar. Em nosso ordenamento, "o processo civil começa por iniciativa da parte, *mas se desenvolve por impulso oficial*" (art. 262). Descumpre inescusavelmente o preceito o juiz que condescende com manobras protelatórias ou, em termos mais amplos, subordina à vontade dos litigantes, ou à de qualquer deles, o exercício de uma atribuição que a lei lhe confia.

---

unterbreitet ist, keine Privatsache mehr ist (uma lide submetida à Justiça estatal deixa de ser matéria puramente privada)"; e ainda: "*Durch die Anrufung des Gerichts ist die Streitsache aus dem privaten Bereich gezogen und zu einer öffentlichen Angelegenheit geworden* (por força do recurso ao juiz, a lide afastou-se do terreno privado e converteu-se em assunto público)".

[7] É oportuno recordar as seguintes palavras de KLEIN, *Der Zivilprozess Österreichs*, Aalen, 1970 (reimpressão da edição de 1927), p. 193: "*Rechtskonflikte haben für die Allgemeinheit verschiedene Bedeutung, je nach dem Gegenstande des Streites und nach den Personen, zwischen denen sie ausgebrochen sind* (Conflitos jurídicos têm para o público significação variada, conforme o objeto do litígio e as pessoas entre as quais eles irromperam) ". A dupla referência ao objeto e aos sujeitos do litígio corresponde à alternativa posta em nosso texto legal ("natureza da lide ou qualidade da parte"). Ter-se-á inspirado o legislador no pensamento do jurista austríaco? Absurda a hipótese não é, dados os notórios conhecimentos do autor do anteprojeto, ALFREDO BUZAID. Mas pode ser que se trate de mera coincidência.

4. É hora de generalizar. Enquanto se considerava o processo como "coisa das partes", era natural que se entregasse a estas - ou, talvez mais exatamente, aos respectivos advogados - o comando do ritmo processual e a possibilidade de manejar a seu exclusivo critério outras alavancas importantes, como a colheita do material destinado a ministrar base à solução do litígio. Tal concepção foi denunciada e combatida ao longo de muitas décadas, por juristas inconformados com o amesquinhamento que ela impunha à função jurisdicional.

Recapitular aqui todos os marcos dessa trajetória estaria fora do alcance de quem não pretende esgotar o assunto, nem... a paciência do auditório. De resto, nos seus lances principais, a história é bem conhecida. A moderna ciência processual nasceu e engatinhou em atmosfera impregnada de individualismo; as leis que de início ela produziu, como não podia deixar de acontecer, refletem o espírito da época. Em nome do chamado "princípio dispositivo", por assim dizer sacralizado, negavam-se ao órgão judicial poderes de iniciativa em cujo exercício se tendia a enxergar uma ingerência descabida na vida dos litigantes. Outros tempos chegaram, e com eles a inevitável reação a tal modo de pensar. Começou a ser posto em realce o elemento publicístico do processo. O fim do século XIX viu surgir o primeiro grande monumento legislativo inspirado numa concepção social, o código austríaco de 1895. Em boa parte sob sua influência, e ao longo de sucessivas modificações, o ordenamento alemão foi-se inclinando no mesmo sentido. Na Itália, gigantes do pensamento processual esforçadamente pregaram a necessidade de reformas e trataram de concretizar em projetos arrojados as novas idéias. [8] A doutrina italiana incumbiu-se de transmiti-las a outros países latinos, que se habituaram a buscar na península a sua estrela-guia.

A onda inovadora chegou até esta banda do Atlântico e embebeu leis declaradamente empenhadas na ruptura com um passado privatístico, em que os códigos processuais se viam reduzidos a modestos apêndices da legislação civil. Em alguns sistemas jurídicos, entre os quais o nosso, o solo era até mais favorável a essa floração que o de ordenamentos europeus, onde o âmbito do processo civil se circunscrevia a litígios atinentes a relações de direito privado,

---

[8] Relevo especial assume aqui o projeto redigido em 1918 por CHIOVENDA, na qualidade de presidente do *"gruppo per gli studi processuali"* da *"Commissione per il dopo guerra"*. Pode-se ler o texto no vol. II, pp. 114 e segs., dos *Saggi di diritto processuale civile*, Milão, 1993. Precede-o a *relazione* em que o autor expõe as diretrizes adotadas e justifica a nova disciplina proposta (pp. 1 e segs.). Entre outras passagens, merece aqui citação esta em que CHIOVENDA frisa *"il rinnovato concetto della giurisdizione come funzione dello Stato"*, à luz da qual se restitui *"al giudice nel processo moderno una posizione centrale d'organo pubblico* interessato a render giustizia nel modo migliore e più pronto possibile" (p. 38; sem destaque no original). Em exposição clara e precisa da evolução histórica ocorrida na península, lê-se que *"la c.d. 'pubblicizzazione' del processo civile inverte i presupposti di fondo che erano alla base del codice del 1865 e della dottrina ottocentesca: il processo non è più esclusivamente un 'affare delle parti', ma un luogo in cui si esprime l'autorità dello Stato; esso non mira solo alla tutela di interessi privati, ma realizza l'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia; il perno del processo non è più l'iniziativa delle parti, ma la funzione del giudice"* (TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*, Bolonha, 1980, p. 188).

ao passo que no Brasil ele se estende a assuntos de feição inequivocamente publicística.[9] Entre nós, o grande giro consumou-se com o advento do primeiro Código nacional, de 1939, em que o papel do juiz cresceria notavelmente de importância.

Com o passar dos anos, os ventos da transformação atingiram quase todo o mundo ocidental. Exemplo significativo é o da França, país de tradição privatística, onde ainda hoje se usa a denominação *Droit Judiciaire Privé* para designar o direito processual civil.[10] Pois bem: a França, em 1975, decidiu-se a pôr no lugar do velho código napoleônico diploma claramente definido por outras coordenadas teóricas,[11] que veio coroar uma evolução legislativa caracterizada, entre outras coisas, pelo aumento progressivo dos poderes do juiz.[12]

Dir-se-ia consolidada a mudança, e desnecessário qualquer esforço suplementar a seu favor. Eis senão quando o pensamento antigo ameaça querer ressuscitar. Na Espanha, a recente reforma do processo civil dá marcha a ré no que tange às iniciativas instrutórias do órgão judicial: elimina-se um dos instrumentos com que ele contava para suprir lacunas do material probatório, as chamadas *diligencias para mejor proveer*.[13] Um dos últimos números de importante revista jurídica italiana publica artigo que contém verdadeira diatribe contra a concepção publicística do processo – fruto, ao ver do autor, do "equívoco de fundo" consistente em supor que "o juiz possa importar-se mais do que as

---

[9] Em mais de um país do velho continente, escapa à Justiça comum o conhecimento de lides que envolvam órgãos estatais, para cuja solução existe a chamada Justiça administrativa; assim se explica o conceito restritivo que lá se adota de processo civil. Enquanto isso, onde prevaleça, como no Brasil, o sistema da unidade de jurisdição, a área do processo civil limita-se *por exclusão*, conforme sublinhava José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, 13ª ed., S. Paulo, 1990, p. 6. É processo civil "o que não é penal e por meio do qual se resolvem conflitos regulados não só pelo direito privado, como também pelo direito constitucional, administrativo, tributário, trabalhista *etc.*" (Antonio Carlos de Araújo Cintra – Ada Pellegrini Grinover – Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 18ª ed., S. Paulo, 2002, p. 49.

[10] Assim continuam a intitular-se obras prestigiosas de exposição sistemática da matéria, *v.g.* as de Solus– Perrot, Heron, Cadiet... Ultimamente, vale registrar, vem-se tornando freqüente o emprego da expressão *Droit processuel*: é o título de livro recente, dedicado à teoria geral do processo, de autoria de Guinchard e outros, 2ª ed., Paris, 2003.

[11] A rigor, não houve substituição total: o novo código, com efeito, ao entrar em vigor, era obra incompleta e deixava subsistir parte do antigo. A tal respeito, e sobre os rumos posteriores da reforma, extensamente, Vincent – Guinchard, *Procédure civile*, 26ª ed., Paris, 2001, pp. 63 e segs.; um resumo em Cadiet, *Droit judiciaire privé*, 2ª ed., Paris, 1998, pp. 32/3.

[12] Para a ilustração desse movimento, entre outros, Vincent – Guinchard, ob. cit., pp. 472/3.

[13] Em comunicação às XVIII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual (Montevidéu, 2002), sob o título *El proceso civil y su futuro*, publicada no México, in *Cuadernos procesales*, nº 17-18 (set.-dez. de 2002), Vázquez Sotelo qualifica a nova regulamentação da matéria, na *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000, como *"una regresión histórica verdaderamente increíble"* (p. 42). Mas a inovação reflete a orientação geral afirmada na Exposição de Motivos: sob a égide do "princípio dispositivo", *"no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho"* (*Boletín Oficial del Estado* de 8.1.2000, p. 577). Pergunta-se: é possível reputar *"conforme a Derecho"* uma resposta que não se preocupe com a veracidade dos fatos em que se baseia?

partes com as causas civis".[14] Até no processo penal se notam sintomas de uma reviravolta: na Itália, o art. 190, 2ª alínea, do novo *Codice di Procedura Penale* restringe aos casos previstos em lei a possibilidade, para o órgão judicial, de determinar *ex officio* a produção de provas. De resto, não se cuida de ponto isolado: a orientação fundamental, na preparação da reforma, pôde ser indicada, com autoridade, na tendência para um modelo processual que atribuísse "papel menos ativo ao juiz" e correlatamente desse "maior espaço às partes".[15]

5. É sempre difícil identificar as causas de fenômenos como o que ora se examina, e sobretudo avaliar os diferentes pesos de cada uma delas. A honestidade intelectual sugere ao estudioso que seja modesto em suas pretensões e não se atreva a oferecer como verdades dogmáticas o que não passa, nem pode passar, do plano das meras conjecturas. Dito isso, fica ele autorizado a formular algumas hipóteses, naturalmente sujeitas à confirmação ou ao desmentido da ciência e da experiência.

A primeira suposição que ocorre é a de uma reação de desencanto. Em visão difusamente compartilhada, o funcionamento da Justiça civil permanece insatisfatório, por mais de um prisma, ainda onde mudanças legislativas hajam acentuado o elemento publicístico do processo, entre outras coisas incrementando os poderes do órgão judicial. A frustração de esperanças gera a tentação de voltar atrás. A isso não se objeta de maneira adequada só com a observação de que o velho sistema processual também sofria de graves mazelas: para apontar um único exemplo, a excessiva demora dos pleitos constitui problema arquicentenário. Fraco é o consolo que esse tipo de argumentação proporciona: de qualquer sorte, se era para deixar tudo na mesma, terão valido a pena os esforços de adaptação que as reformas tornaram inevitáveis?

Mais frutuosa parece outra linha de reflexão. A norma jurídica, em si mesma, não tem a virtude de modificar a realidade. Pouco adianta outorgar ao juiz maior soma de poderes, se o respectivo exercício for inábil ou insuficiente. Uma reforma legislativa que reforce tais poderes talvez decepcione não *porque* os haja reforçado, mas *apesar de* tê-lo feito. Atente-se na questão das iniciativas instrutórias oficiais: caso não sejam utilizadas as possibilidades que a lei abre ao órgão judicial, o resultado prático não será diferente do que se teria se ela, ao contrário, lhe negasse tais possibilidades. É o que vem acontecendo, com grande freqüência, em nosso país e alhures.[16] A reação apropriada, portanto, consistiria

---

[14] Cipriani, "*Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, pp. 1.243 e segs. O passo citado está na p. 1.250, *verbis*: "*Vero è che alla base della c.d. concezione pubblicistica vi è un equivoco di fondo: che il giudice possa tenere alle cause civili più di quanto vi tengano le parti*".

[15] Era o que acentuava, durante os trabalhos preparatórios, Amodio, *Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana*, no vol. *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, ed. Amodio e Cherif Bassiouni, Milão, s.d. (mas 1988), p. XXV, *verbis*: "*si punta da noi verso un modello processuale che attribuisca un ruolo meno attivo al giudice e dia correlativamente maggior spazio alle parti*".

[16] Cf., quanto à Itália, as conclusões de pesquisa dirigida por Denti, no vol. *Le prove nel processo civile*, Milão, 1973, pp. 13 e segs.; com referência a Portugal, Artur Anselmo de Castro, *Direito Processual Civil declaratório*, vol. III, Coimbra, 1982, p. 163; para a Áustria, Fasching, *Lehrbuch des*

em combater as causas da inércia, que podem ligar-se ao desmedido acúmulo de serviço, à escassez de recursos disponíveis, a uma exagerada preocupação de evitar censuras de parcialidade ou, pura e simplesmente, à inapetência para atuar por impulso próprio.

Apenas uma investigação criteriosa e tecnicamente bem conduzida seria capaz de evidenciar aí as relações de causa e efeito, e sugerir adequadas providências corretivas - entre as quais se teriam de incluir, sem dúvida, medidas de efetiva responsabilização de juízes por ações ou omissões injustificadas. No Brasil atual, seria excesso de otimismo imaginar que haja quem se disponha a semelhante empresa. As pesquisas empíricas não nos atraem; preferimos quedar-nos mergulhados na névoa das impressões, sem cuidarmos de medir a distância, com certeza nalguns casos abissal, entre a imagem que elas nos transmitem e a realidade objetiva.

6. Uma segunda hipótese relaciona-se com a recente propensão de diversos ordenamentos da chamada família romano-germânica para importar elementos do mundo anglo-saxônico, em cuja tradição, como se sabe, a atividade das partes (ou, dizendo melhor, dos advogados) prepondera sobre a do órgão judicial em mais de um aspecto, notadamente no da colheita de provas. Segundo o modelo clássico dos países de *common law*, o denominado *adversary system*, protagonistas do drama processual são os litigantes; ao juiz compete fiscalizar as "regras do jogo" e decidir, quando não caiba ao júri esta última atribuição.[17] Deve-se enxergar no espírito de imitação a fonte de certas inovações relativas ao processo, no continente europeu e na América Latina? Seria de estranhar que a esfera do processo ficasse imune a uma influência sensível, quase diria avassaladora, em tantas outras áreas da vida da sociedade, desde a música popular até a paixão pelas pipocas - visível (e audível) em todos os cinemas...

Se assim for, dois reparos tornam-se oportunos. Primeiro: ao contrário do que muitos supõem, o processo civil anglo-saxônico está longe de corresponder à imagem altamente idealizada que fatores de vária espécie difundiram no pensamento de leigos e até de alguns especialistas. Para ficarmos num único mas importante exemplo, o da duração dos feitos, a realidade está longe de retratar-se fielmente nas idéias correntias. É eloqüente, a esse respeito, o depoimento da própria doutrina local: consoante informa recente obra norte-americana,[18] em muitos juízos há que esperar quatro ou cinco anos para que a causa chegue ao fim do itinerário, em primeiro grau de jurisdição. Aí reside, com certeza, uma das razões pelas quais os litigantes optam com tanta freqüência

---

österreichischen Zvilprozessrechts, 2ª ed., Viena, 1990, p. 350; no concernente à França, HERON, *Droit judiciaire privé*, Paris, 1991, p. 164.

[17] Na Inglaterra, praticamente desapareceu o júri em matéria civil: *vide* referências em BARBOSA MOREIRA, "Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos", in *Temas de Direito Processual (Sétima Série)*, S. Paulo, 2001, p. 162, nota 13. Ele subsiste, porém, nos Estados Unidos, onde é até constitucionalmente assegurado.

[18] FRIEDENTHAL - KANE - MULLER, *Civil Procedure*, St. Paul, 3ª ed., reimpressão, 2001, p. 472.

por soluções consensuais, de tal forma que poucos pleitos chegam, na prática, ao *trial*. [19]

Por outro lado, a estrutura do processo civil anglo-saxônico já não se vê refletida com exatidão em descrições tradicionais. De algum tempo para cá, o modelo vem sofrendo consideráveis modificações, sobretudo na Inglaterra, onde em 1999 entrou em vigor um código de processo civil (*Civil Procedure Rules*) que, de maneira significativa, se afastou da linha histórica precisamente no que tange à distribuição das tarefas entre partes e juiz. Vale a pena ressaltar que o objetivo central da empresa reformadora foi atender à insatisfação do público "com a demora, o custo, a complexidade e a incerteza" reinantes na Justiça civil [20] - defeitos, acrescente-se, vistos como conseqüência da falta de maior controle da atividade processual pelo juiz, o qual, por isso mesmo, se tratou de intensificar. [21]

7. Em perspectiva mais abrangente, é possível conjecturar que o processo, à semelhança de outras áreas da cultura, está recebendo a influência de uma virada filosófica. Vivemos hoje em atmosfera muito sensível à necessidade de proteger os direitos dos indivíduos, em face, principalmente, das entidades estatais. O século XX ensinou-nos, a um preço terrivelmente alto, quão grave é o perigo da hipertrofia do Estado. Totalitarismos de direita e de esquerda deixaram marcas indeléveis na história do sofrimento humano. Não é de surpreender que a mentalidade atual se caracterize por certa desconfiança em relação aos poderes públicos e reclame garantias contra sua excessiva interferência. O próprio intervencionismo mitigado e democrático do *Welfare State* passou a ser olhado com boa dose de suspicácia. Encalhado esse modelo nas areias do gigantismo burocratizante e das limitações orçamentárias, o pêndulo ideológico vem-se deslocando para uma versão renovada do liberalismo político. Quer-se reduzir o peso do Estado e erguer diante dele uma barreira de garantias para o cidadão.

O fenômeno, em si, não deixa de ser justificado, e em alguns casos rasga horizontes luminosos nas trevas do despotismo. No entanto, como não raro tem acontecido em situações análogas, a reação ameaça às vezes ultrapassar os limites do razoável. A preocupação unilateral com a autonomia do indivíduo corre o risco de assumir a feição de uma como hostilidade para com os órgãos incumbidos de velar pelos interesses da coletividade. Na tela processual, esse pendor se projetaria à maneira de desabrida exaltação dos direitos das partes em confronto com a autoridade do juiz.

---

[19] Para abundante documentação bibliográfica a respeito, *vide* BARBOSA MOREIRA, art. cit. em a nota 17, pp. 165 e segs., espec. 166 (e, aí, notas 20 e 21).

[20] Tal preocupação é explicitamente mencionada no *Foreword* do *Lord Chancellor* às novas *Rules*.

[21] Sugestivo o título do artigo de ANDREWS, in *Civil Justice Quarterly*, vol. 19 (2000), pp. 19 e segs.: *A New Civil Procedural Code for England: Party-Control "Going, Going, Gone"*. Sobre as características básicas do novo diploma, *vide* BARBOSA MOREIRA, "Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês", in *Temas* cit., pp. 179 e segs. (particularmente quanto ao incremento dos poderes do órgão judicial, pp. 185 e segs.).

Ninguém pode objetar à existência de um sistema de garantias para os litigantes. A Constituição de 1988 tem sido louvada, com justiça, por haver tratado o assunto com cuidado muito maior que suas predecessoras, que em regra só se ocupavam, no particular, com o processo penal. A ela devemos a consagração expressa, inclusive para o campo civil, da garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, nº LV), da publicidade dos atos processuais (art. 5º, nº LX), da motivação das decisões judiciais (art. 93, nº IX) e, em termos genéricos, do devido processo legal (art. 5º, nº LIV).

Tudo isso é positivo; não cabe, porém, interpretar esse conjunto de normas no sentido de excluir ou coarctar os poderes do juiz na condução do feito. Guardemo-nos de supor que toda e qualquer intervenção de agentes públicos seja incompatível com a preservação da liberdade. Ao contrário: ela é freqüentemente indispensável para assegurar o livre desenvolvimento da pessoa humana. Os fatos desmentem a idéia de que o mercado sempre se auto-regula, da qual se quis extrair a tese de que é condenável qualquer intervenção do Estado no sentido de disciplinar a economia. O que se diz do processo econômico diz-se, analogicamente, do processo judicial – do civil não menos que do penal.

Tentar de novo reduzir o juiz à posição de espectador passivo e inerte do combate entre as partes é anacronismo que não encontra fundamento no propósito de assegurar aos litigantes o gozo de seus legítimos direitos e garantias. Deles hão de valer-se as partes e seus advogados, para defender os interesses privados em jogo. Ao juiz compete, sem dúvida, respeitá-los e fazê-los respeitar; todavia, não é só isso que lhe compete. Incumbe-lhe dirigir o processo de tal maneira que ele sirva bem àqueles a quem se destina a servir. E o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade.

Abril de 2003.

(*) José Carlos Barbosa Moreira é Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro.

Juizados Criminais: novos atores e novos princípios para uma justiça efetiva

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO

SUMÁRIO: I. Introdução II. Juiz Penal e Ativismo Judicial III. Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal e os Princípios Constitucionais da Dignidade e da Proporcionalidade IV. Princípio da Busca da Reparação do Dano V . Conclusão

I. INTRODUÇÃO

Ultimamente, tem-se voltado ao tema do ativismo judicial com bastante freqüência. Se a origem da expressão é atribuída ao controle jurisdicional da Suprema Corte norte-americana sobre atos do Executivo e do Legislativo, atualmente, e particularmente no Brasil, ativismo judicial tem recebido múltiplos significados.

A própria concepção original da expressão – controle da constitucionalidade e da razoabilidade das leis e de atos normativos do Poder Público – ganhou nova dimensão a partir da Constituição de 1988 e de posteriores emenda constitucional e leis que introduziram outras medidas judiciais de controle da constitucionalidade (ação de descumprimento de preceito fundamental e ação declaratória de constitucionalidade [1]).

Ao lado dessa nova dimensão, outros significados de ativismo judicial têm-se juntado à concepção tradicional. A partir da edição de algumas leis na década de 90, especialmente a que regulou o Código do Consumidor e, agora, o Código Civil de 2002, o sistema de responsabilidade civil foi totalmente remodelado, ensejando uma nova e mais justa divisão de encargos pelos riscos de certas atividades, bem como de encargos probatórios entre as partes do processo, com a introdução de várias hipóteses de responsabilidade objetiva ou de

[1] Não se deve olvidar, contudo, da crítica doutrinária acerca da ação declaratória de constitucionalidade por diminuir o campo de controle difuso da constitucionalidade e, por isso, em certa medida, reduzir o próprio ativismo judicial. Cfr. JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 509, 2002, Ed. Forense.

responsabilidade presumida. Ao lado desse novo sistema, tratou-se da desconsideração da personalidade jurídica, em determinados casos, de modo a proteger mais eficazmente o consumidor.

Também no campo do processo civil percebeu-se mais uma emanação de uma espécie de ativismo judicial. A Lei nº 9.099/95, que introduziu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, permitiu cogitar-se de uma nova postura do magistrado brasileiro na presidência do processo civil, de modo a legitimar-lhe uma interação mais profunda com as partes e a conferir-lhe maior poder no tocante ao procedimento probatório, com vistas à igualização das partes em litígio. O artigo 5º da referida lei assegura ao Juiz a prerrogativa de dirigir o processo com ampla liberdade quanto à instrução probatória e, em especial, para aplicar as regras de experiência comum ou técnica. O artigo 6º, por sua vez, permite ao Juiz adotar a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, reproduzindo lapidar disposição da Lei de Introdução ao Código Civil, tão solapada por sucessivas leis que negam ao magistrado qualquer espaço para a equidade e que lhe exigem agir de acordo com critérios de legalidade estrita.

Do mesmo modo, as reformas promovidas no Código de Processo Civil voltaram-se para conferir maior efetividade e presteza ao comando judicial, sendo de destacar-se o instituto da antecipação da tutela.

A tudo presidiria o ideal de realização do justo e a busca da efetividade do direito material invocado.

Esse conjunto de instrumentos legais enseja a adoção de posturas ético-profissionais que permitem ao magistrado aproximar-se da verdade real na medida em que participa mais intensamente do procedimento probatório. A possibilidade de inversão do ônus probatório, por exemplo, afasta a clássica e confortável eqüidistância que impunha ao magistrado assistir, como espectador indiferente, o anunciado fracasso de uma das partes em se desincumbir de seu ônus probatório, quando todos sabiam previamente que ela seria absolutamente incapaz de obter a prova necessária para a sua pretensão.

Enfim, o que se tem visto, especialmente no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis – que são os órgãos encarregados de boa parte dos conflitos oriundos das relações de consumo regidas pelo Código do Consumidor – é que eles estão fazendo justiça efetivamente, na medida em que seus Juízes têm maior possibilidade de interagir com as partes e com a prova, com o fim de prolatar sentenças mais justas, bem como têm mais instrumentos legais para assegurar o efetivo cumprimento de suas sentenças.

Os Juizados Especiais Cíveis só não fazem mais porque limitações estruturais não lhes permitem. O excesso de demandas, geralmente dos mesmos réus recalcitrantes, e a imprevisão da legislação quanto a essa reincidência deliberada e consciente, têm contribuído para emperrar cada vez mais o sistema.

Desse ativismo judicial nasce um novo Juiz e um novo Judiciário, com missões políticas e sociais bem mais profundas [2].

A questão que se põe, agora, é se um tipo especial de ativismo judicial pode ser adotado no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

II. Juiz Penal e Ativismo Judicial

De início, cumpre alertar que o proposto ativismo judicial em nada maculará o sistema acusatório, nem a imparcialidade que o Juiz penal deve guardar em relação à causa. A preservação do sistema acusatório é uma questão fechada com a qual não se pode transigir.

O tema é altamente polêmico e um pouco revolucionário. Durante séculos, reivindicou-se demarcar precisamente o papel do Juiz no processo criminal, afastando-o inteiramente da investigação penal. A figura do Juiz inquisidor está em declínio na maioria dos países do Ocidente, resultado do trunfo do sistema acusatório sobre o sistema inquisitivo.

No Brasil, deixamos há pouco tempo o sistema inquisitivo, graças à Constituição de 1988 que significou o rompimento do processo penal brasileiro com os institutos inquisitoriais do Código de Processo Penal, ainda que existam algumas recaídas tanto por parte do legislador como da jurisprudência.

Não se pretende, assim, alterar um milímetro sequer dessa base conceitual representada pelo sistema acusatório. Mas, na medida em que a Lei nº 9.099/95, seguindo diretriz constitucional, estabelece um procedimento penal com uma fase voltada à conciliação, anterior, portanto, ao oferecimento da denúncia ou da queixa-crime, cria-se um espaço de gestão do magistrado sobre os conflitos que poderão ou não ensejar uma demanda penal. É justamente nesse espaço de gestão que se propõe um ativismo judicial. Como e de que modo, veremos em seguida.

Diferentemente da legislação civil e processual civil, os anos 90 e os dois primeiros anos do século XXI não foram muito profícuos para a legislação penal e processual penal. As alterações legislativas que ocorreram o foram para resolver situações casuísticas em que havia pressão da opinião pública nesse ou naquele sentido. Nada se construiu de concreto e o sistema penal-processual penal foi constantemente esgarçado, rompendo-se aqui e acolá.

---

[2] Tanto é assim que Luiz Werneck Sodré, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos enfatizaram: "**Os procedimentos abertos à comunidade dos intérpretes e a criação dos Juizados Especiais vêm dotando o Poder Judiciário de uma inédita capilaridade, deitando sua rede sobre a quase-totalidade do tecido social, da maioria parlamentar aos setores mais pobres da população. Instituição estratégica na solidarização da 'comunidade' com sua Constituição, o seu personagem – o magistrado – não se pode achar imune à intensa mobilização do direito e dos seus procedimentos por parte da sociedade civil, a nova arquitetura institucional dependendo, em boa parte, nos Tribunais e nos Juizados Especiais, do seu desempenho profissional, da sua orientação ética e do cumprimento de seu papel constitucional de 'guardião' dos direitos fundamentais**" (*A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 43, Ed. Revan).

A única novidade parcialmente bem inspirada foi a Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Criminais, e que, apesar de alguns defeitos de técnica e de severas críticas pela introdução de novos institutos penais, representou um avanço no sistema processual que merece ser assimilado definitivamente pelo ordenamento jurídico do País [3].

É evidente que essa legislação não deve e não pode ser interpretada sob o prisma de uma legislação anterior que com ela não é consentânea, nem com os olhos de um sistema penal-processual penal totalmente esgarçado que, sofrivelmente, se mantém como sistema apenas porque ninguém teve a coragem de passar-lhe a tesoura nos poucos pontos de afinidade que ainda restam.

Daí porque alguns dogmas do Direito Processual Penal devem ceder diante de alguns princípios específicos dos Juizados. Consequentemente, algumas condutas tradicionais dos sujeitos da relação processual, especialmente daquele que a preside — o Juiz — devem ser relativizados.

Exatamente nesse espaço de uma nova exigência ético-profissional, entram em cena princípios específicos dos Juizados e princípios constitucionais que podem fundamentar a pretensão de termos, também nos Juizados Criminais, um ativismo judicial.

Repita-se: não que esse ativismo se manifeste de forma a transformar o Juiz em investigador. Não, sua posição eqüidistante e imparcial deve, a todo o custo, ser mantida. Mas o magistrado penal do Juizado não deve nem pode limitar-se a receber ou rejeitar a denúncia, colher a prova e sentenciar, sem qualquer compromisso com o objetivo maior do Juizado, que é a pacificação social, traduzido nos princípios constitucionais da oralidade e da mitigação relativa do princípio da obrigatoriedade da ação penal (diante da possibilidade de transação penal), bem como na composição civil e nos princípios específicos de preferência pela aplicação de pena não privativa de liberdade e da busca da reparação de danos.

Estes princípios dotam o Juiz do Juizado de outra postura institucional, sobretudo e especialmente nas infrações de iniciativa privada e condicionada à representação, obrigando-o a interagir com as partes envolvidas, ouvindo-as e auscultando delas quais os objetivos pelos quais estão em juízo. O Juizado Criminal deve ser um espaço institucional destinado a que as partes envolvidas (suposto autor do fato e suposta vítima) exercitem a retórica, até mesmo para que o Juiz possa aquilatar a extensão e a natureza da desavença. O Juiz deve procurar saber o que as partes envolvidas esperam do Judiciário, porque,

---

[3] Não se está minizando as críticas formuladas ao procedimento dos Juizados Criminais, tampouco ao instituto da transação penal, mas deve-se constatar que ambos - o procedimento célere dos Juizados e a transação penal - vieram, inequivocamente, preencher um espaço ocioso que os procedimentos do Código de Processo Penal e as sanções penais não preenchiam. Quando se fala em *ocioso*, pretende-se dizer que a maioria dos crimes que hoje estão sob a competência dos Juizados sequer alcançavam o Judiciário, ficando a sociedade à mercê de si própria para resolvê-los.

inúmeras vezes, por desinformação, elas buscam no juízo criminal uma satisfação não-penal (a pensão de alimentos em um crime de lesão corporal entre cônjuges, ou o afastamento do lar, no mesmo crime; a divisão de bens em um crime de exercício arbitrário das próprias razões entre parentes; a regulamentação da guarda de filhos em um crime de ameaça entre pais, *etc.*). Ouvindo-as e informando-as, o Juiz pode convencê-las a celebrar uma composição [4] ou a levar sua pretensão a outro órgão do Judiciário, de modo a deixar livre a jurisdição penal para os casos que realmente carecem de sua intervenção, como *ultima ratio* [5] que é.

Portanto, é na fase que antecede o recebimento da denúncia ou da queixa que o Juiz deve levar ao extremo o princípio da oralidade, seja na audiência preliminar, seja na audiência de instrução e julgamento, permitindo às partes envolvidas usarem da palavra para atingirem um estado de pacificação que afaste a necessidade do exercício de uma pretensão penal, seja pela renúncia da retratação, seja pela composição civil, ou, por fim, mediante a transação penal acaso ofertada pelo querelante ou pelo Ministério Público.

Desse modo, o Juiz de Juizado Criminal não pode assumir a mesma postura eqüidistante do Juiz Penal tradicional, porque este não está jungido aos princípios que presidem os Juizados. Somente após o esgotamento de todas as possibilidades de evitar o litígio penal, aí, sim, o Juiz do Juizado deve centrar-se na condução da audiência, mantida a mesma imparcialidade e eqüidistância que caracterizam o sistema acusatório penal.

Não só o Juiz, mas também o Promotor e o Defensor Público em atuação no Juizado Criminal devem buscar um novo perfil que se coloque a serviço dos ideais da Constituição e da Lei nº 9.099/95, esforçando-se todos para concretizar a pacificação social dos envolvidos.

Mas outros princípios específicos da Lei nº 9.099/95, confrontados com conhecidos princípios constitucionais, provocam outro realinhamento de postura especificamente do Promotor de Juizados Criminais.

---

[4] Tal composição pode até mesmo ter por objeto questões de família, que podem ser acertadas e reduzidas a termo pelo Juiz do Juizado Criminal, como permite o enunciado consolidado nº 30 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

[5] Esse entendimento tem por base o princípio da subsidiariedade do Direito Penal, decorrente do princípio constitucional da dignidade. A propósito, consulte-se Luisi, Luiz, *Os princípios Constitucionais Penais*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991 e "Bens Constitucionais e Criminalização, in *Revista Eletrônica do Conselho de Justiça Federal*, nº 5, http://www.cjf.gov.br/Publicacoes.

III. Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal e os Princípios Constitucionais da Dignidade e da Proporcionalidade

Em trabalho acadêmico [6], procurou-se estudar a justa causa penal à luz dos princípios constitucionais da dignidade e da proporcionalidade. Chegou-se à conclusão de que a justa causa penal está indissociavelmente vinculada aos referidos princípios constitucionais, que seriam critérios inafastáveis para detectar sua presença ou sua ausência na denúncia ou na queixa-crime.

Concluíram os autores que "*para evitar a propositura de lides temerárias, em que se ofende o status dignitatis do indivíduo, faz-se imprescindível que verifique o juiz, quando da decisão de recebimento da denúncia ou da queixa, se está presente a justa causa, consubstanciada em provas mínimas da existência de indícios de autoria e existência do delito, no interesse de agir, na tipicidade, no respeito ao princípio da proporcionalidade que reclama uma adequada avaliação custo-benefício, na real e séria lesão ao bem jurídico a justificar a pretensão de punição estatal como* ***ultima ratio*** *para a defesa social*" [7].

Concordando com a exposição dos autores, o próximo passo será admitir que também o princípio da obrigatoriedade da ação penal se subordina aos princípios da dignidade e da proporcionalidade. Ora, se o Direito Penal é reconhecidamente fragmentário e é a *ultima ratio*, o que equivale dizer que sua atuação só se legitima constitucionalmente quando é o único meio adequado e necessário de reação do ordenamento jurídico contra o ato do agente, o exercício da ação penal também só se legitimará quando for o único meio processual adequado e necessário para lidar com o agente de um suposto ilícito penal.

Caso contrário, se outras soluções forem possíveis, e mesmo assim, postula-se em juízo penal uma sanção penal, ocorre uma desproporção de meios que ofende os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Consequentemente, o Promotor de Justiça não está obrigado a denunciar, mesmo em presença de um fato típico, se sua denúncia não se justificar como o meio processual adequado para lidar com a ação do agente. A tipicidade é um indício da antijuridicidade, mas não é, por si só, suficiente para fazer mover a máquina persecutória estatal. Algumas vezes, o fato típico não justifica a demanda penal, o que ocorre quando o desvalor da conduta imputada ao agente não seja maior do que o proveito social que advirá em submeter-se alguém ao processo criminal. Ou, em outros termos, quando a conduta não seja grave o bastante para justificar a pretensão de imposição de uma sanção penal, que é o mais severo modo de reação do Direito. Nesse caso, quando o fato narrado puder ser tratado por outro modo menos ofensivo à dignidade da pessoa humana, e mais proveitoso socialmente, não haverá justa causa para a propositura da ação penal,

---

[6] Carvalho, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, Chagas, Fernando Cerqueira, Ferrer, Flávia e Baldez, Paulo de Oliveira Lanzelloti – "Justa Causa Penal – Constitucional", trabalho ainda não publicado.

[7] *Ibidem.*

considerando-se tratar-se o Direito Penal de *ultima ratio* para recompor o tecido social injustamente violado.

Naquele mesmo trabalho acadêmico [8], os autores listaram alguns casos pesquisados nos XV e XVI Juizados Criminais da Capital e no Juizado Criminal de Nova Iguaçu, em que a denúncia não se sustentava, diante da teoria acima traçada:

> 1°) Denúncia por infração ao artigo 65 da Lei das Contravenções Penais, narrando que a autora do fato teria ido "à casa da vítima, fazendo escândalo e, com acinte, querendo satisfações sobre uma notícia de que teria envolvimento amoroso com o marido desta";
>
> 2ª) Denúncia por infração ao artigo 65 da Lei das Contravenções Penais, narrando que os autores do fato "não procuraram impedir o barulho produzido por animais de que tinham a guarda";
>
> 3°) Denúncia por infração ao artigo 65 da Lei das Contravenções Penais, narrando que o autor do fato "teria jogado ovos crus nas janelas e paredes da casa das vítimas";
>
> 4°) Denúncia por infração ao artigo 65 da Lei das Contravenções Penais, narrando que o autor do fato "teria colocado cola *superbonder* na fechadura da casa da vítima";
>
> 5°) Denúncia por infração ao artigo 147 do Código Penal, narrando que o autor do fato "ameaçara comparecer no local de trabalho da vítima e fazer escândalo, para causar sua demissão";
>
> 6°) Denúncia por infração ao artigo 147 do Código Penal por suposta "ameaça de fazer macumba para causar o mal da vítima";
>
> 7°) Denúncia por infração ao artigo 37 da Lei das Contravenções Penais por "arremessar detritos (como pedaços de pão) na piscina da casa vizinha";
>
> 8°) Denúncia por infração ao artigo 147 do Código Penal por ameaça de "fazer magia negra para causar a morte da vítima".

Segundo os autores, em todos os casos, a par da atipicidade de alguns deles, forçoso seria reconhecer que as condutas narradas não tinham o desvalor que justificasse a pretensão punitiva estatal [9]. Não se negam os inconvenientes

---

[8] *Op. cit.*, nota 6.

[9] A segunda delas narra fato atípico por falta de dever jurídico de agir, mas o exemplo se presta para o exame do desvalor da conduta.

trazidos pelas referidas condutas, mas não é no processo penal que elas devem ser tratadas adequadamente. Não havia, portanto, justa causa para o recebimento das respectivas demandas [10].

Assim, o princípio da obrigatoriedade da ação penal está subordinado aos princípios da dignidade e da proporcionalidade, que reclamam uma adequada avaliação custo-benefício da real e séria lesão ao bem jurídico, a justificar a pretensão de punição estatal como *ultima ratio* para a defesa social.

Ausente o proveito social que legitime submeter-se alguém a um processo penal, com soluções penais que devem ser guardadas como *ultima ratio*, o princípio da proporcionalidade se sobrepõe ao da obrigatoriedade e justifica a não-propositura da demanda penal.

Em todo o caso, se proposta a demanda com infringência da relação custo-benefício que caracteriza o princípio constitucional da proporcionalidade, resta ao Juiz a rejeição da denúncia.

Prossigamos, porém, na fundamentação de outra postura nos atores dos Juizados Criminais.

IV. Princípio da Busca da Reparação do Dano

Em uma legislação que privilegia a busca por soluções não-penais, tanto que erige a princípio constitucional a preferência pela aplicação de pena não-privativa de liberdade, impõe rever o tratamento da reparação do dano por uma óptica mais abrangente.

Afaste-se, porém, e desde logo, qualquer receio de reduzir o processo penal a um instrumento de reparações pecuniárias, privatizando-o. Não é disso que se cuidará.

A busca da reparação do dano é um princípio dos Juizados Criminais, expresso no artigo 62 da Lei nº 9.099/95. Sua importância é tanta que, nas ações de iniciativa privada e pública condicionada à representação, a obtenção da reparação do dano – que representa uma composição civil – leva à renúncia do direito de queixa ou de representação e, consequentemente, à extinção da punibilidade.

Mas a questão que se coloca consiste em indagar se qualquer acordo de vontades, mesmo sem caráter pecuniário, importa em reparação de dano e pode ser homologada como composição civil, nas ações de iniciativa privada e pública condicionada à representação. E, ainda, como segundo problema, se essa reparação de dano poderia ensejar qualquer efeito na ação penal de iniciativa pública, em que pese a lei não lhe conferir nenhum, de modo expresso.

Para tentar responder às duas indagações, uma consideração inicial deve ser feita. Alçada a princípio específico dos Juizados Criminais, a reparação, no

[10] Em todos os casos reportados, houve rejeição da denúncia.

âmbito dos Juizados e em algumas infrações de menor potencial ofensivo, se aparta daquela função meramente atenuadora da pena, a ela reservada pelo artigo 65, III, alínea **b**, do Código Penal.

Quanto à primeira questão, há que se dizer que o sistema dos Juizados Criminais busca a pacificação social, tanto que deu especial atenção à reparação do dano, que é um dos vários meios de obtê-la. Se obtida a pacificação social, ainda que sem conteúdo pecuniário, deve ser homologada e, com isso, extinguir-se a punibilidade, em caso de ação de iniciativa privada ou pública condicionada à representação. Para tanto, bastaria simplesmente um mero acordo de vontades, pelo qual os envolvidos expressassem a sua pacificação. Evidentemente que esse acordo, mesmo homologado, não constituiria título a ser executado no cível, por falta dos elementos necessários para a formação de um título executivo judicial.

Ainda na mesma hipótese, se já exteriorizada a representação e oferecida a denúncia, nos crimes de iniciativa pública condicionada à representação, não se deve aplicar o limite temporal do artigo 25 do Código de Processo Penal, podendo ser homologada a composição civil, mesmo após o oferecimento da denúncia, com a conseqüência da extinção da punibilidade [11]. É que não se deve aplicar os dispositivos do Código de Processo Penal que não forem consentâneos com o sistema da Lei nº 9.099/95 e o artigo 25, citado, certamente não o é.

E, caso recebida a denúncia, ainda assim, a composição civil (seja na forma de uma genérica pacificação) deve surtir efeitos penais em algumas espécies singulares de infração penal de menor potencial ofensivo, de iniciativa pública condicionada à representação, caracterizadas por serem oriundas de relações de parentesco ou de vizinhança. Isso acontece com freqüência no crime de ameaça, em que os parentes ou vizinhos acabam por se pacificarem após o recebimento da denúncia. De que adianta prosseguir com o processo e condenar o agente quando um dos princípios do Juizado foi atingido plenamente? Seria o caso de entender que a composição civil — na forma de reparação do dano via pacificação social — provocaria a perda da justa causa para o prosseguimento da ação penal, gerando a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Normalmente, quando ocorre tal situação, os Juízes e Promotores acabam sendo forçados a abreviar o procedimento para chegar-se logo à absolvição, mas esta solução é artificial porque simula um julgamento quando o que fica patente é a perda da causa que legitima o prosseguimento do processo penal.

Quanto à segunda indagação — pacificação em crime de iniciativa pública — a questão é mais complexa ainda, pela absoluta indiferença da lei com a vontade da vítima. Mas, tratando-se de infração de menor potencial ofensivo surgida em meio a relações de parentesco ou de vizinhança, a mesma carência

---

[11] GERALDO PRADO foi dos primeiros a sustentar que a retratação da representação deve levar à extinção da punibilidade para além do momento de oferecimento da denúncia (*Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Comentada e Anotada*, p. 287, 2ª edição, Ed. Lumen Juris).

de legitimidade para o prosseguimento da ação penal também assoma. De que adianta, por exemplo, denunciar e condenar um parente por violação do domicílio de outro parente, quando ambos se pacificaram? Que proveito extrairia a sociedade da sentença condenatória e mesmo do processo penal? Seria necessário aguardar-se o fim do procedimento para proferir-se uma sentença absolutória? Como na primeira indagação, aqui também teria desaparecido a legitimidade que justifica o procedimento penal.

Naquele trabalho acima referido [12], os autores concluíram do mesmo modo. No entanto, fizeram uma importante advertência: "*É evidente que a pacificação social só tem a dimensão defendida acima naquelas infrações de menor potencial ofensivo e que envolvam relações familiares ou de vizinhança. Em infrações mais graves ou em outro contexto que não aqueles mencionados, não teria a mesma potência para impedir o curso da ação penal. A importância da existência do contexto de relações familiares ou de vizinhança se justifica porque, no intenso contato físico que tais relações provocam, deve-se evitar a permanência de sentimentos negativos avivados pelo processo penal, em prol da tolerância que tais relações impõem como regra de conduta*".

Deste modo, obtida a pacificação social naquelas hipóteses, a demanda não pode ser recebida por falta de justa causa, seja a ação de iniciativa pública incondicionada ou condicionada à representação. Se já recebida, o litígio deveria ser encerrado pela perda de justa causa, o que equivaleria à perda de objeto, ensejando a extinção do processo sem julgamento do mérito.

V. Conclusão

A conclusão a que se chega é que o Juiz e o Promotor de Juizado Criminal devem buscar outro perfil, um tanto diferente do tradicional, porque estão vinculados a outros e novos princípios específicos da Lei nº 9.099/95, que se coligam inteiramente e logicamente com outros princípios constitucionais.

Tais princípios precisam ser exercitados com criatividade e bom senso, para que os Juizados Criminais possam dar conta da missão que lhe foi imposta de contribuir para a pacificação de uma sociedade já por demais conturbada e com tantos problemas sociais e econômicos por superar.

A idéia, portanto, está lançada para que busque o imprescindível aperfeiçoamento com as indispensáveis contribuições dos que lidam com os Juizados Criminais ou estudam o seu sistema.

---

[12] *Op. Cit.*, Nota 6.

(*) Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho é Juiz de Direito no Estado do Rio de Janeiro, Coordenador Acadêmico e Professor do Mestrado da Universidade Estácio de Sá, Coordenador e Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Doutor pela UERJ e Mestre pela PUC-RJ.

O Ministério Público pode ou não investigar? Uma análise de recente decisão do STF. [1]

MARCELLUS POLASTRI LIMA (*)

SUMÁRIO: **1.** Uma decisão surpreendente. **2.** Da não exclusividade da investigação criminal pela Polícia. **3.** A investigação própria por parte do Ministério Público. **4.** A autorização Constitucional e legal para o atuar investigatório do *Parquet*. **5.** Uma decisão que não se adequa a precedentes do STF. **6.** Conclusão.

1. *Uma decisão surpreendente.*

Há pouco tempo, a comunidade jurídica nacional foi surpreendida com o resultado do julgamento, pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, do *Habeas Corpus* 81.326-7, do Distrito Federal, sendo relator o Ministro Nelson Jobim, quando, por unanimidade, se deliberou que o Ministério Público não pode investigar, sendo a investigação policial, no Brasil, exclusiva da polícia judiciária.

Esta é a ementa do acórdão:

> "EMENTA: ***Recurso ordinário em habeas corpus. Ministério Público. Inquérito administrativo. Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da atividade policial/DF. Portaria. Publicidade. Atos de investigação. Inquirição. Ilegitimidade.***
> **1. Portaria. Publicidade.**
> A Portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ.
> Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes.

---

[1] Artigo publicado originalmente na *Revista de Ciências Criminais* n. 46, IBCCRIM. São Paulo: Revista dos Tribunais Ed., jan-fev.2004, pp. 371/390 (com acréscimos referente ao julgamento de mérito da ADIn 1570-DF, pelo Pleno do STF).

2. Inquirição de autoridade administrativa. Ilegitimidade.

A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (Constituição Federal, art. 129, inc. VII).

A norma constitucional não contemplou a possibilidade do *Parquet* realizar e presidir inquérito policial.

Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crimes. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes.

O recorrente é Delegado de Polícia e, portanto, autoridade administrativa.

Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação. Chefia de Polícia. Corregedoria.

Recurso conhecido e provido."

Como frisado, o julgamento trouxe surpresa e até certa perplexidade, pois o STJ, reiteradamente, já vinha decidindo que o *Parquet* poderia investigar infrações criminais diretamente e o próprio STF já tinha decisões neste sentido.

E o que mais causava espécie no acórdão era, *data venia*, a equivocada fundamentação do voto condutor do eminente Ministro Relator.

Sim, pois se baseia o Ministro Relator, para fundamentar seu voto em precedentes legislativos e decisões do STF *anteriores à Constituição de 1988* e, como é sabido, com a nova Constituição foi dada uma nova roupagem ao Código de Processo Penal, depurando o sistema acusatório de nosso Processo Penal, antes, nitidamente, de caráter acusatório misto.

Outrossim, como é intuitivo, para uma boa hermenêutica jurídica, o método histórico, utilizado pelo Ministro Relator, é o que mais pode levar a equívocos interpretativos, sendo melhor a utilização do método teleológico, junto com os demais meios hermenêuticos.

2. *Da não exclusividade da investigação criminal pela Polícia.*

De qualquer modo, a decisão foi equivocada, também, por outros motivos, seja ao exame de normas já insertas no vetusto Código de Processo Penal, seja ao exame da nova Constituição e Leis posteriores à mesma.

Assim é que o art. 12 do CPP dispõe que o inquérito policial deverá acompanhar a ação penal *quando sirva de base para ela*, e, destarte, se vê que poderá existir ação penal sem que tenha havido inquérito policial, ou seja, apesar da investigação preliminar do inquérito ser feita para fundamentar a futura ação

penal, o processo pode existir sem esta, o que demonstra a *autonomia* do inquérito policial, sendo no Brasil, facultativa a instauração do inquérito. Assim, trata-se o inquérito de procedimento pré-processual autônomo e instrumental.

Portanto, o inquérito, pelo CPP, não é necessário para a instauração da ação penal, sendo sua instauração no Brasil *facultativa*, ao contrário de outras legislações alienígenas que contemplam o sistema obrigatório.[2]

Basta se atentar para os artigos 12, 27, 28, 39, 5º e 40 do CPP, para se perceber que, no Brasil, o promotor pode dispensar o inquérito, iniciando a ação com simples peças de informação ou representação da vítima, desde que contenham os elementos indispensáveis para tal.

Partindo-se desta premissa irrefutável, não sendo o inquérito policial indispensável no Brasil, devemos nos ater a duas indagações: **1.** A investigação criminal seria exclusiva da polícia no Brasil? **2.** Poderia o Ministério Público, também, realizar investigações criminais?

Dispõe o art. 144, § 1°, IV e § 4°, da Constituição Federal:

> "**Art. 144.** A Segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
>
> **I.** Polícia Federal.
> **II.** Polícia Rodoviária Federal.
> **III.** Polícia Ferroviária Federal.
> **IV.** Polícias Civis.
> **V.** Policias Militares e Corpo de Bombeiros Militares.
> **§ 1°** - À polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:
>
> .....
>
> IV - *exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.* (grifo nosso).
>
> § 4° - *Às polícias civis, dirigidas por delegados de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.*"(grifo nosso).

Portanto, consoante expressa previsão constitucional, a *exclusividade* para **exercer** a *polícia judiciária* é deferida somente à Polícia Federal.

---

[2] Exemplo da obrigatoriedade na instauração de inquérito encontramos na Espanha.

Destarte, a Constituição Federal não dá às policias civis dos Estados-Membros a exclusividade de apuração das infrações penais, e nem mesmo das atividades de polícia judiciária, pois o que faz é dizer que *incumbe* à polícia civil as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, mas sem o caráter de *privatividade*. [3]

Como já salientamos em outra ocasião: A Constituição, quando desejou dar foro de privatividade a algum exercício de função, assim manifestou-se de forma expressa, como ao dizer que cabe ao Ministério Público promover *privativamente* a ação penal pública. (cf. art. 129, I, da CF). [4]

Conforme leciona VICENTE GRECO FILHO: "Exceto o caso da Polícia Federal, quanto à Polícia Judiciária da União, o princípio que rege a atividade policial é o da não-exclusividade, ou seja, admite-se que mais de um órgão apure infrações penais, o que, ademais, é de interesse público." [5]

Entendemos que, mesmo em relação à Polícia Federal, o que é exclusivo é o exercício da *polícia judiciária*, e não a apuração de crimes (art. 144, § 1°, IV), já que a própria Constituição elenca exceções à regra geral, considerando ainda que as funções de polícia judiciária não se refletem necessariamente na apuração de crimes, cabendo também auxiliar a justiça criminal, fornecer informações necessárias à instrução e julgamentos de processos, realizar diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público e cumprir mandados de prisão, na forma do art. 13 do CPP.

Consoante AURY LOPES JR.: "Não dispôs a Constituição que a polícia judiciária tenha competência exclusiva para investigar, pois o art. 144, §§1°, I, e 4°, simplesmente prevêem que a Polícia Federal e a Civil deverão exercer as funções de polícia judiciária, apurando as infrações penais. Não existe *exclusividade* desta tarefa, inclusive porque quando pretendeu estabelecer a exclusividade de competência, o legislador o fez de forma expressa e inequívoca." [6] [7]

Observa HUGO NIGRO MAZZILLI que:

> "se não se admitisse a possibilidade de apuração autônoma de crimes, por outros meios que não a polícia judiciária, haveria grave risco de inviabilizar-se, em certos casos, a apuração administrativa de algumas infrações penais". [8]

---

[3] O próprio STF julgou que " Ao cuidar das funções de polícia judiciária e investigações criminais atribuídas às Polícias Civis, o texto constitucional do parágrafo 4° do art. 144 não utiliza o termo exclusividade"(ADIn 1517-DF, Rel. Ministro Maurício Corrêa, in *Informativo STF-71.*)

[4] LIMA, Marcellus Polastri. "O Controle Externo da Atividade Policial", in *Suplemento Jurídico do Diário Oficial do Rio de Janeiro*, ano III, n. 31, janeiro de 1991.

[5] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva,1993, p. 82.

[6] LOPES JUNIOR. Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 142/143.

[7] *Cf.* arts. 22, 49 e 51 da CF.

[8] MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 179.

Verificado que não existe monopólio exclusivo da polícia para elaboração da investigação criminal, fica evidente que outras autoridades poderão proceder a investigações criminais, como, aliás, deflui, de maneira solar, do parágrafo único do art. 4º do CPP.

Por outro lado, na Carta Magna os artigos 129, I, VI, VIII e IX, autorizam a investigação pelo Ministério Público, o art. 58, § 3º, trata do inquérito procedido pelas Comissões Parlamentares de Inquérito e os arts. 71, 74, § 2º estabelecem a investigação pelo Tribunal de Contas.

Da mesma forma, leis ordinárias especiais, recepcionadas pela nova ordem constitucional, estabelecem investigações conduzidas por outros órgãos, que não a polícia judiciária, ou os substituem por elementos outros, a saber: na Lei de Falência (inquérito judicial), Lei de Imprensa (exige somente cópia do escrito ou a notificação à emissora), Lei 4.898 (basta a representação), Crimes contra a Saúde Pública (inquéritos por autoridades administrativas alfandegárias), e no caso de detectação de prática de crimes em Sindicâncias Administrativas, cujas cópias deverão ser enviadas ao Ministério Público, para formação de *opinio delicti*, existindo ainda o inquérito civil, presidido pelo *Parquet*, que *v.g.*, pode, em seu bojo, apurar crimes contra o meio ambiente.

Assim, continua em vigor, plenamente recepcionado pela Constituição de 1988, o parágrafo único do art. 4º do CPP, que estabelece que "a competência (leia-se atribuição) definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função". *

3. *A investigação própria por parte do Ministério Público.*

Obviamente, não sendo a Polícia Judiciária detentora de exclusividade na apuração de infrações penais, deflui que nada obsta que o Ministério Público promova diretamente investigações próprias para elucidação de delitos.

De há muito FREDERICO MARQUES defendia que o Ministério Público poderia, como órgão do Estado-Administração e interessado direto na propositura da ação penal, atuar em atividade investigatória. [9]

E afirmava o mestre:

> "Se é o Estado-Administração quem investiga e acusa, é irrelevante o órgão a quem ele atribua uma ou outra função. No juízo ou no inquérito quem está

---

* Observe-se que a recente Lei 9.043, de 09/05/95, alterou a expressão "jurisdição" para "circunscrição", *caput* do referido artigo, esquecendo-se, entretanto, da equivocada expressão do parágrafo único.

[9] *Cf.* MARQUES, José Frederico. "Promotores no Inquérito Policial", in *Estudos de Direito Processual Penal*, 2ª ed., Campinas, Millenium, 2001.

> presente é esse Estado-Administração. Que importa, pois, que ele se faça representar, na fase investigatória, também pelo Ministério Público?" [10]

Como já visto, o art. 4° do CPP dispõe, em seu parágrafo único, inteiramente recepcionado pela nova ordem constitucional, que a atribuição para apuração de infrações penais não exclui a de autoridades administrativas, a quem, por lei, seja cometida a função.

Assim, exercendo o *Parquet* a investigação se posiciona na situação de autoridade administrativa, já que, aqui, não é parte, como no processo penal, e, ao encarregar-se de apuração de infração penal, através de colheita de provas, pode o órgão do Ministério Público praticar uma gama variada de atos, e, tal como no caso de requisição de inquérito, está sujeito a controle de legalidade, podendo, inclusive, ser considerado autoridade coatora para fins de *Habeas Corpus e* Mandado de Segurança.

A atual boa doutrina é uníssona quanto à possibilidade do *Parquet* investigar, consoante o saudoso JÚLIO FABBRINI MIRABETE, citando vários autores:

> "Tem o Ministério legitimidade para proceder a investigações e diligências conforme determinarem as leis orgânicas estaduais" [11]

E, acrescente-se, isto se dá, ao contrário do que afirma o eminente Ministro Relator no acórdão citado, *na forma da Constituição e de outras leis infraconstitucionais.*

O velho Código de Processo Penal já dispensava o inquérito policial para o oferecimento da ação penal, desde que dispusesse o Ministério Público de *peças de informação*, e TOURINHO FILHO, considerando que o fim do inquérito é justamente o embasamento da ação penal pelo promotor, asseverava que:

> "...desde que o titular da ação penal tenha em mãos as informações necessárias, isto é, os elementos imprescindíveis ao oferecimento da denúncia ou queixa, é evidente que o inquérito será perfeitamente dispensável ... E não é só: o art. 27 do CPP dispõe que qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção." [12]

---

[10] Obra citada, p. 87.

[11] MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 36.

[12] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Curso de Processo Penal*, vol. I, 23ª ed., São Paulo: Saraiva. 2001, p. 178.

O inciso VI do art. 129 da Carta Magna veio solidificar esta posição, instrumentalizando o agir do Ministério Público, ao assegurar ao *Parquet* a expedição de notificações e requisições de informações e documentos *nos procedimentos de sua atribuição.*

Trata-se, à saciedade, de coleta direta de elementos de convicção pelo promotor para elaborar *opinio delicti* e, se for o caso, oferecimento de denúncia, uma vez que, como já asseverado, não está o membro do Ministério Público adstrito às investigações da polícia judiciária, podendo colher provas em seu gabinete ou fora deste, para respaldar a instauração da ação penal.

Portanto, recebendo o promotor notícia de prática delituosa, terá o poder-dever de colher os elementos confirmatórios, colhendo declarações e requisitando as provas necessárias para formar sua *opinio delicti.*

Obviamente que tais elementos probatórios terão o mesmo tratamento daqueles colhidos inquisitorialmente pela polícia, devendo ser ratificados em juízo para embasar decreto condenatório.

Nenhuma contradição ou conflito existe em relação à colheita de provas e posterior oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público, como a princípio pode parecer. A autoridade policial assim já agia no chamado procedimento judicialiforme, hoje revogado, e a parte privada pode colher elementos probatórios, à toda evidência, para embasar a queixa-crime, e nestes casos ninguém se atreve a defender a impossibilidade deste atuar.

Como bem conclui MÁRCIO LUÍS CHILA FREYESLEBEN: "a investigação criminal presidida pelo promotor é absolutamente normal e amparada em lei" [13].

E, neste sentido, também HUGO NIGRO MAZZILLI, se referindo ao Ministério Público:

> "Seria um contra-senso negar-lhe a possibilidade de investigação direta de infrações penais, quando isto se faça necessário, seja nos casos em que a polícia tenha dificuldades, seja até mesmo quando os próprios policiais, porque envolvidos em crime, tenham desinteresse na apuração dos fatos." [14]

E assim já se posicionava a jurisprudência do STJ e dos Tribunais Regionais Federais:

> ***"Processual Penal. Denúncia. Impedimento. Ministério Público.***

---

[13] FREYSLEBEN, Márcio Luis Chila. *O Ministério Público e a Polícia Judiciária: Controle Externo da Atividade Policial*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993, pp. 16-17.

[14] MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, p. 169.

> I. A atuação do promotor na fase investigatória - pré-processual - não o incompatibiliza para o exercício da correspondente ação penal.
> II. Não causa nulidade o fato do promotor, para formação da *opinio delicti*, colher preliminarmente as provas necessárias para a ação penal.
> III. Recurso improvido". (STJ - RHC 3.586.2/PA, 6ª. T., Rel. Pedro Acioli, *DJU* 30.05.94.)

O STJ, em outra ocasião, assim dispôs:

> "O Ministério Público, como órgão de defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis (CF, art. 127), tem competência para instaurar inquérito policial para investigar a prática de atos abusivos, suscetíveis de causar lesão a tais interesses coletivos".
> A instauração de tal procedimento não provoca qualquer constrangimento ilegal ao direito de locomoção, revelando-se, por isso, impróprio o uso de *habeas corpus* para coibir eventuais irregularidades a ele atribuídos". (RHC nº 7.063-PR, Rel. Min. Vicente Leal, *DJU* de 14.12.1998).

> " São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos, visando oferecer denúncia"(HC nº 7.445-RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* de 01.02.1999)".

E esta é a posição dos Tribunais Regionais Federais:

> "***Habeas-Corpus - Denúncia oferecida com base em investigações procedidas pelo Ministério Público.***
> **1.** O inquérito é, em regra, atribuição da autoridade policial.
> **2.** O *Parquet* pode investigar fatos, poder que se inclui no mais amplo de fiscalizar a correta aplicação da lei ... (TFR - 4ª. Região, HC 97.0426750-9/PR, Rel. Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, 24.06.97 - *DJU* de 16.07 /97).

Acrescentou o TFR da 4º Região, no último acórdão, que "tal poder do órgão ministerial mais avulta, quando os envolvidos na infração penal são autoridades policiais submetidas ao controle externo do Ministério Público".

Dispôs, em outro julgado, o mesmo Tribunal:

> *" Atos investigatórios realizados diretamente pelo Ministério Público. Validade reconhecida.*
> I. São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações e documentos para instruir seus procedimentos, visando oferecimento de denúncia.
> II. Ordem que se denega." [15]

Hoje, a matéria é, inclusive, sumulada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> **"Súmula 234 do STJ:** *'A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.' "*

Mas não é só. O próprio STF também se inclinava nesta direção:

> *"Regular participação do Órgão do Ministério Público em fase investigatória e falta de oportuna argüição da suposta suspeição do magistrado. Pedido indeferido".* (HC nº 75.769-3-MG, 1ª T., Rel. Min. Octávio Gallotti, v.u., j. em 30.09.97, *DJU* de 28.11.97).

Como dito *supra*, o método histórico utilizado pelo eminente relator não nos leva a um bom resultado hermenêutico, sendo melhor, em matéria de hermenêutica, a utilização do método teleológico e, conforme argumentam ALUISIO FIRMO GUIMARÃES DA SILVA e outros:

> "... mesmo não se considerando **explícita** a autorização constitucional para que o Ministério Público conduza investigações criminais diretamente, se invocada a Teoria dos Poderes Implícitos, cunhada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *MacCulloch vs. Maryland*, de inegável aplicação no direito constitucional brasileiro, [16] quando o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-fim), implicitamente estará concedendo-lhe os meios necessários ao atingimento

---

[15] HC 7445/RJ, 5ª Turma, Relator Min. Gilson Dipp, *DJU* 1.2.1999.
[16] FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 132.

> do seu objetivo (atividade-meio), sob pena de se ver frustrado o exercício do *munus* constitucional que lhe foi cometido." [17]

De se ressaltar que, conforme temos insistido, *se trata aqui de investigações procedidas pelo* ***Parquet*** *através de procedimentos próprios e não de instauração de "inquérito" por este órgão*, pois inquérito é a denominação dada ao procedimento investigatório realizado pela polícia judiciária ou outro órgão para o qual a lei determine tal nomenclatura (*v.g.*, inquérito judicial e inquérito da Comissão Parlamentar).

Importante a ressalva, uma vez que, por mais de uma vez o Eminente Ministro em seu voto condutor, se refere *" à impossibilidade do* ***Parquet*** *instaurar inquérito"*, *verbis:*

> "... A Constituição Federal dotou o MINISTÉRIO PÚBLICO do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (*cf.* art. 129, inc. VII). A norma constitucional não contemplou, porém, a possibilidade *do mesmo realizar e presidir inquérito policial"*... (grifo nosso).

Ora, não há dúvida que o Ministério Público não pode instaurar **inquérito policial** (*sic*), o que seria até teratológico, já que o Ministério Público não é **polícia.** O inquérito é meio e instrumento para investigação por parte da polícia. O *Parquet,* quando investigar, se utilizará de um procedimento próprio, e não de inquérito policial, até porque, segundo entendemos, o atuar investigatório do Ministério Público deve ser supletivo, não se autorizando a usurpação de funções próprias da autoridade policial.

Assim, até aqui, nenhuma impropriedade no voto do eminente relator, já que, por óbvio, não pode o Ministério Público *realizar inquérito policial.*

Agora, no ponto em que afirma que o Ministério Público não pode realizar diretamente diligência investigatórias é que reside o equívoco.

4. *A autorização constitucional e legal para o atuar investigatório do Parquet.*

Após a Constituição de 1988, resulta indubitável que a Constituição, mesmo que implicitamente, autoriza o *Parquet* a proceder a investigações criminais, pois, como argumenta HUGO NIGRO MAZZILLI:

---

[17] *Cf.* GUIMARÃES DA SILVA, Aluísio Firmo *et alli.* "A Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público". In *Boletim do IBCCrim* 66, maio de 1988.

> "No inciso VI do art. 129, cuida-se de procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público – e aqui também se incluem investigações destinadas à coleta direta de elementos de convicção para a *opinio delicti*: se os procedimentos administrativos de que cuida este inciso fossem apenas em matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inc. III ... Mas o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível, atingindo também a área destinada a investigações criminais." [18]

Com efeito, é claro o propósito do legislador constituinte e, ademais, podendo o Ministério Público o mais, ou seja, *requisitar a instauração de inquérito e diligências investigatórias* (hoje imperativo constitucional previsto no art. 129, VIII), obviamente, poderá o menos, ou seja, dispensá-lo, colhendo diretamente a prova.

Assevere-se que, consoante Hugo Nigro Mazzilli, subsiste, inclusive, a eventual presidência de inquéritos policiais, nos casos definidos na Lei Complementar 40/81 em seus arts. 7°, VII e 15, V, já que recepcionada, neste aspecto, pela Constituição. [19]

Depois da Constituição de 1988, com o advento da Lei 8625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), foram, mais detalhadamente, disponibilizados os instrumentos para a investigação direta pelo Ministério Público em artigos distintos, *verbis*:

> "**Art. 26.** No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:
> I - instaurar inquéritos civis *e outras medidas e procedimentos pertinentes*, e para instruí-los:
> a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;
> b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

[18] Mazzilli, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. S.P, Saraiva, 1991, p. 121.
[19] *Cf.* Ob. citada, p. 178.

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;
II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie;
III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;
IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los;
§ 1°As notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os Desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça. "

Saliente-se, ainda, a previsão de cumprimento gratuito das requisições ministeriais e comprovação firmada pelo membro do *Parquet* para efeito de não desconto de dia de trabalho, na hipótese de requisição de empregado ou funcionário (parágrafos 3° e 4°).

A exemplo do disposto na Constituição da República, entendemos que o estabelecido no item I do art. 26 da Lei 8.625/93 refere-se *não só aos inquéritos civis, como a quaisquer outros procedimentos, sendo a expressão relativa às medidas e aos procedimentos condizentes com as funções do Ministério Público, e não somente aqueles procedimentos civis, conforme estabelecido no* **caput** *do art. 26.*

Tanto é assim que o art. 26 estabelece três modalidades de exercício de funções do *Parquet* e as consequentes diligências cabíveis: **no item I**, em relação a inquéritos civis, medidas e procedimentos (obviamente próprios da atividade ministerial); **no item II**, requisições em procedimentos em que oficie, com instauração própria ou não; **no item III**, controle de legalidade e correcional através de requisição de sindicâncias ou outro procedimento em unidades administrativas e, **no item IV**, requisição de instauração de inquéritos à polícia judiciária ou órgão militar.

Também a Lei Complementar 75/93, do Ministério Público da União, que se aplica subsidiariamente aos Ministérios Públicos dos Estados-Membros, por força do art. 80 da Lei 8625/93, traz normas esparsas a respeito.

O artigo 7°, II, defere a apresentação de provas pelo Ministério Público em investigações instauradas pela Polícia Judiciária ou por Autoridade Militar, o que pressupõe a colheita direta destas provas em complementação àqueles

inquéritos e, no item III, autoriza a mesma produção de provas em inquéritos administrativos.

O artigo 8° dispõe que, *para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público poderá, nos procedimentos de sua competência*:

> " I - notificar testemunhas e requisitar condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;
> II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;
> III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;
> IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;
> V - realizar inspeções *e diligências investigatórias;*
> VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;
> VII - *expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;*
> VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;
> IX - *requisitar auxílio de força policial".* (grifos nossos).

Como se vê, a Lei Complementar 75/93 com melhor redação do que a Lei 8625/93, não deixa margem adúvidas quanto à operacionalização das investigações criminais diretas no âmbito do Ministério Público.

Este, também, o entendimento de AURY LOPES JR.:

> "Analisando os diversos incisos do art. 129 da CB, em conjunto com as Leis nº 75/93 e nº 8.625/93, especialmente o disposto nos arts. 7º e 8º da primeira e 26 da segunda, constata-se que no plano teórico está perfeitamente prevista a atividade de investigação do promotor na fase pré-processual... Resulta óbvio que se o legislador atribui ao MP a titularidade da ação penal pública – atividade fim – deverá conceder-lhe também os meios necessários para alcançar de forma mais efetiva este fim, de modo que a investigação preliminar, como atividade

instrumental e de meio, deverá estar sob seu mando". [20]

5. *Uma decisão que não se adequa a precedentes do STF.*

O que mais causa estranheza é o fato de que a decisão ora analisada é contraditória com posição do STF a respeito da não exclusividade da investigação criminal por parte da polícia e do poder investigatório do *Parquet*.

Já se fez menção, aqui, ao acórdão no HC 75.769-MG, da 1ª Turma do STF, da lavra do eminente Ministro Octávio Gallotti.

Outrossim, o que causa espécie é que, no HC 77.371-SP, o mesmo *Relator Min. Nelson Jobim* ***decidiu frontalmente em contrário da sua recente decisão****, verbis:*

> *"Habeas Corpus.* ***Processo Penal. Sentença de pronúncia. Prova colhida pelo Ministério Público.*** *Inocorre excesso de linguagem na sentença de pronúncia que apenas demonstra a existência de indícios claros e suficientes de autoria e motiva sucintamente a ocorrência da qualificadora do homicídio. E remete ao Tribunal do Júri a solução da questão.*
> *Legalidade da prova colhida pelo Ministério Público. Art. 26 da Lei 8625/93. Ordem denegada."* (grifo nosso).

Naquela oportunidade, em seu voto, assim fundamentou o Min. Nelson Jobim:

> *"Quanto à aceitação, como prova, de depoimento testemunhal colhido pelo Ministério Público, não assiste razão ao paciente, por dois motivos:* **a)** *não é prova isolada, há todo um contexto probatório em que é inserida; e* **b)** ***a Lei Orgânica do Ministério Público faculta a seus membros a prática de atos administrativos de caráter preparatório tendentes a embasar a denúncia.*** (Grifos nossos). [21]

Destarte, em ainda recente decisão, o mesmo E. Ministro Nelson Jobim *decidiu frontalmente em contrário da decisão ora analisada.*

Mas o que mais avulta em termos de incompatibilidade e contraditoriedade, por ir de encontro a uma decisão plenária, é o fato de que o *Pleno do Supremo Tribunal Federal denegou liminar requerida pela ADEPOL (Associação Nacional dos*

---

[20] Obra citada, pp. 142/143.
[21] In *Revista do Ministério Público*, nº 9, 1999, pp. 409/ 413.

Delegados de Polícia) na ADIn n.º 1517-UF, sendo Relator o Min. Maurício Corrêa, (julg. em 30/4/97, Informativo STF n.º 69), onde era questionada a constitucionalidade do art. 3.º da Lei n.º 9.034/95 (Lei de Combate ao Crime Organizado), conferidor de poderes instrutórios ao juiz na fase investigatória –, e assim conclui o julgado (vencido o Ministro Sepúlveda Pertence), verbis:

> "A investigação criminal não é monopólio da Polícia Judiciária, pois, como ressaltado pelo relator, "a Constituição não veda o deferimento por lei de funções de investigações criminais a outros entes do Poder Público, sejam agentes administrativos ou magistrados", o que, aliás, vem confirmar a indiscutível recepção da previsão contida no parágrafo único do art. 4.º do Código de Processo Penal". [22]

Ora, se o **Pleno do STF** decidiu que mesmo o juiz, que tem a função de julgar, pode investigar, o que não dizer do *Parquet*, cuja função é promover a ação penal pública, necessitando ser dotado de meios para alcançar este fim. Com muito mais razão devemos admitir a atuação do Ministério Público na investigação própria, até porque este é titular privativo do exercício da ação penal pública (art. 129, I, da CF) e destinatário da investigação criminal.

Não se pretende afirmar que foi feliz a decisão do Pleno do STF, uma vez que, para nós, o juiz, constitucionalmente, não está autorizado a investigar, já que vigora no Brasil o sistema acusatório, *ex vi* do art. 129, I, da CF, e restaria, de outra parte, comprometida a imparcialidade do mesmo, vulnerando-se a regra *ne procedat ex officio*. E, aliás, no voto vencido do lúcido Ministro Sepúlveda Pertence, não passou despercebida tal conclusão.

O que se afirma é que, no momento em que o Pleno do STF reconhece que o juiz pode investigar, resulta completamente contraditório e conflitante com a orientação da Suprema Corte o julgado capitaneado pelo eminente Ministro Nelson Jobim, ao afirmar, ao contrário, que a investigação é exclusiva da polícia e que o Ministério Público não pode realizar diligências investigatórias diretas. Se o magistrado, que deve ser imparcial, pode, com muito mais razão o *Parquet*, que tem a função de formar a *opinio delicti* e sendo parte na ação penal, deve poder.

Recentemente, julgando o mérito da ADIn 1570-DF, o Pleno do STF acabou por mudar de posição e, por maioria, fixou o entendimento que o juiz não deve investigar na fase preliminar do processo, preservando-se sua imparcialidade e

---

[22] <www.stf.gov.br>. In: ADIn. n. 1517-UF, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. em 30/4/97. Ver *Informativo do STF*, n. 69.

o devido processo legal (ADI 1570/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 12.2.2004, vencido o Min. Carlos Velloso). [23]

Porém, de qualquer modo, o fundamento da conclusão de mérito não passa pela impossibilidade de outro órgão realizar a investigação no Brasil, permanecendo, neste ponto, o entendimento que extrai do julgamento referente à liminar, ou seja: *"a Constituição não veda o deferimento por lei de funções de investigações criminais a outros entes do Poder Público, sejam agentes administrativos ou magistrados"*.

Assim, restou ratificada, pelo STF, a não- exclusividade da investigação pela polícia e, em consequência, é plenamente possível o exercício desta função, supletivamente, pelo *Parquet*.

6. *Conclusão.*

De se concluir pelos fundamentos supra, que o acórdão resultante do julgamento, pela 2º Turma do Supremo Tribunal Federal, do *Habeas Corpus* 81.326-7, do Distrito Federal, não resiste a uma análise mais profunda, sendo mais uma daquelas decisões infelizes.

Outrossim, não há que se dar tanto valor a este precedente, pois se trata de posição, queremos crer, isolada e que, fatalmente, não encontrará ressonância no STF.

Aliás, tal já se pode ver de julgamento mais recente da 1º Turma do STF, em que, apesar de ventilar questão atinente à prisão provisória, acabou tangendo o controvertido ponto, *verbis:*

> "Indeferido *habeas corpus* em que se pretendia a nulidade do decreto de prisão preventiva fundado na necessidade de garantir a ordem pública e viabilizar a instrução criminal. *O Tribunal acompanhou o voto do Min. Marco Aurélio, relator, que embora considerando ilícito o depoimento de testemunha colhido pelo Ministério Público, porquanto este órgão não tem poderes para realizar diretamente investigações conforme julgado pela Segunda Turma no RHC 81.326-DF, entendeu estar respaldada a prisão preventiva do paciente em razão dos depoimentos prestados por outras testemunhas, posteriormente assassinadas. De outra parte, os Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence deixaram expresso que não consideram ilegal o fato de a testemunha ter*

[23] Este, segundo o Informativo do STF, o resumo do julgamento: ***"Coleta de provas por Juiz: Due Process of Law.*** O Tribunal, por maioria, julgou procedente em parte o pedido formulado em

prestado depoimento ao Ministério Público. **(HC. 83.157-MT,** relator Ministro Marco Aurélio, julgado pela 1ª T. em 1.07.2003, conforme consta do *Informativo STF* nº 314). (grifo nosso).

Como se vê, do julgado, o eminente relator Ministro Marco Aurélio, ao tentar impor o equivocado precedente do julgado do RHC 81.326-DF, teve **oposição veemente de seus pares**, o que demonstra que a posição adotada naquele acórdão da 2ª Turma é isolada e, esperamos, sobretudo em nome de uma esperada coerência da Suprema Corte, que, em breve, seja pacificada a posição de que, obviamente, o *Parquet*, como *dominus litis* na ação penal pública, pode, supletivamente, realizar diligências investigatórias.

Sim, supletivamente, uma vez que não se defende aqui que o Ministério Público deva substituir a polícia em seu papel investigatório. Não. A polícia é que deve, primordialmente, investigar, pois esta é a sua principal função. Ao Ministério Público cabe, em casos extraordinários e no efetivo controle externo da atividade policial, de forma subsidiária, também investigar quando tal se faça necessário, em nome, sobretudo, do princípio da obrigatoriedade que norteia o processo penal pátrio.

---

ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 3º da Lei 9.034/95, que conferia ao juiz competência para diligenciar pessoalmente nos procedimentos de investigação e obtenção de provas nas persecuções penais relativas a atos de organizações criminosas, nas hipóteses em que houvesse possibilidade de violação de sigilo. Preliminarmente, o Tribunal considerou prejudicada a ação direta no ponto em que autorizava o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras, em razão da superveniência da LC 105/2001, hierarquicamente superior, que regulou integralmente a questão, revogando a norma impugnada por incompatibilidade. Em seguida, no que se refere aos dados, documentos e informações fiscais e eleitorais, o Tribunal julgou procedente o pedido, por ofensa ao princípio do devido processo legal, por entender que a coleta pessoal de provas desvirtua a função do juiz, de modo a comprometer a imparcialidade deste no exercício da prestação jurisdicional. Vencido o Min. Carlos Velloso, que julgava improcedente o pedido, por considerar que o caráter público do processo não proibiria, em hipóteses excepcionais, a participação ativa do juiz na busca da verdade material (Lei 9.034/95, **art. 3º**: "Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça." — "**art. 2º** - Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: ... **III** – o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.")". ADI 1570/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 12.2.2004.

(*) Marcellus Polastri Lima é Procurador de Justiça RJ, Mestre e Doutorando em Ciências Penais pela UFMG, Professor de Direito Processual Penal da Universidade Estácio de Sá - Centro, RJ, Professor dos Cursos de Pós-Graduação da UNESC - Vitória-ES, FEMISP, Salvador,BA e da Fundação Getúlio Vargas-RJ e Professor Convidado da Escola da Magistratura-RJ.

Segurança Pública (*)

MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO (**)

Numa ótica tradicionalista, a função maior do Estado é prestar segurança (do latim *secure*, significa "sem medo") aos seus cidadãos, garantindo-lhes a sua incolumidade física e moral, reflexo de uma convivência pacífica e harmoniosa entre os indivíduos.

Com o surgimento do chamado Estado de Direito, o poder de polícia sofreu limitações, mas ressurgiu a concepção de segurança preocupada com todos os campos da vida humana, em níveis nacional e internacional.

Moldou-se, pois, um novo conceito de ordem pública. Dentre as várias correntes, firmou-se como consenso "ausência de perturbação e disposição harmoniosa das relações sociais".

Em outras palavras, segurança pública seria a garantia dada pelo Estado de uma convivência social isenta de ameaça de violência, permitindo a todos o gozo dos seus direitos assegurados pela Constituição, por meio do exercício do poder de polícia.

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma inovação terminológica no que tange à responsabilidade pela segurança pública. Consoante o *caput* do art. 144 da Carta Magna, é dever e responsabilidade de todos.

Isto significa que todos os cidadãos brasileiros são responsáveis pela segurança de toda a sociedade. Portanto, mais do que uma atitude cidadã, zelar pela integridade física e moral dos indivíduos, bem como pela manutenção da ordem pública, é um dever constitucional.

As tensões sociais e a dinâmica da violência e do crime condicionam-se por fatores imponderáveis, por vezes incapazes de se prever.

Imprescindível, portanto, para esse combate, o planejamento de uma política de segurança pública com prevenção primária e uma repressão qualificada.

A avaliação do papel de cada um, não só do Poder Público, mas, também, da sociedade civil, dentro dessa política, há que levar em conta que a violência é

(*) Palestra proferida no "Auditório da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro" sobre o tema Segurança Pública, em 9 de março de 2003.

uma questão de todos, merecendo, assim, a reflexão de cada um no sentido de cooperar com o esforço geral.

Qualquer política deve ter por viso eficiência, direitos humanos, transparência na ação policial e combate à corrupção.

Uma política de segurança pública em uma concepção ampliada envolveria a articulação de medidas do sistema de justiça criminal, na esfera do Judiciário e do Ministério Público, medidas da Polícia, especificamente, e medidas pontuais de prevenção primária.

A violência precisa ser analisada dentro de um contexto psicossociocultural, suas conseqüências não podem ser dissociadas desses campos.

A resposta ao crime, concordamos, não é a soma do Direito Penal com a força. É, inclusive, equivocada a visão de que o Ministério Público se preocupa apenas com as capturas de presos, com a questão da execução penal ou com o crime consumado.

Sabemos que a violência campeia, não só porque nos faltam leis mais apropriadas, complexos são os fatores determinantes, mas não resumimos as questões a pequenas assertivas de que a "polícia prende e a justiça solta", não avaliamos o desempenho da Polícia apenas pela quantidade de inquéritos realizados e de infratores levados ao tribunal. Sobre ela refletimos e atuamos e, em particular, nós, do Ministério Público, nesse contexto, traçamos também políticas sociais, defendendo, dentre outros, a tutela da infância e juventude e os direitos coletivos em geral.

O controle externo da atividade policial, na realidade, pode ser entendido como controle da própria Segurança Pública e impõe ao Ministério Público a participação na formulação da Política de Segurança Pública juntamente com os órgãos estatais com atribuição para tanto.

Constitucionalmente, é o Ministério Público uma instituição permanente e essencial à prestação jurisdicional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Hoje, notadamente agentes de modificação social, não podemos prescindir da participação em uma política de segurança pública, relegando essa missão apenas para órgãos governamentais.

Consigna a Constituição Federal que a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, cumprindo exercê-la, dentre outras, a Polícia Civil e a Polícia Militar. Tendo o Ministério Público a atribuição constitucional do controle externo da atividade policial, tem, por igual, o dever de zelar pelo correto e efetivo exercício da segurança pública, seja fiscalizando seu cumprimento, seja participando ou, mesmo, recomendando políticas públicas na área.

Consta, inclusive, do Projeto de Segurança — único para o país — a necessidade de se aperfeiçoar a atribuição do Ministério Público para o exercício

do controle externo da atividade policial, estabelecendo-se diretrizes para a condução dos trabalhos dos policiais.

Nesse sentido, em uma estrutura pioneira, possui o Ministério Público de nosso Estado as chamadas Centrais de Inquéritos, órgãos que, por força da Resolução GPGJ 786/97 e do Provimento da CGJ - TJERJ n.º 33 / 2000, possuem atribuição para a tramitação direta de Inquéritos Policiais entre as Promotorias de Investigação Penal e a Polícia Civil.

Mesmo aqueles que resistem à idéia das Centrais de Inquéritos – e não são poucos aqueles que, em última análise, fazem dela uma questão de quantidade e índices de inquéritos policiais – já reconhecem a qualidade do trabalho de investigação que vem sendo realizado junto à Polícia Civil.

O crescente número de medidas cautelares enviadas ao Judiciário nos leva a auferir a qualidade das investigações.

Assim, entendo que, resguardadas as atribuições dos policiais e do Ministério Público dentro de um trabalho de integração, os modelos Centrais de Inquéritos seriam ideais para constar de planos de Segurança Pública.

A segurança pública, repise-se, é um dos interesses difusos cuja proteção está afeta ao Ministério Público.

Afirma o Promotor de Justiça Dr. Bruno Ferola [1] que *"A missão Constitucional Ministerial de defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, passa, por certo, por uma atuação verdadeiramente eficaz relativamente ao controle da criminalidade, trazendo-a para níveis toleráveis"*.

Os aspectos da atual criminalidade demonstram que nós não poderemos combatê-la com uma única postura processual.

Insta que todos nós participemos de planos integrados de segurança pública. Um plano de segurança pública que deve encerrar sempre um processo que se inicia com a preparação de uma verdadeira política de segurança até sua implementação na rotina de uma sociedade.

Vivemos em uma sociedade onde as fronteiras já não mais existem e, com elas, maior intercâmbio de dinheiro, armas e drogas, tornando o crime transnacional.

Urge a coesão, ainda que cada um de nós, instituições, exerça papéis diferentes, porém, sempre dentro de um mesmo contexto.

Só poderemos falar, portanto, em segurança pública, paz social e harmonia com a integração de órgãos estatais e destes com a sociedade civil organizada.

Em recentes encontros de trabalhos sobre o tema "Segurança", observamos que três termos tornaram-se rotineiros nas explanações de especialistas de todo o mundo e, ao nosso ver, revelam a tríade necessária à objetivação dos mecanismos de enfrentamento da criminalidade.

---

[1] *Globalização, Hegemonia e Periferismo e o novo Ministério Público*, Ed. Lumen Juris, 1ª edição, p. 122, 2000.

Parceria - Conhecimento - Vontade Política

As parcerias atualmente se revelam nos grupos de "força-tarefa" denominados pelos norte-americanos como "*task-force*", grupos para efetivo combate às organizações criminosas.

Concebidos para uma gestão integrada entre os diversos órgãos de persecução detentores de atribuições variadas na área penal, reúnem-se e passam a trabalhar em unidades de atuações com um único direcionamento voltado para o desmantelamento das estruturas criminosas.

Deve ser, na realidade, um grupo harmonioso e direcionado para o objetivo comum de luta contra a criminalidade, atuando sempre contra grupos criminosos que abalam localizadamente a ordem pública.

Força tarefa, parceria, gestão integrada são denominações a forças conjuntas, uma reunião de um grupo de trabalho que possui diretrizes preestabelecidas e organizadas, assim como os crimes organizados que ela deve pontualmente combater.

Quando se constata, dentro de uma determinada região, um problema de criminalidade que abala a segurança, juntam-se os esforços entre órgãos para enfrentamento estratégico.

Alguns exemplos possuímos em nosso Estado, em que, através de gestões integradas entre Polícias Estaduais, Polícia Federal, Ministério Público e Poder Judiciário, estruturas de narcotráficos foram desmontadas com prisões, combate à lavagem de dinheiro e profícuas ações penais.

Da mesma forma, com casual referência, os especialistas citam o conhecimento.

O conhecimento como a mais fidedigna tradução da inteligência, sem a qual não há como se avançar na conquista da segurança pública.

A inteligência, como instrumento estatal para obtenção e proteção do conhecimento, proporcionando a avaliação da criminalidade, do crime e do criminoso, é imprescindível às organizações voltadas à Ordem Pública.

É o manter-se informado, antecipar-se aos fatos e situações, evitar os fatos inesperados, uma necessidade daquele que decide.

A inteligência de Sun Tzu em seu livro *A Arte da Guerra*, a inteligência de Moisés, o líder dos judeus contida na Bíblia quando enviou doze espias para constatar o que havia na terra de Canaã.

Consignam ainda os especialistas, e com acerto, a necessidade do conhecimento que une tecnologia e informação para formulação de políticas e gerenciamento estratégico, estabelecendo programas conjuntos de diagnósticos e planejamentos de políticas de segurança pública baseados em sistema de informação.

Parece-nos imprescindível a implementação de uma estrutura organizacional estatal (no Rio de Janeiro, temos a SSI) com a qual, adequando-se tecnologias avançadas e métodos, teremos a adoção de medidas conducentes à produção de conhecimento sobre a criminalidade.

Dentro do contexto da integração do conhecimento, verifica-se como sendo de suma importância a articulação, de forma integrada, dos diversos atores que compõem o nosso sistema criminal.

Necessário se faz que Polícias, Ministério Público, Poder Judiciário e Sistema Prisional efetivamente se articulem e se sintam parte de um todo, que só se tornará verdadeiramente eficiente na medida em que cada um, de forma isolada, e todos, de forma integrada, exerçam suas respectivas competências não em clima de competição e/ou acusações mútuas, e sim cônscios de que ou nos organizamos e unimos esforços de forma organizada ou sucumbiremos diante do poder da criminalidade.

Uma iniciativa útil e objetiva neste sentido seria a implementação de um sistema único de controle padronizado, comum a todos os órgãos que compõem o sistema criminal, o que possibilitaria o acompanhamento dos registros efetuados pelas polícias, sua passagem pelo MP, Poder Judiciário e, se for o caso, pelo sistema prisional, tendo em vista a adoção de um número comum de controle. Sistema este que seria de grande valia para a detecção de falhas e acertos no processo, bem como a observação de forma clara dos gargalos existentes, adotando-se medidas saneadoras no sentido de que o sistema criminal efetivamente possa ser entendido como tal, ou seja, órgãos efetivamente articulados e integrados, compartilhando de informações de forma conjunta, com o objetivo de controlar a criminalidade.

Tal sistema de controle permitiria a elaboração de diagnósticos consistentes sobre a criminalidade, permitindo a avaliação sistemática e o planejamento de metas bem definidas, compartilhadas por todos os integrantes do sistema, o que seria de vital importância para a elaboração de uma política integrada de segurança pública que mereça efetivamente este nome, visto que não há política sem diagnóstico, sem informações qualificadas e consistentes.

Quando não se podem descrever com precisão as dinâmicas criminais, não é possível a elaboração de uma política global apta a permitir iniciativas preventivas e eficientes.

É da mesma forma nossa convicção: a necessidade do desenvolvimento de uma doutrina de inteligência referente à atividade policial e à luta contra o crime, a ser compartilhada por nós, órgãos responsáveis pela segurança pública.

Necessita a inteligência policial de conhecimento de campo dos meandros da criminalidade, depende de provas materiais, testemunhais e circunstanciais, assim como de evidências e informações objetivas capazes de incriminar os infratores.

De outra forma, como atuar na nossa cidade do Rio de Janeiro, situada entre a Baía de Guanabara e favelas — destinos do tráfico de drogas, respaldados pelo contrabando de armas?

Como detectar que os veículos roubados e não recuperados têm, como destino, o desmonte e adulteração para posterior comercialização?

> *"É a inteligência, ferramenta vital na busca e obtenção de dados para viabilizar de forma sistêmica a produção das provas capazes de resultar em condenações dos agentes criminosos. E também propiciar elementos para melhor elaborar planos, executar ações e missões, facilitando as decisões do administrador, obter o conhecimento da criminalidade por meio do seu "mapeamento", permitindo a utilização deste pelos órgãos policiais, de modo a proporcionar ações eficientes e eficazes".* [2]

Por fim, a encerrar a tríade, a vontade política. O querer de todas as instituições comprometidas com a segurança pública. O empenho dos governos locais em realizar, de forma inteligente, as integrações para combate à criminalidade.

A necessidade do desenvolvimento de políticas públicas de engajamento, comprometendo todos aqueles que acreditam nas mudanças para elaboração de medidas eficazes com mudança de mentalidades.

Parcerias com a sociedade civil, escolas de segurança pública para formação dos policiais, adotar políticas públicas que garantam condições de educação, habitação e renda mínima, garantir, por intermédio da Defensoria Pública, a assistência judiciária, dentre outros.

Acreditamos que, apenas dessa forma, uma política de Segurança Pública será sinônimo de ordem, respeito à dignidade humana, uma das funções pelas quais se expressa o direito à vida.

A banalização da violência urbana amedronta a população brasileira; não se vive hoje sem medo. Há que se restabelecer um sentimento de segurança plena.

O caminhar da humanidade está numa encruzilhada, impondo-lhe alterações sérias nas políticas de segurança pública.

Conhecer e estudar o sistema segundo os três princípios antes enumerados constituem, ao meu ver, o primeiro passo no enfrentamento à violência.

---

[2] Jorge da Silva, Plano Estadual de Segurança Pública, 2003.

É preciso que nós, instituições públicas, tenhamos consciência da nossa atuação eficaz.

É preciso que se restaurem valores éticos e morais de preservação da dignidade do homem.

E é nessa busca pela construção de uma nova consciência que se pretende dar ênfase à responsabilidade da sociedade pela Segurança Pública, como pugna a Constituição.

Sem isso, qualquer colocação casuística, qualquer ação, se tornará uma discussão estéril.

A constitucionalização dessas responsabilidades só deixará de ser a normatização de uma regra lógica quando se atribuir aos integrantes da comunidade a obrigação de velar por sua própria segurança.

Só assim, com a conjugação desses fatores, é que cremos que compreenderemos e venceremos a guerra contra a violência.

Diz a Constituição da Colômbia, país assolado pela violência e pelo narcotráfico: "A paz é um direito e um dever obrigatório".

(**) Mônica Maria Costa Di Piero é Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Coordenadora da 1ª Central de Inquéritos.

O estado de perigo no novo Código Civil e os seus reflexos no endividamento por contas hospitalares

PAULO JOSÉ LEITE FARIAS (*)

A adversidade é nossa mãe, a prosperidade é apenas a nossa madrasta.
CHARLES MONTESQUIEU. [1]

I - SUMÁRIO DA TESE

O objetivo básico da presente tese cinge-se à demonstração da aplicabilidade do estado de perigo, nova espécie de vício do negócio jurídico, introduzida no texto do novo Código Civil, na hipótese de insolvência individual ou familiar, ocasionada por absurdo pagamento de despesas hospitalares para atendimentos emergenciais que desequilibrem, irremediavelmente, o orçamento doméstico. Delimita-se, outrossim, a tese, na suposição de que aquele atendimento hospitalar não seria passível de ser atendido de forma adequada pela rede pública.

A demonstração da tese terá, como marco teórico fundamental, a análise do Novo Código Civil, que trouxe a preocupação social para o âmbito das relações privadas. Valerá para corroboração da tese, também, em visão sistemático-valorativa, o contexto da Carta Magna e do ordenamento jurídico vigente, que dispuseram, claramente, sobre determinados valores constitucionais que protegem o indivíduo como ser social, dentre eles, a dignidade humana (art. 1°, inciso III), bem como a vida (art. 5° da CF) e a proteção à saúde (art. 196 da CF) na busca do acesso universal.

Analisar-se-ão temas novos e polêmicos, intimamente relacionados com a autonomia privada e *com os aspectos sociais da filosofia contratual do Novo Código Civil,* que devem ser lembradas nas intervenções ministeriais.

II - DELIMITAÇÃO E RELEVÂNCIA DO TEMA NA ANÁLISE DE CASO CONCRETO

Cena real possível: pessoa adentra em hospital privado com o seu filho acidentado; sem possuir plano de saúde e, em decorrência da necessidade de salvá-lo, pactua a internação na UTI e a realização de cirurgia nesse hospital.

[1] DUALIBI, Roberto. *Duailibi das citações*. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 293.

Entretanto, a conta do hospital, incluída a dos serviços médicos e ambulatoriais, compromete acentuadamente a renda do assistido que, inicialmente, imaginara poder arcar com o valor (não estava agindo de má-fé), e, com base no previsto no Novo Código Civil, ingressa na Justiça com ação de anulação do negócio jurídico realizado com o hospital, recusando-se a pagar as parcelas restantes da dívida e propondo a invalidação da cobrança, com base no estado de perigo.

Indaga-se, na presente tese, se é possível, juridicamente, a conduta de desfazimento de dívidas oriundas de atendimentos hospitalares, o que, em face das deficiências do sistema público de saúde, pode ocorrer com freqüência.

III - Princípios do Novo Código Civil em face dos anteriormente vigentes - a preocupação com o social e o coletivo

Postos em paralelo o antigo (Lei 3.071/1916) e o novo Código Civil (Lei 10.406/2002), ver-se-á que as principais diferenças entre eles, em linhas gerais, podem ser identificadas na dualidade indivíduo de forma isolada (antigo) e indivíduo como membro de uma coletividade (novo).

O Código ainda vigente não exponencia preocupações sociais. Vincula-se aos sistemas do século XIX e à corrente individualista iluminista. Já o Novo Código Civil apresenta-se impregnado de preocupações sociais, conforme bem destaca o Coordenador Geral, Miguel Reale: "Se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social - o que vem sendo feito desde Weimar -, é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação". [2]

Dentre os princípios elencados pelo jusfilósofo da teoria tridimensional do direito, merece ênfase, na presente tese, *o princípio da socialidade (expressão usada por* Miguel Reale*) ou sociabilidade.*

Enquanto o atual Código Civil enfatiza os direitos individuais, o novo valorizou *os direitos individuais vistos sob o prisma social*, sem prejuízo, porém, do valor da pessoa humana (dignidade da pessoa humana). Isso ocorreu para se situar tais direitos e deveres no contexto da nova sociedade que emergiu, justamente, depois do trauma das grandes guerras mundiais e dos conflitos subseqüentes, bem como da revolução tecnológica e da emancipação plena da mulher. [3]

O Novo Código Civil caracteriza-se pela maior aderência à realidade social, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o **contratante**, o empresário, o pai de família e o testador.

---

[2] Reale, Miguel. *O Projeto de Código Civil - situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, pp. 5-7.

[3] Reale, Miguel. "Visão geral do Projeto de Código Civil: tramitação do projeto". *Revista dos Tribunais* n. 52, jun. 1998, pp. 22-30.

Assim, colocado no primeiro artigo das disposições gerais sobre os contratos (art. 421), a função social do contrato destaca a função metaindividual do acordo de vontades a ser construída no caso concreto.

Há, pois, mitigação da dicotomia entre direito público e privado, conforme já haviam previsto os civilistas italianos ALBERTO TRABUCCHI [4] e PIETRO PERLINGIERI. [5]

A partir da verificação de que a ordem jurídica nacional protege o ser humano, não só no interesse do próprio indivíduo, mas também no interesse da sociedade, PERLINGIERI põe em evidência, como imprescindível fundamento de unidade do ordenamento jurídico, o respeito à dignidade da pessoa humana e à observância dos direitos fundamentais arrolados na Constituição. [6]

IV - PRESSUPOSTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DO ESTADO DE PERIGO E DO DIREITO À SAÚDE QUE ENSEJAM APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO EM ANÁLISE

Ante os textos supraindicados, deve-se indagar se o estado de perigo, analisado à luz dos seus pressupostos normativos privados, do art. 156, e públicos, da Constituição Federal, coaduna-se com o amparo dos menos favorecidos de boa-fé na eventual utilização da rede privada para obtenção do valor "saúde" e permanência do valor "vida".

Torna-se importante esta análise, pois o disposto no art. 156 da Lei 10.406/2002 constrói-se pela *prática* do Direito, por tratar-se de *cláusula geral*. [7] Mostra-se fundamental a apreciação de outras fontes além da legislativa.

No Brasil, a matéria saúde — intimamente relacionada ao caso concreto de aplicação do estado de perigo em discussão — obteve assento na Constituição Federal de 1988, que no Título VIII - Da Ordem Social, no Capítulo II, que trata da Seguridade Social, Seção II - Da saúde, compreendida como *"direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos"* (art. 196).

---

[4] *"La distinzione tra diritto privato e diritto pubblico non viene tracciata da una linea netta e constante; è soggetta a mutare nel tempo e nei luoghi, secondo le tendenze sociali e politiche"*. (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Pádova: Cedam, 1973, p. 9).

[5] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 54.

[6] "Ele [Estado] assume como própria principalmente a obrigação de respeitar os direitos individuais do sujeito (...) e, portanto, de promovê-los, de eliminar aquelas estruturas econômicas e sociais que impedem de fato a titularidade substancial e o efetivo exercício". (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 54).

[7] Conforme assinala JUDITH MARTINS-COSTA: "Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados "conceitos jurídicos indeterminados" (...) ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura". (MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118).

Ademais, convém lembrar que a Carta Magna estabelece gama de direitos individuais e coletivos que resguardam, dentre eles, o *direito à vida* (artigo 5º, *caput*) e a *dignidade humana* (art. 1º, inciso III).

O Novo Código Civil (Lei 10.406/2002), concretizando nova forma de defeito do negócio jurídico, estabelece que:

> "**Art. 156.** Configura-se o *estado de perigo* quando alguém, *premido da necessidade de salvar-se*, ou a *pessoa de sua família*, de *grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa*".

Assim, são pressupostos legais da cláusula geral - Estado de Perigo:

a) necessidade de salvar-se ou a pessoa de sua família;
b) grave dano conhecido pela outra parte;
c) obrigação excessivamente onerosa.

Adequando-se os pressupostos legais ao caso proposto (endividamento oriundo de despesas hospitalares), verifica-se a possibilidade de subsunção da norma geral ao caso concreto, desde que:

— A razão da hospitalização vincula-se à necessidade de tratar de doença que coloque em risco de vida a pessoa ou seu familiar (necessidade de salvar-se ou a pessoa de sua família);
— Em hospital, o tratamento baseia-se, em essência, no conhecimento, pelo médico, do grave dano a que se encontra sujeito o paciente e à melhor forma de evitar esse dano (considerado constitucionalmente um direito fundamental) com o tratamento adequado (grave dano conhecido pela outra parte);
— As despesas com tratamento médico, com ou sem internação, podem alcançar cifras expressivas nos precários orçamentos domésticos da população brasileira em geral (obrigação excessivamente onerosa).

Poder-se-ia investigar sobre o que aconteceria, na hipótese, com os hospitais privados se estes nunca tivessem contas pagas por má-fé das pessoas que adentrassem no hospital com o intuito prévio de alegar o estado de perigo.

Nesse aspecto, a interpretação sistemática do Novo Código Civil prevê, como necessária, a existência de outro pressuposto: a boa-fé do contratante dos serviços hospitalares. [8]

---

[8] Sobre a boa-fé no direito privado, *vide* MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Assim, as normas jurídicas constitucionais e infra-constitucionais são *harmônicas na possibilidade de aplicação do Estado de Perigo para a hipótese de endividamento por contas hospitalares do contratante de boa-fé.*

V - Limites à autonomia privada e à anulação das despesas hospitalares oriundas da situação de estado de perigo

O negócio jurídico é concebido como instrumento de realização da liberdade individual porque, por meio dele, os particulares criam, modificam ou extinguem as relações jurídicas. É a vontade particular atuando no mundo jurídico; nesse aspecto, há a denominação "autonomia privada" [9], que representa uma projeção jurídica do liberalismo econômico consagrado no Código Napoleônico na máxima "o contrato é lei entre as partes".

Não se pode esquecer, entretanto, que, atualmente, o negócio jurídico deixa de ser instrumento exclusivo da liberdade individual e passa a ser encarado como *importante fator de equilíbrio social*, no sentido de que só os atos de iniciativa privada, considerados idôneos, podem compor o suporte fático da espécie negocial que tem validade na tutela da ordem jurídica e de que os vícios de consentimento foram ampliados para a proteção dos contratantes hiposuficientes por meio do *estado de perigo* **(art. 156)** e da lesão **(art. 157)**.

Nesse sentido, o plano dos negócios não pode ficar imune à dignificação do ser, pois não se admite a exclusiva visão econômica ou patrimonialista das relações negociais. Carlyle Pop, professor de Direito Civil da PUC/PR, ressalta:

> "Percebe-se, então, que com o advento do Estado Social, ou seja, a partir do momento em que o Estado deixa de se portar como Pilatos e passa a se preocupar com os administrados, a autonomia privada passou a desempenhar um novo papel" [10]

Inicialmente, deve ser dito que existência, validade e eficácia são três situações distintas por que podem passar os fatos jurídicos, dos quais o negócio jurídico é subespécie e, portanto, não é possível tratá-las como se fossem iguais. O elemento existência, no entanto, é a base de que dependem os outros elementos.

---

[9] A autonomia privada tem, como resultado, o poder de manifestação dos particulares, não total e absoluto, mas limitado pelas normas jurídicas. *"Contudo, a autonomia privada sujeita-se à limitação da ordem estatal que deixa espaço (autonomia) em que se pode inserir a atividade normativa dos particulares"* (Nanni, Giovani Ettore. "A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei Federal nº 9.434/97 e da Constituição Federal", in *Direito Civil Constitucional*, Cadernos I, São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 260).

[10] Pop, Carlyle. "O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial – a proteção contratual no direito brasileiro", in *Direito Civil Constitucional*, cadernos I, São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 153.

Conforme ensina MARCOS BERNARDES:

> "Na análise das vicissitudes por que podem passar os fatos jurídicos, no entanto, é possível encontrar situações em que o ato jurídico (negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*)":
>
> **a)** existe, é válido e é eficaz (casamento de homem e mulher capazes, sem impedimentos dirimentes, realizado perante autoridade competente),
> **b)** existe, é válido e é ineficaz (testamento de pessoa capaz, feito com observância das formalidades legais, antes da ocorrência da morte do testador),
> **c)** existe, é inválido e é eficaz (casamento putativo, negócio jurídico anulável, antes da decretação da anulabilidade),
> **d)** existe, é inválido e é ineficaz (doação feita, pessoalmente, por pessoas absolutamente incapazes), ou,
> **e)** existe e é eficaz (nascimento com vida, a pintura de um quadro, o dano causado a bem alheio) ou, excepcionalmente,
> **f)** existe e é ineficaz porque a validade é questão que diz respeito, apenas, aos atos jurídicos lícitos". [11]

Surge a diferenciação dos diferentes planos dos fatos jurídicos na doutrina germânica, transplantada por PONTES DE MIRANDA, ao considerar o mundo jurídico dividido em três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia, nos quais se desenvolveria a vida dos fatos jurídicos em todos os seus aspectos e mutações.

> **a) Existência** – plano do ser – entram todos os fatos jurídicos lícitos e ilícitos - não se cogita de invalidade ou eficácia - tudo fica circunscrito a se saber se o suporte fático propiciou a incidência do núcleo da norma. Ex: Casamento realizado por quem não tenha autoridade para casar (um delegado de polícia). Não existe, não há, pois, de se discutir, assim, se é nulo ou ineficaz, nem se precisa ser desconstituído judicialmente.

---

[11] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 75.

b) **Validade** – verifica-se a existência de vícios só se o fato jurídico é daqueles em que a vontade humana constitui elemento nuclear do suporte fático (ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico) - nos fatos jurídicos em que a vontade não é elemento do suporte fático e nos fatos ilícitos, não há como pretender-se a invalidação. Ex: um nascimento não pode ser nulo ou anulável. No plano da validade é onde se têm atuação das normas jurídicas invalidantes (nulidade e anulabilidade).

c) **Eficácia** – plano no qual se produzem os efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficacial representado pelos direitos e deveres. O plano da eficácia pressupõe, no caso de negócio jurídico, a verificação prévia da validade – que, neste caso, servirá como filtro.

Nesse sentido, devem-se observar os artigos 104 e 171 do Novo Código Civil vigente, que tratam de requisitos e espécies de invalidade do negócio jurídico:

> "**Art. 104** - A validade do ato jurídico requer:
> I – agente capaz;
> II – *objeto lícito, possível, determinado ou determinável;*
> III – *forma prescrita ou não defesa em lei*"
> "**Art. 171** - Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:
> I – por incapacidade relativa do agente;
> II – *por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.*" (grifo nosso)

Sabe-se que o negócio jurídico, como categoria de fato jurídico *lato sensu*, deve realizar-se não apenas no plano da existência para que seja eficaz, mas, também, no da validade. Isto significa que a manifestação de vontade (elemento essencial à constituição da categoria) deve observar os requisitos já assinalados para que venha a produzir os efeitos a que se destina.

Ora, a realização de contrato de prestação de serviços hospitalares é expressamente permitida e incentivada pelo ordenamento jurídico (*objeto lícito*); entretanto, pode-se enquadrar na hipótese de Estado de Perigo, prejudicando, claramente, a validade do negócio jurídico (na forma de anulabilidade).

Por ser anulável e não nulo, esse contrato, em regra, terá efeitos jurídicos (dentre eles, a criação da obrigação de pagar do paciente) que, entretanto, por medida judicial (sentença oriunda de ação de anulação impetrada no prazo decadencial de quatro anos) poderão ser desfeitos. [12]

VI - Conclusão.

A análise do que ora foi exposto permite perfilhar a tese da Aplicação do estado de perigo para a hipótese de despesas hospitalares, no contexto do Novo Código Civil e do ordenamento jurídico vigente, que dispôs claramente sobre determinados valores constitucionais e civis concretizados em normas jurídicas que buscam proteger a saúde e as deficiências econômicas daqueles que, na busca dos valores "vida" e "saúde" se endividam enormemente no pagamento das dívidas hospitalares.

Na espécie fática enfocada, atendidos os pressupostos legais, poder-se-á provocar a invalidação do negócio jurídico com o desfazimento de seus efeitos por meio de ação anulatória.

[12] "**Art. 178.** É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I - no caso de coação, do dia em que ela cessar; II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico".

(*) Paulo José Leite Farias é Doutor em Direito pela UFPE, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília, Supervisor da área de Direito Civil do IESB, Professor da FESMPDFT, Professor da Pós-graduação da Universidade Católica de Brasília e Promotor de Justiça do MPDFT.

Imputação como base para a análise das hipóteses de suspensão condicional do processo

PEDRO RUBIM BORGES FORTES (*)

1. SUMÁRIO. 2. O ponto de partida - a panacéia cotidiana da prática em nossos Tribunais. 3. O oferecimento da denúncia como ocasião oportuna para a proposta de suspensão condicional do processo. 4. Impossibilidade de suspensão condicional do processo após a análise do mérito. 5. A reação defensiva à imputação. 6. Procedimento correto diante da modificação do contexto probatório no curso do processo. 7. A desclassificação no Tribunal do Júri e a suspensão condicional do processo. 8. Conclusões.

1. SUMÁRIO.

Trata o presente trabalho de uma questão de enorme interesse prático, que, tanto em sede doutrinária, quanto através da aplicação jurisprudencial na seara de nossos Tribunais, não tem merecido nem a atenção necessária, nem o tratamento adequado - a utilização da imputação como única e exclusiva base para a análise das hipóteses de suspensão condicional do processo.

A doutrina permanece em silêncio a respeito da questão, deixando os doutos autores de esclarecerem que o Promotor de Justiça deverá sempre se valer da imputação como base para aferir se a hipótese é ou não é de suspensão condicional do processo. Já a Jurisprudência revela, através de um terrível mosaico de decisões teratológicas, que a aplicação cotidiana do instituto tem se caracterizado como uma verdadeira panacéia. A suspensão condicional do processo parece, às vezes, ter se tornado um remédio jurídico para várias situações processuais, de aplicação fácil e imediata, cujo objetivo seria afastar uma eventual condenação do acusado. Encarado como se supostamente fosse uma solução para todos os males processuais, cada Magistrado concebe de uma maneira distinta o *sursis* processual e, assim, estipula critérios variados para a sua aplicação. Em regra, desnaturam o instituto, violentam-lhe os objetivos e violam prerrogativas funcionais do Ministério Público intimamente relacionadas com a *persecutio criminis in judicio*. Não é raro, também, verificar Promotores de Justiça que, acreditando estar resguardando direitos subjetivos dos acusados, deixam de aplicar corretamente o instituto.

Diante deste quadro, é fundamental ressaltar que a imputação deve ser utilizada como única e exclusiva base para a análise das hipóteses de suspensão condicional do processo.

Tal orientação é a única consentânea com a origem do instituto, sua natureza, sua finalidade e seus princípios. Afinal de contas, a proposta de suspensão condicional do processo deve ser concebida como uma espécie de "barganha", de negociação entre a acusação e a defesa, com a possibilidade de se evitar o prosseguimento de um processo mediante o cumprimento de certas condições, sem que isto signifique a assunção de qualquer culpa por parte do réu.

Não é por acaso que o momento oportuno para a proposta de suspensão condicional do processo é por ocasião do oferecimento da denúncia, quando, no início do processo criminal, se imputa ao acusado a prática de um fato criminoso. Não há, em regra, até este momento, a produção de quaisquer provas sob o crivo do contraditório. Não há nenhum elemento que permita uma análise sobre o mérito da causa. É a ocasião oportuna para a realização de uma "barganha" entre a acusação e a defesa.

Após a colheita das provas e análise do mérito da causa, não há mais espaço para qualquer negociação entre a acusação e a defesa. Ao acusado, diante da certeza de que será condenado judicialmente, não lhe restará qualquer alternativa diversa de aceitar a suspensão condicional do processo. Pois bem, se não existe alternativa para uma das partes, logo, não existe negociação ou "barganha". A negociação não se confunde com imposição. Para que haja uma negociação, é preciso que uma das partes tenha liberdade para concordar ou se recusar a assumir obrigações espontaneamente.

Assim é que não pode o mérito servir para a análise das hipóteses de suspensão condicional do processo; apenas a imputação pode ser utilizada para este fim.

2. O PONTO DE PARTIDA — A PANACÉIA COTIDIANA DA PRÁTICA EM NOSSOS TRIBUNAIS.

O ponto de partida para a compreensão da questão não é nenhum dilema dogmático, mas sim um grande problema pragmático — a panacéia cotidiana da prática em nossos Tribunais. Cada Magistrado concebe de uma maneira distinta a suspensão condicional do processo e estipula critérios variados para a sua aplicação.

Um simples exemplo pode ser bastante esclarecedor: imagine-se, por hipótese, que uma pessoa é surpreendida por policiais militares quando está na posse de tóxicos, em uma situação que se enquadra, a princípio, como o delito de tráfico ilícito de substância entorpecente. A denúncia é oferecida e recebida pelo Juízo, imputando ao acusado a prática do crime previsto no artigo 12 da Lei nº 6.368/76. Realizada a instrução, o Ministério Público se manifesta em alegações finais pela procedência do pedido condenatório. O Magistrado, contudo, considera que não estão presentes os requisitos estabelecidos pelo

artigo 37 da Lei nº 6.368/76 (**Art. 37.** *Para efeito de caracterização dos crimes definidos nesta lei a autoridade atenderá a natureza e a quantidade de substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente*), desclassificando o crime para o delito de uso de substância entorpecente, definido no artigo 16 da Lei nº 6.368/76.

Esta situação, bastante corriqueira na *praxis* judicial, dá azo às mais variadas maneiras de aplicação da suspensão condicional do processo. Existem magistrados que prolatam uma sentença condenatória durante a Audiência de Instrução e Julgamento e, uma vez operada a desclassificação, fragmentam a sua sentença, determinando ao Promotor de Justiça que ofereça a proposta de suspensão condicional do processo ao acusado. Alegam estes Magistrados que, uma vez esclarecido que o crime praticado é o de uso de substância entorpecente, o acusado teria um direito público subjetivo à suspensão condicional do processo. Tal direito não lhe poderia ser negado, sob pena de nulidade do processo. A proteção a um direito público subjetivo justificaria a fragmentação de uma sentença judicial (que, inclusive, retiraria a natureza de sentença daquela decisão, já que não se pode conceber a existência de uma sentença sem dispositivo). Muitos juízes lançam mão deste expediente, prolatando "sentenças-pela-metade".

Este procedimento é um estorvo por uma série de razões. Em primeiro lugar, são inventadas absurdas sentenças sem dispositivo. Em segundo lugar, a sentença é fragmentada para que o Promotor de Justiça ofereça a suspensão condicional do processo. Ora, como pode pretender o Juiz que aquele Promotor de Justiça que, logo antes, tinha sustentado que o réu era traficante, imediatamente modifique sua opinião e, então, ofereça a suspensão condicional do processo, como se o acusado fosse um usuário de tóxicos? Por uma questão de coerência, é possível supor que o Promotor de Justiça deverá impugnar aquela decisão através de um recurso, e não propor o *sursis* processual. Em terceiro lugar, poderá o Promotor de Justiça interpor recurso de apelação diante de uma sentença inacabada? Será que tal decisão pode ser considerada uma sentença, apesar de não conter dispositivo (neste caso, seria impugnada através de apelação ou de mandado de segurança)? Qual será o termo inicial para a contagem do prazo recursal, se a sentença não for registrada e publicada em audiência? Não será fácil impugnar a decisão que se considera equivocada. Em quarto lugar, finalmente, a questão mais importante: se o Magistrado já realizou a análise do mérito e decidiu que existem provas para condenar o acusado pela prática de crime, então, não existe mais espaço para a "barganha", para a negociação entre o acusado e a defesa. Ora, se o acusado já sabe que está sendo condenado, não pode recusar a proposta de suspensão condicional do processo. Aliás, neste caso, não seria sequer adequado fazer menção a uma "proposta". Na verdade, a suspensão condicional do processo lhe está sendo imposta.

Existem Juízes que não fragmentam suas sentenças. Prolatam sentenças penais condenatórias, operando a desclassificação do crime de tráfico ilícito de

substância entorpecente para o delito de uso de substância entorpecente. Percebem que, caso interrompessem a elaboração da sentença para determinar aos Promotores de Justiça que oferecessem a suspensão condicional do processo, estariam diante de uma sentença absolutamente nula. Além disso, sua postura é sensível diante da possibilidade de que o Ministério Público, irresignado com a desclassificação, interponha recurso de apelação da sentença prolatada. Tais magistrados esperam o decurso do prazo recursal e, diante do trânsito em julgado daquela decisão, determinam que o Promotor de Justiça ofereça a suspensão condicional do processo. Este procedimento também é absurdo, já que não existe mais espaço para a negociação entre o acusado e a defesa, uma vez que o acusado já foi condenado a uma sanção penal através de uma sentença condenatória irrecorrível. Nenhum apenado recusaria tal proposta. Ademais, como é possível suspender um processo que já teve seu curso terminado ? Não é possível suspender um processo findo.

Além disso, certos Juízes analisam a possibilidade ou não de suspensão condicional do processo, ao longo da fundamentação da sentença de desclassificação. Tais juízes também consideram que o *sursis* processual é um direito subjetivo público dos acusados, que não lhes pode ser negado. De acordo com esta orientação, se apenas por ocasião da sentença se verifica que é possível a suspensão condicional do processo, não pode o Magistrado determinar ao Promotor de Justiça que a ofereça, já que a sentença é um ato privativo do Juiz que não poderia ser compartilhado com outra autoridade estatal. Por outro lado, entendem também que o Magistrado tampouco pode deixar de aplicar a suspensão condicional do processo, a que o acusado faria jus. Tais Magistrados, assim, usurpam uma prerrogativa funcional do Ministério Público, oferecendo indevidamente aos réus o *sursis* processual.

Diante do tratamento equivocado que é conferido à suspensão condicional do processo, impõe-se a sua sistematização para que venha a ser adequadamente aplicado. Em primeiro lugar, é importante ressaltar que a ocasião oportuna para a proposta de suspensão condicional do processo é o momento do oferecimento da denúncia.

3. O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA COMO OCASIÃO OPORTUNA PARA A PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO.

Dispõe o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 o seguinte:

> "**Art. 89.** Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, *ao oferecer a denúncia*, poderá propor a suspensão condicional do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro

> crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)" (grifo nosso).

Não é por acaso que a legislação penal estabeleceu como a ocasião oportuna para o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo o momento de oferecimento da denúncia. Nesta oportunidade, a *accusatio* é formalizada, atribuindo-se à pessoa do réu a prática de um determinado fato tipificado como crime.

Leciona GILBERTO CALLADO DE OLIVEIRA que a acusação consiste em "um fato de proceder jurídico, mediante o qual o autor de um delito é judicialmente submetido à eficácia da imputação e responsabilidade, com o fim de ser-lhe exigida e aplicada a sanção correspondente" (*O conceito de acusação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, página 96).

A idéia que norteia o conceito de acusação é a de que o autor de um determinado delito será judicialmente submetido à eficácia da imputação. Logo, *ab initio*, não é possível afirmar que o pedido condenatório contido na denúncia será ou não julgado procedente. Os elementos de convicção que servem de suporte probatório mínimo para o oferecimento da denúncia não autorizam nenhuma análise mais profunda a respeito do *meritum causae*. Existem indícios da existência de um crime e de sua autoria, que permitem afirmar que é possível que o acusado tenha praticado o delito. Por outro lado, como ainda não há certeza a respeito da prática do delito pelo acusado, também é possível que não tenha sido ele o autor do fato criminoso e que, ao final do curso do processo, venha a ser absolvido.

A este respeito, também é precisa a lição de GILBERTO CALLADO DE OLIVEIRA:

> "Submeter à eficácia adverte a necessidade de comprovação eficaz do fato criminoso e de seu autor, a ponto de não deixar dúvida alguma. De assinalar que o fato de acusação não é certeza nem presunção de condenação do réu, mas presunção de culpa que deverá estar eficazmente comprovada para que se produza um decreto condenatório".
> "Imputação, relembramos aqui, é a atribuição do fato presuntivamente delitivo a seu autor, vinculando-o juridicamente a este; daí a responsabilidade penal que a acusação também aponta" (*O conceito de acusação* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, página 98).

Nesta ocasião, existe espaço para a "barganha" e para a negociação entre a acusação e a defesa. Os elementos de convicção reunidos no inquérito policial, auto de prisão em flagrante ou, eventualmente, em peças de informação, têm apenas o condão de lastrear a imputação.

A imputação se resume à atribuição do fato delituoso ao acusado. Trata-se apenas de uma assertiva, isto é, de uma hipótese que poderá ou não ser confirmada através de um processo dialético entre a acusação e a defesa, já que esta necessariamente se opõe àquela, oferecendo resistência à sua pretensão punitiva.

Assim é que defesa e acusação, na ocasião em que é oferecida a denúncia, possuem paridade processual. A marcha procedimental está em seu começo. À exceção de alguma prova que tenha sido colhida antecipadamente (interceptação telefônica, quebra de sigilo de dados bancários, depoimento de testemunha ameaçada de morte, elaboração de auto de exame cadavérico, *etc*), não existem quaisquer elementos de convicção produzidos sob o crivo do contraditório, de modo que, em regra, as partes estão em uma situação de equilíbrio recíproco.

É este o momento oportuno para a análise das hipóteses de suspensão condicional do processo. Assim, preserva-se o espírito e a finalidade do instituto. Atende-se ao princípio da economia processual, já que a marcha procedimental é interrompida em seu início e, assim, evita-se a realização de atos inúteis e desnecessários. Confere-se ao réu uma real oportunidade de "barganha", já que sua situação processual é de efetiva e concreta paridade com a acusação. Há um equilíbrio recíproco, que permite uma escolha livre e independente a respeito da aceitação da proposta de suspensão condicional do processo. Ao acusado subsistem duas oportunidades: recusar a proposta de suspensão condicional do processo, caso tenha a convicção de que será absolvido ao final do processo; aceitar a proposta formulada pelo Ministério Público, evitando o desgaste de se submeter a um julgamento e comprometendo-se a cumprir as condições estabelecidas.

Não é por acaso, portanto, que a proposta de suspensão condicional do processo é feita *in statu assertionis*, isto é, de acordo com a assertiva contida na imputação.

4. Impossibilidade de negociação entre a acusação e a defesa após a análise do mérito.

Conforme já salientado, a jurisprudência não tem se posicionado adequadamente a respeito da questão. A título exemplificativo, reproduz-se o seguinte trecho de acórdão:

> "A sentença de primeiro grau desclassificou o delito para violação do art. 16 da Lei nº 6.368/76 e, em seguida, suspendeu o processo nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95 e determinou a designação da audiência após o trânsito em julgado. (...)"
> "O julgador, após o advento da Lei nº 9.099/95, ao findar o primeiro momento da sentença e verificar que o delito deve ser desclassificado e que essa

> desclassificação irá permitir que o agente possa ser beneficiado com o disposto no art. 89 dessa lei, terá que reconhecer a nova classificação e, antes de passar para o segundo momento, o da verificação de autoria, deverá converter o julgamento em diligência para que a proposta de suspensão do processo possa ser feita. A conversão do julgamento ocorre porque o primeiro momento somente se exaure quando, nos casos cabíveis, for cumprido o disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/95".
>
> "É um dever do julgador e não mera faculdade, a conversão do julgamento em diligência, desde que a nova classificação dos requisitos exigidos para a aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099/95 esteja satisfeita. Constitui um dever do julgador porque ele não pode deixar de outorgar ao acusado todo o direito que a ele é assegurado por lei" (TJ/SP, Ap. nº 298.374-3/7-00, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Almeida Braga, j. 04.06.01, m v., *Boletim de Jurisprudência do IBCCrim*, nº 110 - janeiro/2002).

De acordo com este equivocado entendimento jurisprudencial, caberia, então, ao Promotor de Justiça oferecer uma proposta de suspensão condicional do processo após a análise do *meritum causae*.

Acontece, contudo, que esta construção jurisprudencial não atende às finalidades do instituto. O objetivo do *sursis* processual não é impedir, a qualquer custo, a condenação do acusado. É verdade que a suspensão condicional do processo é pautada por forte caráter despenalizador, mas a aplicação do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 exige o respeito a uma série de regras e princípios.

Em primeiro lugar, é necessário que ainda exista espaço para uma negociação entre a acusação e a defesa. Quando o Juiz opera a desclassificação do crime de tráfico ilícito de substância entorpecente para o delito de uso (artigo 16 da Lei nº 6.368/76), já realiza uma analise do mérito da causa. Analisando o contexto probatório (interrogatório, depoimentos de testemunhas, laudos de exames toxicológicos, *etc*), decide que o réu é culpado pela prática de um crime. Seu próximo passo será o de julgar procedente o pedido contido na denúncia, condenando o acusado a uma pena que varia de seis meses a dois anos de detenção. Quando, então, resolve converter o julgamento em diligência para que a proposta de suspensão do processo possa ser feita, na verdade, está o Magistrado apenas designando uma data para que seja formalizada a suspensão do processo. Esta audiência será um mero ato formal, um "jogo de cena", um "faz-de-conta", em que o Promotor de Justiça finge que está oferecendo uma proposta e o acusado, a seu turno, encena que, diante de duas alternativas, efetua uma escolha. Na verdade, inexistem alternativas ao acusado e não há espaço

para negociação entre a acusação e a defesa. O resultado final do processo será a condenação do acusado, tal como já consta da fundamentação da sentença. Na prática, a suspensão condicional do processo seria imposta ao acusado e ao Ministério Público, sem que houvesse a negociação preconizada pelo espírito da legislação.

Em segundo lugar, não se pode pretender que um Promotor de Justiça que, em sua manifestação de mérito, postulou a condenação do acusado pela prática do crime de tráfico ilícito de substância entorpecente, seja compelido a oferecer a proposta de suspensão condicional do processo a este mesmo réu. Existe uma incompatibilidade lógica insuperável *in casu* e seria uma extrema violação às prerrogativas funcionais do presentante do Ministério Público instá-lo a propor o *sursis* processual nesta situação. Afinal de contas, se ele considera que há provas suficientes para a condenação do réu pela prática de um crime mais grave, como se pode pretender que ele estabeleça uma negociação cuja premissa seria a imputação de um delito menos grave, com a qual o Promotor de Justiça não concorda? Não se pode perder de vista que se trata de um agente político do Estado, que exerce parcela significativa da soberania estatal durante a *persecutio criminis in iudicio*, através de promoção de arquivamento de inquéritos policiais, oferecimento de denúncias, propostas de transações e de suspensões condicionais de processo, alegações finais e impugnações de decisões judiciais. A coerência entre as manifestações deste importante agente político deve ser respeitada pelo Poder Judiciário.

Em terceiro lugar, o procedimento que tem sido adotado é inadequado e injusto. Inicia-se a prolatação de uma absurda sentença sem dispositivo. Operada a desclassificação do delito de tráfico ilícito ao crime de uso de substância entorpecente, tal sentença é interrompida e abandonada, a fim de que o Promotor de Justiça ofereça a suspensão condicional do processo. Imagine-se a seguinte hipótese: o Ministério Público oferece a proposta de *sursis* processual ao acusado. Uma vez apresentadas as condições, o réu inicia o seu cumprimento. Durante o período de prova, contudo, o acusado pratica um crime de tráfico ilícito de substância entorpecente, vindo a ser condenado através de sentença transitada em julgado. É revogada a suspensão condicional do processo (nos termos do artigo 89, § 3°, da Lei n° 9.099/95), que é encaminhado ao Magistrado para que seja prolatada uma nova sentença. Decorrido algum tempo, um novo Juiz assumiu a titularidade naquela Vara Criminal. Este Magistrado, ao analisar o contexto probatório, considera que o réu havia praticado um crime de tráfico ilícito de substância entorpecente e não de uso. Como o julgamento tinha sido convertido em diligência sem que tivesse sido elaborada sentença judicial, este Juiz profere uma decisão, condenando o acusado pela prática do crime previsto no artigo 12 da Lei n° 6.368/76. A pretexto de se estar assegurando um direito subjetivo público a que o acusado não faz jus, na verdade, o réu estaria sujeito a uma decisão definitiva mais gravosa, sem que estivesse ocorrendo uma *reformatio in pejus*.

Por estas razões é que a proposta de suspensão condicional do processo só pode ser feita *in statu assertionis*, isto é, de acordo com a assertiva contida na imputação.

Cumpre salientar que a imputação é instituto de extremo relevo na estrutura do processo penal brasileiro. A imputação delimita os termos em que é formulada a acusação, possui o papel de elemento de identificação da ação penal, serve para a verificação da correlação entre a acusação e a sentença, para a efetivação do princípio do contraditório e funciona ainda como importante garantia do exercício de defesa.

5. A REAÇÃO DEFENSIVA À IMPUTAÇÃO

A imputação deve servir ainda de base para a análise das hipóteses de suspensão condicional do processo.

Neste contexto, não merece prosperar o argumento de que o acusado não pode oferecer resistência à imputação formulada pela acusação. O fato atribuído ao réu por ocasião do oferecimento da denúncia deve ser lastreado pelos elementos de convicção reunidos no inquérito policial, auto de prisão em flagrante ou em peças de informação. Através do despacho liminar positivo de recebimento da denúncia, o Juiz examina a imputação, verificando a sua regularidade e a existência do suporte probatório mínimo para lastrear a acusação. Caso a imputação não esteja formulada de acordo com os elementos de convicção existentes, deve a defesa reagir através dos mecanismos processuais pertinentes.

A este respeito, ensina ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES que: "O *habeas corpus*, em face da amplitude de sua utilização no direito brasileiro, presta-se para garantir os mais diversos direitos do imputado. É o remédio para reagir a quaisquer efeitos decorrentes da imputação durante a investigação que, de uma forma ou de outra, constranjam a sua liberdade de locomoção ou constituam ameaça à sua liberdade. Se, em virtude de erro na definição do fato investigado, for considerado crime hediondo e, por isso, impedir a liberdade provisória com ou sem fiança, servirá o *habeas corpus* para a análise da classificação e, se for o caso, para a concessão de liberdade provisória. Da mesma forma quando, no ataque ao decreto de prisão temporária ou preventiva, pretenda-se evidenciar a ilegalidade da custódia porque não há fundada suspeita contra o indiciado, ou seja, não há dados para a ele ser imputado o fato investigado" (*A reação defensiva à imputação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, página 141).

Além do remédio constitucional do *habeas corpus*, há diplomas legislativos (Lei de Falências, Lei de Imprensa, Lei dos Juizados Especiais Criminais e a Lei nº 10.409, de 11-1-2002) que estabelecem momento oportuno para a reação defensiva a imputação antes do recebimento da denúncia.

Merece destaque o artigo 38 da Lei nº 10.409/02:

> "**Art. 38.** Oferecida a denúncia, o juiz, em 24 (vinte e quatro) horas, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandato aos autos ou da primeira publicação do edital de citação, e designará dia e hora para o interrogatório, que se realizará dentro dos 30 (trinta) dias seguintes, se o réu estiver solto, ou em 5 (cinco) dias, se preso".
> "**§ 1°.** Na resposta, consistente de defesa prévia e exceções, o acusado poderá argüir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e arrolar testemunhas".

Verifica-se, assim, que o novo procedimento estabelecido pela Lei de Tóxicos oferece à defesa do réu um momento específico para a reação à imputação antes do recebimento da denúncia. Trata-se de uma oportunidade para que a defesa questione a classificação do fato criminoso efetuada pelo Ministério Público. O Promotor de Justiça pode classificar o fato na denúncia como crime que não permite a suspensão condicional do processo (por exemplo, atribuir ao acusado a prática do delito de tráfico ilícito de substância entorpecente, ao invés do delito de uso da substância tóxica ilegal). Caso o acusado não concorde com a imputação, terá a oportunidade de contestar a classificação dada ao fato através da reação defensiva à imputação, postulando que lhe seja oferecida a suspensão condicional do processo. Deverá o Magistrado analisar a questão, avaliando se há justa causa para o oferecimento daquela denúncia que tipificou o fato como sendo o crime previsto no artigo 12 da Lei n° 6.368/76. Havendo justa causa, receberá a denúncia e determinará o prosseguimento do processo. Em caso contrário, deverá rejeitar a denúncia e aguardar o decurso do prazo recursal para que, diante de uma imputação do delito estabelecido pelo artigo 16 da Lei n° 6.368/76, seja oportunamente oferecida a proposta de *sursis* processual.

Não é verdade, portanto, que o acusado está destituído de mecanismos para oferecer resistência a uma imputação equivocada ou excessiva. Além da possibilidade de que venha impetrar um *habeas corpus*, poderá investir contra a classificação do fato criminoso através da reação defensiva à imputação, na fase processual estabelecida pelo artigo 38 da Lei n° 10.409/02.

6. Procedimento correto diante da modificação do contexto probatório no curso do processo.

É possível, ainda, que o contexto probatório seja alterado ao longo do processo. Ao longo da instrução criminal, após a colheita de determinadas provas sob o crivo do contraditório, é possível que o Promotor de Justiça considere excessiva a imputação do crime de tráfico ilícito de substância

entorpecentes ao réu. Nesta ocasião, já terá sido oferecida a denúncia e já terão sido traçados os limites da acusação através da imputação. Já terá sido ultrapassada, logo, a ocasião oportuna para que seja oferecida a suspensão condicional do processo ao réu. Parece, contudo, injusto que não seja conferido ao acusado o benefício da suspensão condicional do processo, uma vez que provas posteriormente produzidas no curso do processo e sob o crivo do contraditório, autorizariam a concessão do *sursis* processual ao réu.

Nesta situação, diante da modificação do contexto probatório no curso do processo, o procedimento correto do membro do Ministério Público é o seguinte: uma vez verificada a alteração no conteúdo probatório e, concluindo o Promotor de Justiça que o acusado não cometeu o delito de tráfico, mas sim o de uso de substância entorpecente, deverá imediatamente oferecer uma re-ratificação da denúncia, ajustando os termos da denúncia ao atual contexto probatório. Uma vez recebida pelo Juiz a re-ratificação, terá a oportunidade para oferecer a proposta de suspensão condicional do processo. É que a re-ratificação é, na verdade, uma nova imputação. Trata-se de uma nova atribuição de fato criminoso ao acusado *in statu assertionis*. É uma nova assertiva, uma nova hipótese, que será posteriormente submetida à apreciação judicial através de uma análise sobre o *meritum causae*.

Estará agindo equivocadamente o Promotor de Justiça, caso se manifeste a respeito do mérito da causa, em suas alegações finais, opinando pela desclassificação do delito de tráfico para o crime de uso de substância entorpecente, e, em seguida, diante da desclassificação, ofereça a proposta de suspensão condicional do processo. É que terá efetuado uma análise do mérito da causa. Terá analisado o contexto probatório e sustentado que o acusado deve ser responsabilizado penalmente. A proposta de suspensão condicional do processo é, porém, um instituto em que não se deve discutir a responsabilidade criminal. Não há espaço para esta discussão. A questão diz respeito apenas ao interesse do acusado em cumprir uma série de condições de modo a evitar o processo, sem que isto importe em qualquer aceitação de culpa. Logo, o réu deve ser confrontado apenas com a hipótese de que talvez ele tenha praticado um crime. Tal hipótese é consubstanciada na denúncia ou na re-ratificação, que são peças formais da acusação em que consta o fato imputado ao réu. Não deve o acusado ser compelido a efetuar a negociação diante de uma manifestação de mérito do Ministério Público em que, após uma análise imparcial das provas, conclui o Promotor de Justiça que ele deverá ser condenado.

Diante disso, revela-se a imputação, mais uma vez, a base adequada para a análise das hipóteses de suspensão condicional do processo.

Além do procedimento da Lei de Tóxicos, a desclassificação no Tribunal do Júri também serve de exemplo pródigo da aplicação equivocada do *sursis* processual no direito brasileiro.

7. A DESCLASSIFICAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI E A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO.

De acordo com DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, "se o Conselho de Sentença desclassifica o crime de tentativa de homicídio para lesão corporal leve, o Juiz-Presidente não pode condenar o réu imediatamente. Transitada em julgado a sentença para a acusação, remete o feito para o Juízo Comum competente, se ele próprio não o for, ou para o Juizado Especial Criminal. Deve, então, ser aplicado o art. 91 desta Lei, intimando-se o ofendido para exercer o direito de representação. Tendo representado, convém que se dê oportunidade para a concretização do instituto da conciliação (arts. 74 e 76)" (*Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada* - 6ª edição - São Paulo: Saraiva, 2001. página 109).

A tese sustentada por DAMÁSIO E. DE JESUS não merece prosperar. Uma vez operada a desclassificação, deve ser imediatamente prolatada a sentença condenatória, aplicando-se o artigo 492, § 2°, do Código de Processo Penal. Os institutos despenalizadores estabelecidos pela Lei n° 9.099/95 só podem ser aplicados mediante o respeito às regras e princípios que os regem. Caso o Conselho de Sentença considere que o réu não praticou o crime de tentativa de homicídio (cuja pena mínima é de dois anos de reclusão), mas sim um delito de lesão corporal, deverá imediatamente ser proferida decisão condenatória.

Em primeiro lugar, não é possível a suspensão condicional do processo após a análise do mérito da causa. Não há mais espaço para uma negociação entre a acusação e a defesa. Quando o Conselho de Sentença opera a desclassificação do crime de tentativa de homicídio para o delito de lesão corporal (artigo 129 do Código Penal), já realiza uma analise do mérito da causa. Analisando o contexto probatório (interrogatório, depoimentos de testemunhas, Auto de Exame de Corpo de Delito, *etc*), decide que o réu deverá ser condenado pela prática de um crime. Imediatamente deverá o Magistrado julgar parcialmente procedente o pedido contido na denúncia, condenando o acusado. Na verdade, não há possibilidade de negociação entre a acusação e a defesa. O resultado final do processo deve ser a condenação do acusado. Na prática, qualquer instituto despenalizador (conciliação, transação penal e suspensão condicional do processo) seria imposto ao acusado e ao Ministério Público, sem que houvesse a negociação preconizada pelo espírito da legislação.

Em segundo lugar, a imputação de tentativa de homicídio não autorizava a suspensão condicional do processo, nem a transação penal ou a conciliação. Por ocasião do oferecimento da denúncia, momento adequado para o *sursis* processual, não era viável a sua aplicação. Novamente, não merece prosperar o argumento de que o acusado não pode oferecer resistência à imputação formulada pela acusação ao longo de um processo no Tribunal do Júri. Trata-se de um procedimento bi-fásico, em que durante a primeira fase processual são colhidas provas, a fim de que seja verificada a viabilidade da acusação. O réu pode produzir prova em audiência, requerer diligências por ocasião da defesa prévia, providenciar a juntada de documentos e oferecer resistência à imputação

através de suas alegações finais. Uma vez prolatada a sentença de pronúncia, deverá o réu ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri em razão da prática de um crime doloso contra a vida. Não haverá, porém, dúvidas sobre a viabilidade da acusação e sobre a impossibilidade de suspensão condicional do processo.

Em terceiro lugar, não pode o Promotor de Justiça que, durante os debates orais, sustentou a condenação do acusado pela prática do crime de tentativa de homicídio, ser instado a oferecer a proposta de suspensão condicional do processo a este mesmo réu, sob pena de serem violadas suas prerrogativas funcionais. Não se pode pretender que ele estabeleça uma negociação com o réu cujo ponto de partida seria a prática de um delito menos grave, com a qual o Promotor de Justiça não concorda. Há uma incompatibilidade lógica insuperável e seria incoerente a conduta do Promotor de Justiça caso ele se resignasse e negociasse com o réu a respeito da suspensão do processo.

Em quarto lugar, haveria um *error in procedendo*, uma vez que o processo estaria sendo suspenso em seu término. Existiria, de verdade, uma teratológica suspensão condicional da sentença. A decisão final do processo seria absurdamente interrompida. O Magistrado prolataria uma sentença pela metade, sem condenar o acusado, tal como deveria fazê-lo.

8. Conclusões.

A imputação possui bastante importância no processo penal brasileiro. Delimita a acusação. Serve de elemento de identificação da ação penal, para a verificação da correlação entre a acusação e a sentença, para a efetivação do princípio do contraditório e, ainda, é uma garantia do exercício de defesa.

Deve servir também como base para a análise das hipóteses de suspensão condicional do processo. Preserva-se, assim, o espaço para uma negociação entre a acusação e a defesa, sem qualquer análise do mérito da causa. Mantêm-se a desejável situação de paridade processual entre as partes, pressuposto básico para que o acusado possa efetivamente exercer um direito de escolha, sem que a suspensão do processo lhe seja imposta diante de um contexto probatório desfavorável.

Finalmente, caso a imputação seja considerada a única base para a análise das hipóteses de suspensão condicional do processo, não haverá mais sentenças interrompidas ou sentenças condenatórias cuja eficácia é suspensa após o trânsito em julgado da decisão até que o acusado cumpra as condições do *sursis* processual. Tais soluções são tecnicamente inadequadas e revelam uma intenção de aplicação, até as últimas conseqüências, da suspensão condicional do processo.

A proposta de suspensão condicional do processo deve ser feita apenas de acordo com a assertiva contida na imputação, não de acordo com uma certeza proveniente de uma análise de mérito. Assim, preserva-se a natureza e a eficácia

do instituto. Ademais, sua aplicação será sempre de acordo com os ditames legais e os princípios processuais a ele relativos.

Outubro de 2002.

Bibliografia

- Fernandes, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- Jesus, Damásio Evangelista. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada* - 6ª edição - São Paulo: Saraiva, 2001.
- Oliveira, Gilberto Callado. *O conceito de acusação* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- *Boletim de Jurisprudência do IBCCrim*, nº 110 - janeiro/2002.

(*) Pedro Rubim Borges Fortes é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Direitos humanos e orientação sexual: a efetividade do princípio da dignidade

ROSANA BARBOSA CIPRIANO SIMÃO (*)

"Época triste é a nossa em que é mais difícil quebrar um preconceito do que um átomo".
ALBERT EINSTEIN.

1. RESUMO

A história da Humanidade comporta muitas mudanças de valores, sendo certo que os conceitos morais vigentes são variáveis conforme parâmetros de tempo e espaço. A superestrutura, *in casu*, organização jurídica reflete os padrões culturais vigentes.

Partindo-se de uma visão globalizada, verifica-se uma tendência no sentido de enfatizar o ser humano, é dizer, o aparato jurídico serve de instrumento para realização da pessoa e proteção dos chamados Direitos da Personalidade, em especial, promoção da dignidade humana.

Nesse contexto, compreende-se que a orientação sexual de cada indivíduo integra o complexo subjetivo inerente à sua personalidade e, por via de conseqüência, sua livre manifestação é objeto de proteção por parte do Estado que se pretende Democrático de Direito.

Mediante um panorama histórico da evolução do tema da sexualidade, verifica-se que os desvios dos "padrões sexuais de normalidade" eram analisados sob diversos enfoques, delimitando-se os extremos de total ojeriza a uma social tolerância, passando-se por considerações de ordem patológica, distúrbio psicológico/psiquiátrico, opção de vida e orientação sexual.

O ordenamento jurídico pátrio, em consonância com a tendência mundial, prestigia os princípios de defesa dos Direitos Humanos consagrando, em sede constitucional, os direitos fundamentais, sendo inequívoca a íntima relação da liberdade de orientação sexual e os valores de **Liberdade**, **Igualdade** e **Dignidade**.

A questão das uniões homoafetivas encontra resguardo nas novas tendências do Direito de Família, tendo em vista que o eixo central da idéia de entidade

familiar deslocou-se do grande formalismo da celebração matrimonial para a livre manifestação do **afeto**.

Presentes, portanto, alguns requisitos peculiares de constituição familiar, evidente a necessidade de tutela específica das entidades que se formam à margem das solenidades antigamente idolatradas.

A produção de efeitos patrimoniais não mais é um fim em si mesmo senão uma natural conseqüência das uniões estáveis estabelecidas e baseadas no amor (independentemente de tratar-se de ligações hetero ou homossexuais).

Não basta identificar o problema evidenciado pelo preconceito, pois isso só fomentaria as discriminações existentes em torno do assunto mas apresentar soluções juridicamente viáveis para disciplinar as novas situações apresentadas.

Sugere-se uma atividade de integração do direito mediante utilização do método de interpretação sistemática, recurso aos Princípios de Interpretação da Constituição e emprego da analogia.

Assim sendo, contorna-se a suscitada questão de inconstitucionalidade do §3º do art. 226 da Constituição Federal brasileira mediante cotejo de referido dispositivo com o disposto nos arts. 1º, inc. I, 3º, inc. IV, 5º, *caput*, incs. I, II e III e parágrafo 2º, 7º, inc. III, e o preâmbulo da Carta Magna, que positiva os mais lídimos reclamos da justiça.

Há, pois, uma melhor compreensão das questões de orientação sexual como vertente dos Direitos Humanos merecendo proteção como tal.

Nesse contexto, o MINISTÉRIO PÚBLICO assume papel de especial relevância, tendo em vista que atua como guardião da Constituição da República Federativa do Brasil, soldado combatente da justiça e fiscal da efetividade dos direitos e garantias individuais. A livre manifestação da sexualidade insere-se no espectro das prerrogativas inerentes à personalidade humana, sendo seu reconhecimento um reclamo do Princípio da Dignidade consagrado pela Carta Constitucional.

Os operadores do Direito só fazem Justiça e o ordenamento jurídico só adquire contornos de legitimidade ao refletirem as mudanças sociais e, na matéria em comento, o tratamento jurídico adequado é aquele que não compactua com discriminações e que entende que toda forma de amor vale a pena.

2. PREFÁCIO

O presente estudo tem por objetivo enfrentar o tema das uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo à luz da proteção da dignidade humana como direito fundamental.

O trabalho identifica os problemas enfrentados em decorrência da assunção de uma orientação sexual considerada fora dos parâmetros da normalidade (a partir de noções e conceitos variáveis de acordo com aspectos culturais, religiosos, sociológicos, psicológicos, espaciais e temporais).

O tema engaja aspectos polêmicos da homossexualidade que a sociedade, sistematicamente, tende a estigmatizar e que se encontram ao desamparo em demandas judiciais: nas ações de partilha de bens, de pedido de alimentos, de direitos sucessórios, de disputa de guarda de filhos, de filiação e adoção, de investigação de paternidade e um sem número de situações que circundam o Direito de Família, inclusive as novas problemáticas referentes à reprodução assistida (inseminação artificial, fertilização *in vitro etc*).

O estado sexual é atributo intrínseco do ser humano, faceta da personalidade, projeção do ego, tudo inserido num contexto dos festejados "**Direitos Humanos**".

A sexualidade e suas manifestações integram o complexo da **personalidade humana** e, como tal, deve ser tutelada pelo ordenamento jurídico com vistas à proteção da **dignidade** da pessoa humana.

Esses princípios não devem ser tratados como meras normas programáticas mas devem ser dotados de mecanismos prático-jurídicos que lhes confiram **efetividade**.

Discute-se a (in)constitucionalidade do artigo 226, § 3º, da Constituição da República do Brasil, a possibilidade do reconhecimento de efeitos jurídicos às manifestações da sexualidade diferenciada dos padrões de normalidade, mediante uma interpretação sistemática e aplicação da analogia e abre-se um parêntese para valorar as "anomalias sexuais" na categoria dos direitos de liberdade, proteção da intimidade e dignidade da pessoa humana, todos considerados direitos de personalidade.

Destaca-se, ainda, a atuação do Ministério Público no tema em análise em razão da clara pertinência ao Direito de Família (atuação na área cível em razão do disposto no art. 82 do CPC) e na Defesa das Normas Constitucionais, conforme se extrai da exegese finalística do art. 127 da Constituição da República.

O Promotor de Justiça, como fiscal da lei, deve manter-se alerta para acompanhar as mudanças sociais e, nestes termos, conferir efetividade aos princípios que informam o Direito como um todo. Trata-se, pois, de importante aliado na crescente luta contra as discriminações, as quais não compactuam com o sistema de proteção das liberdades individuais e dignidade da pessoa humana.

3. Co-relação entre direitos humanos, direitos de personalidade e direitos fundamentais.

Os Direitos Humanos são manifestações da personalidade humana, cuja proteção é reconhecida tanto em nível de Direito Natural sendo, nesse sentido, anterior ao próprio homem, como pelo Direito Positivo.

Verifica-se, pois, preocupação com a pessoa humana, surgida com as Declarações de Direitos, a partir da necessidade de proteger o cidadão contra o arbítrio do Estado totalitário e mais, limitando, também, as relações jurídicas

patrimoniais. Verifica-se, portanto, a necessidade de tutela dos direitos inerentes ao Ser Humano, não somente na esfera de Direito Público (proteção da pessoa humana contra arbitrariedades e violações praticadas pelo Estado), como, também, no âmbito do Direito Privado.

De fato, na medida em que a pessoa humana torna-se objeto de tutela também nas relações de direito privado (estabelecimento de direitos subjetivos para a tutela de dados axiológicos atinentes à personalidade), verifica-se que os valores inerentes ao sujeito humano transcendem a divisão estanque entre o Direito Público e o Direito Privado.

Insta ressaltar que faz-se a distinção doutrinária entre Direitos Humanos e Direitos de Personalidade aduzindo-se, quanto aos primeiros, que se tem uma gama de direitos subjetivos engendrados a proteger os valores da personalidade humana contra o Estado (abordagem de Direito Público), enquanto que os Direitos de Personalidade (propriamente ditos) considerariam esses mesmos direitos sob o prisma das relações entre particulares, ou, ainda, analisados quando da configuração de uma relação patrimonial (abordagem de Direito Privado).

Nesse sentido, observa o autor FABIO DE MATTIA [1]:

> "(...) os direitos humanos são, em princípio, os mesmos da personalidade; mas deve-se entender que quando se fala dos direitos humanos, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los contra as arbitrariedades do Estado. Quando examinamos os direitos da personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém, sob o ângulo do direito privado, ou seja, relações entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas".

No que se refere aos **direitos fundamentais**, são estes, nada mais, nada menos, que os Direitos Humanos e Direitos da Personalidade consignados, ou melhor, positivados na Constituição da República. Assim, tem-se que o lugar de referência mediante disposição topográfica de nossa Carta Magna dos Direitos Humanos e Direitos da Personalidade são os Títulos I e II: Princípios Fundamentais e Direitos e Garantias Fundamentais, respectivamente.

---

[1] MATTIA, Fabio de, "Direitos da Personalidade II", in *Enciclopédia Saraiva*, vol. 28, São Paulo, Saraiva, 1979, p. 150, que invoca, em apoio à sua posição, o entendimento de ARTURO VALENCIA ZEA, ALEX WEILL, JEAN CARBONNIER e ORLANDO GOMES.

São, pois, características dos Direitos Humanos (*lato sensu* - englobando, pois, os Direitos de Personalidade propriamente ditos e Direitos Fundamentais) a generalidade, a extrapatrimonialidade, o caráter absoluto, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade.

3.1. Liberdade de orientação sexual e proteção à dignidade da pessoa humana.

O Princípio da **dignidade da pessoa humana** pode ser considerado como uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade. Encontra-se expressamente previsto na Constituição da República Federativa do Brasil [2] como um de seus fundamentos.

Sob a ótica de Sérgio Resende de Barros, *"a dignidade humana é a versão axiológica da natureza humana"*. [3]

Deveras, diante de qualquer caso concreto que bata às portas do Poder Judiciário, a interpretação que mais atende aos anseios de justiça é a que melhor realiza a dignidade do ser humano.

Do princípio da dignidade são irradiados os demais princípios também acolhidos em sede constitucional. Nesse sentido, estão especialmente relacionados à matéria em comento, os princípios da igualdade e liberdade.

O princípio constitucional de igualdade, erigido pela Constituição Federal, outorga específica proteção à expressão da sexualidade. Preliminarmente, o preâmbulo da Constituição e seu artigo 1º, inciso III, estabelecem o princípio da liberdade e da igualdade. Especificamente os artigos 3º, inciso IV, e 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, proíbem qualquer dessemelhança por motivo de sexo.

As relações sexuais se albergam entre os direitos de personalidade, sob o teto da liberdade de expressão, principalmente no que diz respeito à identidade pessoal e à integridade física e psíquica.

O direito à liberdade do homem é o segundo direito fundamental assegurado no artigo 5º, *caput*, da Carta Constitucional [4], logo em seguida ao direito à vida. É na Constituição que se inserem dispositivos de proteção à personalidade, considerados agora como direitos fundamentais ou liberdades públicas: de consciência e de crença (artigo 5º, VI), de expressão (artigo 5º, IX), de exercício

---

[2] *"A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)* **III - a dignidade da pessoa humana***"*. (art. 1º, inc. III, da Constituição da República Federativa do Brasil).

[3] Barros, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 418.

[4] Artigo 5º, *caput*, da CF: *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade* [...]".

de trabalho (artigo 5º, XIII), de locomoção (artigo 5º, XV), de associação (artigo 5º, XVII) e as ações constitucionais de *habeas corpus* (artigo 5º, LXVIII) e mandado de segurança (artigo 5º, LXIX).

A liberdade de expressão sexual, como direito de personalidade, é direito subjetivo que tem como objeto a própria pessoa.

A orientação sexual é determinante, assim como são intrínsecas, no ser humano, a raça e a nacionalidade - todas estão condicionadas ao acontecimento natural do nascimento e a nada mais. Daí estarem inseridas na cláusula geral de proteção igualitária prevista no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal e no princípio fundamental de tratamento digno ao ser humano.

Não há fundamento lógico para o tratamento desigual.

Pode-se concluir que a discriminação por motivo de orientação sexual é uma espécie do gênero que proíbe a discriminação por motivo de sexo; portanto, merece agasalho em nosso ordenamento jurídico.

3.2. Orientação constitucional - as famílias possíveis.

A Constituição agasalha princípios que revelam os reclamos de justiça e, nestes termos, verifica-se a tendência do constituinte originário no que se refere a viabilizar a interpretação que melhor atende à realização da pessoa humana.

Chega-se à conclusão *supra* pela especial análise conjugada das normas consignadas no Preâmbulo da Carta Magna e nos seus arts. 1º, inc. III, art. 3º, inc. IV, art. 5º, *caput* e inc. I e parágrafo segundo, art. 7º, inc. XXX, art. 226 e §§ 3º e 4º.

Mais especificamente, no Direito de Família, houve uma profunda transformação. Albergaram-se outras formas de vínculos afetivos como entidade familiar. Tanto a união estável entre homem e mulher como as relações entre ascendentes e sua filiação, chamadas de família monoparental, passaram a ser consideradas entidades familiares (art. 226, §§ 3º e 4º da CR).

Com a Carta Magna de 1988, foram nomeadas outras entidades familiares dignas de reconhecimento e proteção por parte do Estado, além daquela decorrente do casamento.

Ressalte-se que a interpretação conjugada dos parágrafos do art. 226 da Constituição da República reforça a idéia de **inclusão** e não de exclusão, para fins de se alargar o espectro de configuração de entidades familiares.

*"O **caput** do art. 226 é, consequentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade".* [5]

---

[5] Lôbo, Paulo Luiz Netto. "Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*". Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. *Família e cidadania - o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 95.

Não é razoável que se interprete a Constituição de forma a discriminar situações, é dizer, organizações afetivas que tenham as mesmas características, requisitos e finalidades não podem ter tratamento diferenciado.

Nesse sentido, tem-se como requisitos essenciais para configurar a entidade familiar:

Afetividade - esse seria o requisito preponderante; desloca-se o foco central da família da finalidade exclusivamente procriativa e geração de efeitos patrimoniais para o **afeto**. A família é a sede do afeto e nicho de realização do ser humano. O item de especial ênfase e consideração em sede da família é a pessoa, os integrantes da entidade familiar;

Estabilidade - não seria toda e qualquer união afetiva digna de reconhecimento como entidade familiar, mas aquela duradoura, cuja afetividade se protrai no tempo;

Fidelidade;

Ostensividade - não se nos afigura familiar a entidade estabelecida às ocultas, de forma clandestina. A família, enquanto espaço de afeto e amor entre seus integrantes, impõe-se, como tal, diante de todos;

"**Intenção de família**" - trata-se de um requisito subjetivo importante para a configuração da família. Seria, portanto, a *affectio familiae*, em que os integrantes da entidade relacionem-se entre si como uma família merecedora do amparo do Estado como tal.

Sob essa perspectiva, pode-se identificar, exemplificativamente, alguns tipos de entidades familiares, quais sejam, comunidade de parentes (exs.: irmãos, tios/sobrinhos, primos, avós/netos *etc.*); comunidade de pessoas que se unem por laços de afetividade - sem finalidade sexual ou patrimonial (ex.: duas senhoras idosas que não querem viver em asilo); família monoparental; comunidade decorrente da generosidade humana: entidades constituídas pelos filhos de criação, ou seja, vínculo afetivo paterno/materno sem que haja necessariamente filiação biológica ou adotiva; união concubinária - estável: - entre homem e a mulher; — entre homem e homem; — entre mulher e mulher, conforme uma perspectiva homo ou heterossexual.

A proteção do Estado conferida à entidade familiar abrange diversos aspectos, podendo-se mencionar, exemplificativamente, a impenhorabilidade do Direito de Família (Lei 8009), a proteção da locação residencial familiar (Lei 8245), direito fundamental à moradia da família: usucapião especial - arts. 183 e 191 da Constituição da República.

Conclui-se, portanto, que, segundo os melhores critérios de interpretação constitucional, existe uma cláusula de inclusão para, implicitamente, abranger, como entidades familiares, uniões afetivas outras que não somente as advindas do casamento, união estável entre homem e mulher e entidade monoparental.

A norma de proteção à entidade familiar tem, como foco, a personalidade de cada integrante (*vide* parágrafo 8 do art. 226 da Constituição da República); o valor é a pessoa e a família, enquanto *locus* de **afetividade**, realiza e dá consistência ao **princípio da dignidade humana**.

Sobre o tema, prestigia-se os princípios de **Igualdade** (entre as entidades familiares), **Liberdade** de escolha das pessoas em relação à opção de constituição da entidade familiar que melhor se adapta a sua integridade psicológica e **afetividade**.

Trata-se de concretização dos **princípios constitucionais** e defesa da efetividade dos Direitos Fundamentais contemplados na Lei Maior: **Liberdade, Igualdade, Dignidade da pessoa humana**.

3.3 - Uma rápida abordagem de Direito Comparado.

Inicialmente, importante fazer alusão à Resolução do Parlamento Europeu, datada de 8 de fevereiro de 1994, sobre a paridade de direitos para os homossexuais da Comunidade Comum Européia [6]. Nela, entre outras considerações, afirma-se que *"a Comunidade Européia tem o dever, em todas as normas jurídicas já adotadas e nas que serão adotadas no futuro, de dar realização ao princípio de igualdade de tratamento das pessoas, independentemente de suas tendências sexuais"*. Ademais, solicita que a Comissão Européia apresente proposta de Recomendação aos Estados-Membros sobre a igualdade de direitos para os homossexuais, inclusive acesso à produção de efeitos jurídicos em decorrência da união (alimentos, direito sucessório e previdenciário e, inclusive, possibilidade de adoção).

Diversos países europeus garantem hoje proteção jurídica às relações homossexuais. A Dinamarca, desde 1989, a Noruega e a Suécia [7] desde 1995, a Islândia [8] desde 1996, através da chamada "parceria" ou "convivência

---

[6] Recomendação sobre a Paridade de Direitos de Homossexuais - Doc. A3-0028/94. Além desta, foram aprovadas pela Comunidade Européia as Resoluções de 17.09.96, 08.04.97, 17.02.98 e 17.09.98, relativas à paridade de direitos para os homossexuais. Esta última Resolução estabelece que o Parlamento europeu "tendo constatado que alguns Estados-candidatos, com os quais a União Européia iniciou negociações de adesão, mantêm nos seus Códigos Penais disposições gravemente discriminatórias, adverte que não dará o próprio consenso à adesão de um país que, em sua legislação e em suas políticas, viole os direitos humanos dos homossexuais. Faz-se expressa referência à Hungria, Bulgária, Chipre, Estônia, Lituânia e Rumênia.

[7] A lei sueca entrou em vigor em 1º de janeiro de 1995. Ao tratar das conseqüências legais da chamada "convivência registrada", a seção 1 do capítulo 3 dispõe: "uma convivência registrada tem as mesmas conseqüências legais de um casamento, com exceção do estabelecido na seção 2-4". Na seção 2 está previsto: "os conviventes registrados não poderão, nem conjunta nem individualmente, adotar crianças (...). a lei sobre inseminação (1984:1140) e a lei sobre a fertilização *in vitro* (1988:711) não se aplicam aos conviventes registrados.

[8] L. 564/96, cujo § 5º dispõe: "Duas pessoas que vivam em regime de parceria registrada gozam dos mesmos direitos das pessoas casadas com exceção do expresso no § 6º". O § 6º trata da proibição de adoção e de inseminação artificial.

registrada" reconhecem direitos e obrigações mútuas, de assistência moral e material, entre pessoas do mesmo sexo, maiores e plenamente capazes.

Na Holanda, existe a parceria registrada e essa disciplina jurídica dirige-se não somente aos homossexuais, mas, também, para todos os que não querem ou não podem se casar. Há, também, a possibilidade do "contrato de coabitação", tendo validade *inter partes*. É possível, inclusive, a guarda conjunta de filho de um só dos conviventes.

Na França, em outubro de 1999, foi aprovado, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 207 sobre *"Pacte Civil de Solidarité"*, conhecido como PaCS que atribui a casais não unidos pelo matrimônio, sejam heterossexuais ou homossexuais, um conjunto abrangente de direitos e deveres recíprocos.

A legislação catalã é, até o momento, a mais avançada no que diz respeito à paridade de direitos entre casais heterossexuais e homossexuais. Em junho de 1998, o parlamento catalão aprovou lei única a regular as uniões estáveis, tanto heterossexuais quanto homossexuais. Há uma espécie de paridade entre a união hetero e a homo, no que se refere à proteção jurídica. [9]

Os diversos ordenamentos assumem posições que vão da ilicitude à indiferença, passando pela atribuição de efeitos jurídicos mais ou menos completos, embora de menor amplitude em comparação com a relação heterossexual.

4. Seria possível cogitar a inconstitucionalidade da norma do artigo 226, § 3°, da Constituição da República Federativa do Brasil?

Dispõe o art. 226, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, *ipsis literis:*

> "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

A norma, ao exigir a dualidade de sexo, não estaria por encobrir uma discriminação à orientação sexual e, por via de conseqüência, violando o postulado de igualdade, de liberdade de escolha, de proteção à personalidade e de respeito à dignidade humana, princípios constitucionais evidentes?

---

[9] Arts. 6 e 34,1 da Ley sobre uniones estables de parejas de Cataluña, de 30 de junho de 1998. Pode-se ler no preâmbulo da lei: "(...) *La pareja heterosexual que vive maritalmente, si no se casa, es por voluntad propia. La pareja homosexual no puede casarse aunque lo desea. La primera es capaz de engendrar descendencia biológica; la segunda, no. Y aun dentro de las parejas heterosexuales que vonvien more uxorio, es posible distinguir aquella que rehuyen toda clase de formalismos y que, por razones de seguridad jurídica, son objeto de mayores requisitos a la hora de hacer valer sus derechos*".

Parece paradoxal a Constituição violar-se a si mesma. Como fundamento de validade das normas hierarquicamente inferiores, situa-se no vértice da pirâmide normativa.

Nada obstante, para os que defendem a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais [10], suscita-se a invalidade de uma norma constitucional em virtude de contradição com outra norma constitucional de grau superior. Sob esse enfoque, o constituinte derivado, ao editar uma certa disposição constitucional, coloca-se em contradição com disposições do constituinte originário (no que se refere a normas de raiz ou principiológicas), ensejando a apontada incompatibilidade [11].

Esta concepção rejeita a suposição de que toda e cada uma das disposições da carta constitucional é da mesma índole e do mesmo grau que qualquer outra disposição desta mesma Carta Constitucional, assim como em toda e qualquer lei podem existir preceitos de importância maior ou menor ou que se chocam entre si.

Numa outra visão, mencionam os autores a possibilidade de ocorrência da chamada MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, casos em que determinadas normas constitucionais ficariam automaticamente obsoletas por uma não adequação à nova realidade fática subjacente. Assim, os preceitos constitucionais reclamariam interpretação adequada à exigência da realidade. Esta interação com a realidade permite considerar a Constituição como uma ordem aberta [12].

Mas, reitera-se: entender que o disposto no §3º do art. 226 da CR afasta as denominadas uniões homoafetivas da proteção às entidades familiares não violaria postulados fundamentais inseridos na própria Constituição?

Inicialmente, deve-se reconhecer uma mudança de paradigma no que se refere à interpretação finalística das normas que consignam direitos fundamentais: estas é que condicionam e adequam a ordem jurídica, e não o contrário. Nestes termos, há uma vinculação do Executivo, Legislativo e Judiciário aos direitos fundamentais, eis que não se postam mais como limites de atuação do Poder Público, mas consistem em tarefas a cumprir e exigem do Estado muito mais do que o dever de abstenção - exigem uma atividade prospectiva [13].

Ressalte-se que o sistema jurídico pátrio (princípio da **unidade hierárquico-normativa** da CR) não admite a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, exceto no caso de emendas ou de revisão constitucional, sujeitas

---

[10] Com esse entendimento, expõe a Dra. MARIA BERENICE DIAS, com veemência, que o § 3º do art. 226 da Constituição da República seria inconstitucional, in DIAS, Maria Berenice. *União homossexual, o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

[11] *Cf.* BACHOF, ob. cit., pp. 58-59.

[12] CLÈVE, Clèmerson Merlin. RT, Capítulo I — **A Constituição e a fiscalização abstrata da constitucionalidade: conceitos operacionais**. Item I — **Constituição como lei fundamental.** Paraná.

[13] *Cf.* CLÈVE, ob. cit., Capítulo 3 — A fiscalização abstrata da constitucionalidade: a ação direta de inconstitucionalidade. Item 2.9 — A decisão e seus efeitos.

ao controle de constitucionalidade, bem como de normas e de princípios da Constituição Estadual que violem a Constituição Federal.

Pelo princípio da unidade, a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar confrontos entre as suas normas, as chamadas antinomias. A Constituição deve ser interpretada na sua globalidade, procurando o intérprete harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais. Cada norma constitucional não é considerada isolada ou dispersa, mas como um preceito integrado num sistema interno unitário de normas e princípios [14].

Há, pois, uma coerência no discurso narrativo do sistema jurídico [15].

A conclusão a que se chega no presente trabalho quanto ao assunto de aparente inconstitucionalidade de norma constitucional é semelhante à da Mestranda em Direito Civil na Universidade Estadual de Maringá (PR) ÉRIKA HARUMI FUGIE, para quem " *(...) a tese (da inconstitucionalidadade) não é recepcionada pelo direito pátrio. E também não se tenciona, a pretexto de invocar a mutabilidade constitucional, apontar a necessidade de mudança brusca de sentido da norma do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, a ponto de invocar uma crise de inversão da ordem jurídica até então estabelecida. Postula-se, não a expulsão da norma contradita, mas a leitura de outros preceitos inseridos na própria Constituição que permitem ampliar a sua eficácia. Assim, o postulado da dignidade da pessoa humana tem força suficiente para não retirar a eficácia que a norma do artigo 226, §3º, da Constituição Federal, à primeira vista, parece excluir. Não se declara sua nulidade, eis que o ordenamento constitucional só a permite em duas situações.(...)*". - **in** "*Inconstitucionalidade do Artigo 226, § 3º, da Constituição Federal?*".

De fato, no caso em comento, deve-se buscar uma interpretação sistêmica da Constituição da República Federativa do Brasil. Não é possível a leitura do §3º do art. 226 da CR de forma isolada. Se é verdade que, para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, também é pertinente a afirmação de que ninguém poderá ser discriminado em razão de sua respectiva orientação sexual, tendo em vista que a livre manifestação da sexualidade é componente integrante da personalidade do ser humano e, como tal, deve ser protegido por se tratar de direito fundamental.

A realização da pessoa humana e valorização de sua dignidade é preceito postulado pela Constituição, cuja força normativa está evidenciada no

---

[14] *Cf.* CANOTILHO, ob. cit., pp. 1096-1097.

[15] Segundo CANOTILHO, ob. cit., p. 1057: "*O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as 'lerem' e 'compreenderem', na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correta do direito e da justiça (Dworkin). Neste sentido, embora a Constituição possa ser uma 'unidade dividida' (P. Badura) dada a diferente configuração e significado material das suas normas, isso em nada altera a igualdade hierárquica de todas as suas regras e princípios quanto à sua validade, prevalência normativa e rigidez*".

preâmbulo [16] e no artigo 1°, inciso III [17], princípio da liberdade e no princípio da igualdade humana, consagrado nos artigos 3°, inciso IV [18], e 7°, inciso XXX [19].

O disposto no § 3° do art. 226 da CR não exclui o reconhecimento de uniões homoafetivas como entidade familiar (desde que presentes requisitos configuradores de união estável) e, como tal, passível de produção de efeitos em nível de alimentos, partilha de bens, usufruto vidual, habitação, direito sucessório, direito previdenciário, indenização por dano moral *etc.*

Portanto, através de interpretação harmônica de seus preceitos, verifica-se que a CR do Brasil, em seu § 3° do art. 226 disse menos do que deveria, comportando, *ipso facto*, interpretação extensiva para alcançar a proteção de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Somente desta forma consegue-se dar **efetividade** ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana [20].

5. Solução apresentada pelo presente trabalho: Interpretação e integração do Direito.

Muitos operadores do Direito pátrio, em verdade, a maioria, inspirados por razões conservadoras e por padrões de normalidade ditados pela cultura dominante, ou, ainda, por valores impregnados por conceitos religiosos e moralmente predominantes, limitam-se a invocar uma interpretação gramatical do § 3° do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil para entender como inconstitucional qualquer tentativa de juridicizar as uniões homoafetivas.

Isto porque o supramencionado dispositivo constitucional refere-se exclusivamente à união estável entre **um homem e uma mulher.**

---

[16] Preâmbulo da CF: "*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento,* ***a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos****, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*" (grifo nosso).

[17] Artigo 1°, inciso III, da CF: "*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:* [...] *a* ***dignidade da pessoa humana***" (grifo nosso).

[18] Artigo 3°, inciso IV, da CF: "*Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:* [...] *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça,* ***sexo****, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*" (grifo nosso).

[19] Artigo 7°, inciso XXX, da CF: "*São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social* [...] *proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão* ***por motivo de sexo****, idade, cor ou estado civil*" (grifo nosso).

[20] Sobre a íntima correlação entre a orientação sexual e a dignidade humana, observa Rios, Roger Raupp. "Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade", *Revista CEJ*, n. 6, set./dez. 1998, Brasília, p. 34, que: "*ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana)*".

Neste sentido, a pretensão de reconhecimento de união estável entre casais homossexuais é tida como pedido juridicamente impossível à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Invoca-se, pois, a par da acima aludida inconstitucionalidade, a inexistência de uma legislação específica que tutele o caso concreto.

Neste limitado trabalho, pretende-se apresentar a problemática da proliferação de casos práticos configuradores de uma realidade familiar homoafetiva e oferecer uma solução que venha a disciplinar juridicamente tais ocorrências.

Invoca-se, pois, a **interpretação sistemática, os princípios de interpretação da constituição e os métodos de integração do Direito** para tutela dos homossexuais.

Inicialmente, mister invocar a melhor Hermenêutica Jurídica para fixar os princípios que regem a Interpretação do Direito.

Segundo CARLOS MAXIMILIANO: *"Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar"*. [21]

O sistema de hermenêutica e aplicação do Direito que melhor se coaduna com a busca do espírito da lei é o método sistemático ou sintético.

O jurisconsulto serve-se do conjunto das disposições no sentido de construir, com materiais esparsos em centenas de artigos, um todo orgânico, metódico.

Observe-se que nossa Constituição da República, conforme se infere da leitura dos dispositivos citados no capítulo anterior, demanda uma interpretação harmônica que conjugue as normas existentes em todo texto constitucional, de forma a manter-se a idéia de sistema coerentemente concatenado.

Não é possível pretender interpretar, *exempli gratia*, **isoladamente**, algum dispositivo contido na Constituição. Nesse sentido, a interpretação gramatical de uma única norma, dissociada do contexto legal na qual está inserida, revela-se perniciosa.

Desta forma, deve-se buscar analisar o sentido da norma consignada no § 3º do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil em cotejo com os demais preceitos e princípios constitucionais.

O ordenamento jurídico é um todo harmônico! Imaginar-se o contrário levar-nos-ia à incoerente conclusão no sentido da existência de contradições insuperáveis.

Defende-se, pois, o método sistemático de interpretação.

Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes e, do exame das regras em conjunto, deduzir o sentido de cada uma.

---

[21] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 1.

Deveras, é inquestionável a excelência do processo sistemático de interpretação. [22]

Há uma idéia de sistema, uma coerência interna no texto constitucional onde predomina a JUSTIÇA e extirpa todas as tendências discriminatórias.

Nesta harmonia constitucional, torna-se intolerável a existência de preconceitos ou interpretações excludentes baseados em questões de orientação sexual. Ao revés, a sexualidade humana é melhor assimilada como manifestação da personalidade e parte integrante da saúde psíquica e emocional do indivíduo. Adquire foro constitucional a questão da garantia de liberdade de expressão (incluindo-se, neste particular, a livre escolha da orientação sexual intimamente relacionada com a saúde mental).

A escolha da forma de manifestação do amor e expressão de afetividade integra a parte da vida íntima e privada do ser humano e é merecedor de amparo estatal, sob pena de vulnerar-se os mais lídimos reclamos da JUSTIÇA.

Ademais, torna-se inquestionável que o prestígio às desigualdades consubstancia tratamento desumano e degradante, o que, por certo, é peremptoriamente rechaçado pelas normas constitucionais.

O texto constitucional é claro. Não se tratam de meras normas programáticas desprovidas de força cogente. Qualquer aplicação do Direito que consagre preconceitos é inconstitucional por violar expressa disposição da Carta Magna!

Os princípios constitucionais (tais como, a liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana) são o conjunto de normas que espelham a ideologia da constituição, seus postulados básicos e seus fins ou, em outras palavras, são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. [23]

Em clássica passagem, escreveu CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

---

[22] Quanto a este particular, vale fazer expressa referência às genuínas idéias do celebrado hermeneuta Carlos Maximiliano, in MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., p. 128: "*Em toda ciência, o resultado do exame de um só fenômeno adquire presunção de certeza quando confirmado, contrastado pelo estudo de outros, pelo menos dos casos próximos, conexos; à análise sucede a síntese; do complexo de verdades particulares, descobertas, demonstradas, chega-se até à verdade geral. Possui todo corpo órgãos diversos; porém a autonomia das funções não importa em separação; operam-se, coordenados, os movimentos, e é difícil, por isso mesmo, compreender bem um elemento sem conhecer os outros, sem os comparar, verificar a recíproca interdependência, por mais que à primeira vista pareça imperceptível. O processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes.*
Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma em seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos".

[23] Veja-se BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996, p. 141.

"Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais (...)". [24]

Ressalte-se que o constitucionalista Luís Roberto Barroso menciona como Princípios de Interpretação Constitucional os da Supremacia da Constituição, da Presunção de Constitucionalidade das Leis e dos Atos do Poder Público, da Interpretação Conforme a Constituição, da Unidade da Constituição, da Razoabilidade e da Proporcionalidade e o da Efetividade. [25]

Integra as básicas noções jurídicas a idéia de que não é possível alegar lacuna da lei para deixar de disciplinar determinado caso concreto que bate às portas do Judiciário. Inexistindo norma específica que discipline determinados casos concretos, recorre-se à analogia, os costumes e aos princípios gerais de direito, na ordem ora mencionada. [26]

O objeto do presente trabalho aborda a questão atinente à configuração de união estável estabelecida entre pessoas do mesmo sexo (e todas as conseqüências daí advindas: patrimoniais, previdenciárias, sucessórias *etc.*) sob o tema de **Direitos Humanos e Orientação Sexual: A Efetividade do Princípio da Dignidade.**

De fato, inexiste no Direito Brasileiro legislação específica que tutele hipóteses que tais.

No entanto, a lacuna da lei não serve de justificativa para deixar de oferecer tutela aos casos concretos que batem à porta do Judiciário demandando pela aplicação de justiça. [27]

---

[24] Mello, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 230.

[25] Comentando o Princípio da Efetividade, esclarece Luís Roberto Barroso (in ob. cit. - pp. 218/219): "*Cuida-se aqui, da concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos (...) As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das conseqüências da insubmissão ao seu comando*".

[26] Neste sentido, dispõe o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro: "*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*".

[27] Com esse mesmo entendimento, publica a Desembargadora Maria Berenice Dias, por ocasião do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família (Afeto, Ética, Família e Novo Código Civil) novo livro *Homoafetividade: O que diz a Justiça!*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.11, *ipsis litteris*: "*O fato de não haver previsão legal para específica situação não impede seu reconhecimento nem*

Mister fazer-se uma atividade de Integração do Direito.

Sugere o presente trabalho o recurso à analogia para aplicar aos casos de uniões homoafetivas a legislação infra-constitucional editada para tutela de uniões estáveis entre homem e mulher.

A analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante. [28]

Ora, a analogia baseia-se na presunção de que duas coisas que têm entre si um certo número de pontos de semelhança possam consequentemente receber o mesmo tratamento jurídico. As figuras jurídicas da união estável entre pessoas de sexo distinto e entre pessoas do mesmo sexo têm vários pontos de semelhança, em especial, os fundamentais para configuração do instituto da união estável como entidade familiar, quais sejam: estabilidade, fidelidade, união de esforços, aparência familiar e afetividade.

Os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico: *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio;* "onde se depare razão igual à da lei, ali prevalece a disposição correspondente, da norma referida" - era o conceito básico da analogia em Roma.

Funda-se a analogia no princípio de verdadeira justiça, de *igualdade* jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes.

Partindo-se da idéia de que é **constitucional** e, portanto, juridicamente possível o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo (inclusive em atenção aos Princípios de Interpretação da Constituição e efetividade de seus comandos e valores, notadamente, Direito à **Liberdade, Igualdade, Dignidade**), propõe o presente trabalho o recurso à analogia para aplicação às uniões homoafetivas a legislação infraconstitucional que disciplina união estável entre homem e mulher, vale dizer, Leis 8.971/94 e 9.278/96, bem como as disposições consignadas no Título III (arts. 1.723 a 1727) da Lei nº 10.406/02 – novel Código Civil [29].

---

significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de Direito (...) Portanto, julgar compreende também a identificação do direito a ser aplicado quando a legislação não oferece uma solução à hipótese submetida a juízo. (...) A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar a prestação jurisdicional ou ser invocada com o motivo para deixar de reconhecer a existência de direito merecedor da tutela jurídica (...)".

[28] MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., p. 208.

[29] Oportuno salientar que com a vigência do Novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002), divide-se a doutrina quanto ao entendimento acerca da revogação ou não das legislações anteriores que tratavam da matéria de união estável (*in casu*, Leis 8.971/94 e 9.278/96). Filio-me à corrente que preconiza que as normas anteriores subsistem naquilo que não forem incompatíveis com as novas disposições sobre a matéria.

6. Conclusão.

O presente trabalho buscou instigar uma reflexão sobre as repercussões do estado sexual no âmbito do Direito de Família, a relação entre os Direitos Humanos e a Liberdade de orientação sexual, interpretação constitucional que melhor se coaduna com a efetividade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e apresentar algumas soluções.

A sexualidade comporta variantes e a sociedade exige uma resposta nos moldes dos padrões estabelecidos segundo variáveis conceitos culturais. Ao se fugir destes padrões, emerge o embate. Nestes casos, há a necessidade de uma disciplina jurídica que autorize a efetiva tutela desses direitos ditos "anormais".

Neste limiar do milênio, deve-se levar em conta todas as profundas transformações ocorridas nos valores sociais, bem como os obstáculos transpostos pelo Direito de Família.

Com a Constituição da República de 1988, destacou-se outras formas de constituição familiar (a par da oriunda do sacramentalizado matrimônio), tais como a união estável e as famílias monoparentais. Contempla-se, pois, a espontaneidade na união de pessoas determinadas a alcançar um objetivo familiar (*affectio* familiar). A tônica assenta-se no **afeto** e na realização da pessoa humana. Esse o sentido das normas de caráter principiológico que informam a Constituição da República: valorização do ser humano e busca da efetivação de sua respectiva dignidade. Entende-se o art. 226 da Carta Magna como uma cláusula geral de inclusão a comportar um rol exemplificativo de entidades familiares. Nesse contexto, presentes os requisitos legais para configuração de família extramatrimonial (estabilidade, publicidade, afetividade, continuidade e intenção familiar), deve-se assegurar a produção de efeitos tanto em nível patrimonial (alimentos, partilha de bens, direitos sucessórios, previdenciários *etc*) como pessoal. Nesse último caso, incluem-se as relações homoafetivas tendo em vista que as entidades familiares devem receber tratamento igualitário.

Há uma mudança de ótica. Da idolatria aos direitos patrimoniais (de propriedade, relações contratuais *etc*) passa a ordem jurídica, notadamente a constitucional, a enfocar a realização da pessoa humana, a disciplina da proteção integral ao ser humano e efetividade dos Direitos Fundamentais. A ênfase do sistema jurídico pátrio está na personalidade, ou seja, a orientação da Constituição brasileira trata de promover a dignidade humana. Neste sentido, em sede de Direito de Família, a preocupação está dirigida à proteção dos filhos, garantir a efetividade dos direitos da personalidade dos integrantes da entidade familiar, independentemente do ato solene do matrimônio.

A família não é tão somente a sede de realizações econômicas e o centro legitimado de reprodução e sim, fundamentalmente, a instituição do amor, a união das pessoas com base no afeto. A idéia central é a realização do ser humano como tal e não como um receptáculo dos preconceitos da sociedade.

Deve-se levar em consideração que as estruturas escritas (ordenamento jurídico positivo) nem sempre correspondem ou são eficazes para atender as novas demandas que surgem, é dizer, as especificidades dos casos concretos. Esta realidade é nitidamente detectável nas relações interpessoais, nas quais se incluem as diferentes manifestações da sexualidade.

O grau de repulsa, tolerância ou receptividade das diferentes manifestações de orientação sexual variam em consonância com o desenvolvimento cultural da sociedade. Às vezes, a convivência de pessoas do mesmo sexo é considerada repugnante, desmerecedora de atenção, constituída à margem das instituições juridicamente reconhecidas. Em princípio, a homossexualidade foi considerada uma enfermidade psicopatológica, algo reprimida pela moralidade e pela religião cristã; gradativamente, alcançou espaço enfrentando a intolerância.

Apesar de a realidade homossexual ser cada vez mais aparente, há, no campo jurídico, uma certa resistência à reflexão sobre a matéria. Nada obstante, é inegável que as relações afetivas de pessoas do mesmo sexo afloram, saem da clandestinidade requerendo um tratamento social e jurídico digno.

O contexto da sexualidade sofre uma mudança de ótica comparado ao itinerário valorativo do divórcio. Antes, por influências religiosas, havia uma grande oposição à dissolução do matrimônio, e depois, gradativamente, a idéia de divórcio foi incorporada à mentalidade da sociedade e, por via de conseqüência, a legislação teve que acompanhar o progresso cultural. Neste sentido, é possível afirmar que, pouco a pouco, as manifestações da sexualidade divergentes dos antigos modelos de normalidade são mais facilmente aceitáveis como emanação da personalidade. Há, portanto, uma melhor compreensão das questões de orientação sexual como vertente dos direitos humanos, cuja livre manifestação merece proteção e reconhecimento por parte do Estado.

Não há propriamente uma restrição inconstitucional consignada no §3º do art. 226 da Constituição da República (reconhecimento da união estável entre homem e mulher e o objetivo do Estado de facilitar sua conversão em casamento), tendo em vista que é possível fazer uma interpretação sistemática dos diversos dispositivos constitucionais que tratam da matéria para fins de amparar a união entre pessoas do mesmo sexo. Harmonizando-se todos os preceitos que consagram a valorização da pessoa humana mediante a previsão constitucionalmente positivada dos Princípios da Dignidade e seus corolários (igualdade, liberdade *etc*), conclui-se que não há inconstitucionalidade da norma constitucional, mas, apenas, uma omissão perfeitamente suprível pela atividade integradora dos aplicadores e fiscalizadores do Direito. É possível mencionar, na idéia de sistema, os comandos incluídos pelo constituinte originário no art.

1º, inc. I, art. 3º e inc. IV, art. 5º, *caput*, incs. I, II e III e parágrafo 2º, art. 7º, inc. XXX, art. 226, §§ 2º e 3º, entre outros da Constituição da República Federativa do Brasil e seu respectivo preâmbulo.

Na lacuna da lei, cabe a atividade de integração do direito conforme os recursos legais previstos no art. 4º da LICC.

A união estável entre homem e mulher ou entre pessoas do mesmo sexo alcançam o mesmo pressuposto, um denominador comum, qual seja, o afeto, requerendo, portanto, tratamento jurídico igualitário. Por inspiração de um princípio de igualdade ante a lei e de equidade, as mesmas situações necessitam do mesmo tratamento jurídico (analogia).

Verifica-se que o propósito de ambas as uniões (heterossexuais e homossexuais) é o mesmo: vida em comum, construção de patrimônio comum, empreendimento de esforços, reciprocidade nos projetos, afetividade, propósito familiar e desejo de prole, seja esta natural ou social. Por um princípio de hermenêutica jurídica, em uma atividade de integração do Direito, para tutelar situações semelhantes em relação às quais não há uma disciplina específica, recorre-se à analogia. Assim, para disciplinar as uniões homoafetivas, sugere este trabalho a aplicação da legislação pertinente à união estável entre homem e mulher.

A exemplo do que ocorreu com as uniões estáveis de pessoas de sexo distinto, as uniões homoafetivas, quando reconhecida a sua existência, ainda são relegadas ao Direito das Obrigações por se vislumbrar uma mera sociedade de fato.

Nesse contexto, tenho por certo que, seguindo a mesma evolução jurídica no que se refere ao regulamento das uniões estáveis entre heterossexuais, devem as ações que pretendem o reconhecimento de união estável entre homossexuais ser processadas nas Varas de FAMÍLIA e não nas varas cíveis.

Ressalte-se que o presente trabalho não pretende amparar os desejos sexuais homoeróticos levados às últimas conseqüências, mas tem por objetivo enfocar a questão da livre manifestação da sexualidade como emanação da personalidade, a possibilidade de constituição de uniões afetivas marcadas pela assistência e respeito mútuos e pelo amor.

O trabalho se propõe a desmistificar os preconceitos existentes e apresentar soluções compatíveis com a efetividade dos Direitos Humanos. Aliás, a este propósito, é fundamental a conscientização dos operadores do Direito em geral e a atuação destemida e imparcial (inclusive em nível axiológico) do Ministério Público em especial.

De fato, "*O Preconceito está ainda mais longe da verdade do que a ignorância.*" (DIDERAT, Carta sobre os Surdos-Mudos).

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. "União entre pessoas do mesmo sexo. Discussão dispensável ou prematura?" Caderno Face a Face da *Revista Jurídica Consulex*, ano III, nº 28, abr. 1999, pp. 52-53.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra : Almedina, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª ed., Coimbra : Almedina, 1998.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. "Uniões de pessoas do mesmo sexo – reflexões éticas e jurídicas", *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, ano 31, Coleção Acadêmica de Direito, v. 12, Porto Alegre : Síntese, 1999, pp. 147-154.

_____. *Direito de Família: a sexualidade vista pelos tribunais*. Belo Horizonte : Del Rey, 2000.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa : Morais, 1961.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Homoafetividade: O que diz a Justiça!*, 1ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. "União homossexual: aspectos sociais e jurídicos", capturado no *site* http://www.gontijo-familia.adv.br/escritorio, em 10.09.00.

_____. *Efeitos patrimoniais das relações de afeto. Repensando o Direito de Família*, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte : IBDFAM, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Título II – "As uniões, mais que crônicas de uma viagem", in *Elementos Críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 59-102.

_____. "Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo", *RT*, ano 85, n. 732, out. 1996, pp. 47-54.

FUGIE, Érika Harumi. *Inconstitucionalidade do art. 226, § 3º, da Constituição Federal?* Tese de Mestrado em Direito Civil. Universidade Estadual de Maringá (PR). 2000.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família.* São Paulo: RT, 1998.

_____. "Família não fundada no casamento". *RT* n. 771, ano 89, jan. 2000, pp. 51-76.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*, 7ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1992.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MORAES, Maria Celina Bodin de. "União entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional", **in** *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Padma, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 18ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade Vista pelos Tribunais*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil.* Tradução de Maria Cristina de Cicco, 1ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINTO, Mônica Cristina Moreira. "União clandestina, união homossexual – efeitos patrimoniais", *Rev. Minist. Público do Rio de Janeiro*, n. 09, Rio de Janeiro, 1999, pp. 197-207.

REIS, Christiane Gonçalves dos. *A Mudança de Sexo: Causas e Efeitos*, Niterói: Universidade Federal Fluminense, 1995.

RIOS, Roger Raupp. "Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade", *Revista CEJ*, n. 6, set./dez. 1998, Brasília, pp. 27-39.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*, v. 6, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela.* São Paulo: RT, 1993.

TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A. *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España.* Madri: Dykinson, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. "A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro". **In** *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. "Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio". In *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. "A disciplina civil-constitucional das relações familiares". In *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. "Direitos humanos e relações jurídicas privadas". In *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 55-71.

(*) ROSANA BARBOSA CIPRIANO SIMÃO é Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

O aditamento provocado, uma heresia

SERGIO DEMORO HAMILTON (*)

1. Sabe-se que o nosso Código de Processo Penal não prima pelo sistema nem pela qualidade, afirmação que não constitui novidade para aqueles que se ocupam do estudo do processo penal. Mas ele subsiste, desde 1941, apesar das sucessivas tentativas no sentido de dotar o País de um código atualizado. Emendado e remendado, ele vai seguindo a triste sina de "primo pobre" da lei processual. Desde o início da década de 60, ainda no Governo Jânio Quadros, surgiram anteprojetos e projetos, que ficaram pelo caminho. De todos, sem dúvida, o de melhor técnica foi o anteprojeto de autoria do saudoso professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, mestre de todos nós, que, como os demais, acabou abandonado. Optou-se, então, pelas reformas setoriais em diversos capítulos do Código, algumas de grande relevância, como aquela surgida em função da Lei 7210/1984 (Lei de Execução Penal). Esta última, embora não tenha revogado de forma expressa o Livro IV do Código, que regulava a execução, abrange toda a matéria relacionada com a execução penal. O diploma legal em questão é aqui referido a título meramente exemplificativo, não me movendo qualquer preocupação exaustiva quanto à enunciação das diversas leis extravagantes que, no decorrer dos anos, e quase sempre para pior, vêm alterando o velho Código, com maior ou menor amplitude.

Recentemente, foram elaborados onze anteprojetos pela "Comissão de Reforma do Código de Processo Penal", presidida pela professora ADA PELLEGRINI GRINOVER e integrada por expressivo número de professores quase todos radicados em São Paulo.

Torna-se ocioso assinalar que, se transformados em lei os referidos anteprojetos, teríamos, praticamente, um novo Código, pouco restando (se é que sobraria algo!) do atual, em vigor desde os primórdios dos anos 40 do século passado e já bastante desfigurado [1]. Ignoro o destino que os referidos trabalhos tomaram nos meandros do Congresso, quando foram transformados em projeto.

---

[1] Caso o leitor manifeste interesse a respeito da matéria, poderá encontrar algum subsídio em meu estudo "O Anteprojeto sobre a Investigação Policial", publicado na *Revista Jurídica*, da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, ano 1, nº 1 - Janeiro/Junho de 2001, p. 103 e seguintes. Pretendia, naquele ensejo, examinar todos os anteprojetos, porém, ao ser informado (não-oficialmente) de que eles haviam sido retirados do Congresso, deles não mais se tendo qualquer notícia, abandonei a empreitada, até mesmo porque, àquela altura, diversos dispositivos do anteprojeto já haviam sofrido alteração no Legislativo.

2. Relatada, em breves linhas, a odisséia de quase meio século vivida pela reforma do processo penal e pelo aguardo de um novo Código, passemos ao exame do tema que motivou o presente estudo.

3. Sabe-se que o Código, pelo menos em palavras, adotou o sistema acusatório, ao proclamar "a completa separação entre o juiz e o órgão da acusação, devendo caber **exclusivamente** a este a iniciativa da ação penal" (item V, da Exposição de Motivos do CPP) [destaque meu], atendendo ao princípio do *ne procedat iudex ex officio*. Mantinha, porém, o procedimento *ex officio* em relação às contravenções, o que, por si só, já desnaturava o "sistema" que pretendia adotar. (*Vide* "Ação Penal" em o nº V da "Exposição de Motivos" do CPP).

Na verdade, a forma mista foi sempre a que prevaleceu em nosso processo, não porém tal como ela é concebida pela doutrina tradicional, isto é, por uma combinação das outras: a investigação inquisitória e o julgamento acusatório. Adotou-se, na verdade, um sistema misto à brasileira, onde, na fase processual, vislumbramos um grande número de providências que viola, frontalmente, o sistema acusatório como já tivemos a oportunidade de salientar em outra ocasião, cujo estudo escapa aos objetivos do presente trabalho [2]. Aliás, nem mesmo nas chamadas formas secundárias do processo houve um critério rígido da parte do legislador da década de 40. Assim, por exemplo, o Código permite o sigilo em várias fases do processo (arts. 486, 745 e 792 § 1º), valendo ressaltar, ainda, que o procedimento comum é escrito, deixando-se a oralidade para os ritos sumário e sumariíssimo. Convém notar, no entanto, que em tais casos não haveria o que criticar, pois tais formas processuais são secundárias, uma vez que nem o sigilo nem a escritura integram a essência do processo inquisitório, assim como a oralidade e a publicidade nem sempre compuseram o quadro do processo acusatório no decorrer da História. Daí, falar-se em formas secundárias [3].

4. Retomo o fio da meada e volto ao *thema* específico do nosso artigo. O caso mais comum e relevante de aditamento provocado é aquele previsto no art. 384, parágrafo único, do CPP, conhecido na doutrina sob a designação de *mutatio libelli*. Diz-se provocado o aditamento pois a iniciativa do acréscimo à acusação parte da autoridade judiciária. Ela instiga o *Parquet* à providência.

Resta indagar se, em face da nova ordem constitucional, que adotou, sem sombra de dúvida, o princípio acusatório (art. 129, I), tal modalidade de aditamento pode subsistir.

---

[2] Para cumprida exposição das sucessivas violações ao sistema acusatório em nosso processo penal, convido o paciente leitor a fazer uma visita ao nosso estudo "A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia", in *Revista da Defensoria Pública*, nº 17, pp. 191 e seguintes, Rio de Janeiro, 2001. Igualmente, será possível encontrar algum subsídio sobre o assunto em meu artigo in "MPM, em revista", *Revista Cultural da Associação Nacional do Ministério Público Militar*, nº 2 - outono de 2003, pp. 10 e seguintes, no meu trabalho "Novas Questões de Processo Penal", ali publicado.

[3] Para um exame *ex professo* da matéria, consulte-se VINCENZO MANZINI, em seu *Diritto Processuale Penale*, vol. I, de modo especial os nºs 6 *bis* e 7, *quarta edizione* (1931), pp. 1 a 67.

Aliás, em matéria de aditamento, o Código de Processo Penal não poderia ter sido mais infeliz em sua regulação, começando pela própria topologia dada àquele instituto processual, pois colocado no título que trata da sentença (Titulo XII, do Livro I), ou seja, ao final do procedimento.

Na verdade, uma vez adotado o sistema acusatório, todo e qualquer aditamento (e o do art. 384, parágrafo único, do CPP, embora mais relevante, não resta solteiro no estatuto processual) só poderia decorrer de ação do Ministério Público. É o que na doutrina recebe a nominação de aditamento espontâneo, decorrência lógica do princípio da inércia que rege a jurisdição penal, tal como proclamado na "Exposição de Motivos" do CPP (**3**, *supra*), rica em palavras que a lei se encarrega de desmentir.

Aditar significa somar, acrescentar, acrescer, pôr a mais. O ato de adição por parte do *Parquet* pode ser subjetivo ou objetivo. Subjetivo quando voltado para incluir no pólo passivo da relação processual outra pessoa que dela ainda não fazia parte. Já o aditamento objetivo importa na inclusão de novo fato ou circunstância ou ainda classificação nova que importe no agravamento da pena [4].

Há, ainda, outras situações em que, na praxe forense, usa-se a expressão re-ratificação da denúncia [5] para defini-las. Em tais casos, há mero suprimento de omissões, ou ainda retificações e/ou ratificações sem que daí advenha nova valoração jurídica do fato. Em suma: complementa-se apenas a exordial de acusação de maneira a torná-la mais perfeita. O art. 569 do CPP contempla a hipótese, valendo notar que, em tal situação processual, não há falar em aditamento no sentido em que estamos examinando o assunto, pois a imputação não é agravada. POLASTRI refere-se a esta modalidade de re-ratificação como aditamento impróprio [6].

Não é objetivo do presente estudo ocupar-se do aditamento em todos os seus aspectos, nem demonstrar os defeitos graves com que a matéria foi

---

[4] Há entendimento jurisprudencial no sentido de não admitir-se que a acusação adite a denúncia para incluir fato novo, salientando que o art. 384, parágrafo único, do CPP prevê, apenas, a *mutatio actionis*, ficando restrita à nova definição jurídica constante da denúncia, restando vetada a inclusão de fato novo. Para uma consulta aos julgados, veja-se o *Código de Processo Penal Anotado*, de DAMÁSIO E. DE JESUS, p. 280, Editora Saraiva, 2002, 19ª edição. Parece-me que tal entendimento não traduz a melhor exegese do texto, pois a lei, ao falar em nova definição jurídica que importe na aplicação de pena mais grave, para toda a evidência, não pode ser interpretada literalmente, pois ela pode decorrer do surgimento de fato novo que atingirá a classificação da infração penal e importará no agravamento da sanção respectiva. Demais disso, seria absurdo, ferindo o princípio da economia processual, proceder-se sempre na forma do art. 40 do CPP, instaurando-se novo processo para o fato novo, com grave prejuízo para a persecução criminal, quando tudo pode e deve ser resolvido em único processo e numa mesma decisão. Reconsidero, assim, entendimento anterior defendido em meu livro *Processo Penal - Reflexões*, p. 43, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

[5] Sobre a expressão re-ratificação, seu uso no foro e suas conseqüências, veja-se o meu estudo sobre a "Técnica da Denúncia", in *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), vol. 5, nº 19, pp. 207 e seguintes, de modo especial o nº 16.

[6] LIMA, Marcellus Polastri, in *Ministério Público e Persecução Criminal*, p. 285, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 3ª edição, 2002.

versada no estatuto processual penal em vigor. Na verdade, o que aqui se pretende é evidenciar a total ilegalidade do chamado aditamento provocado.

5. Dois são os fundamentos filosóficos básicos a justificar o aditamento: a observância do princípio da obrigatoriedade ou da legalidade da ação penal por parte do *Parquet*, bem como o da congruência.

Não dispondo o Ministério Público do conteúdo material do processo, está ele obrigado a agir, desde que presentes as condições regulares para o exercício do direito de ação. O art. 24 do CPP, de maneira taxativa, estabelece que "nos crimes de ação pública, esta **será** promovida por denúncia do Ministério Público...

Ora, em conseqüência, o aditamento à denúncia a que alude o art. 384, parágrafo único do CPP é, igualmente, um dever jurídico para o *Parquet*, desde que se façam presentes as condições que o justifiquem. É mero consectário lógico do princípio da obrigatoriedade. Assim como ele vê-se obrigado a denunciar, situa-se, na fase do aditamento (que, em sua essência, reveste o caráter de denúncia), com o mesmo dever jurídico. Aliás, o aditamento nada mais é que um acréscimo **relevante** da inicial de acusação, relevante na medida em que, eventualmente, pode acarretar a aplicação de pena mais grave para o réu.

Outro fundamento lógico para o aditamento decorre do princípio da correlação entre a acusação e a sentença. Esta não pode apreciar fato diverso, não cogitado na petição inicial, ou pessoa não incluída na imputação originária.

6. O grave equívoco do Código consiste, justamente, em admitir o aditamento provocado. E é exatamente neste ponto que vamos nos deter.

Examinando o tema, no seu apreciado estudo sobre o aditamento, POLASTRI salienta que a "provocação do Ministério Público para oferecer o aditamento é **atividade anômala do juiz**, que age, *in casu*, como verdadeiro fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública" [7]. [grifos meus]

Função anômala ou atividade anômala do juiz, com a devida vênia, são expressões elegantes e imponentes, que, como num passe de mágica, fazem desaparecer a violação expressa ao sistema acusatório e legitimam o atentado contra a Constituição Federal.

Elas são usadas, a torto e a direito, para indicar as sucessivas e indevidas intervenções do juiz em atividades de persecução criminal que não lhe competem. Não será aqui a sede adequada para demonstrar o grande número de "funções anômalas" conferidas pela lei ao juiz no decorrer do estatuto processual ou em leis extravagantes, todas ignorando, por completo, o sistema acusatório [8].

---

[7] *Apud op. cit.*, in nº 06 dessas notas, p. 288.

[8] Para um estudo mais aprofundado sobre a matéria, será possível ao leitor encontrar alguns exemplos em meus trabalhos "A Ortodoxia do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro - uma Falácia", in *Revista da Defensoria Pública*, nº 17, pp. 191 e seguintes, Rio de Janeiro, 2001 e "Alguns Pespontos ao art. 28 do Código de Processo Penal", in *Revista do Ministério Público-RJ*, 3ª fase, nº 17, pp. 221 e seguintes, 2003.

A única modalidade de aditamento tecnicamente admissível é o espontâneo, isto é, aquele suscitado pelo Ministério Público, titular privativo da ação penal pública (art. 129, I da CF), quando, no decorrer do processo, verificar que outro agente também atuou no fato criminoso, quer como autor, quer como partícipe, e não foi incluído na acusação (aditamento subjetivo) ou ainda quando ocorrer a prática de infração conexa com aquela constante da petição inicial e que, igualmente, não consta da denúncia (aditamento objetivo). Este último pode dar-se também quando emerge dos fatos uma qualificadora ou uma causa de agravamento da pena que não se fizera presente quando da propositura da ação penal. Aliás, pode ocorrer, dependendo do caso, que o aditamento assuma duplo aspecto: subjetivo-objetivo.

Averbe-se que não se trata de mera faculdade do Ministério Público aditar ou não a acusação. O aditamento decorre da estrita observância do princípio da obrigatoriedade ou da legalidade da ação penal, fundamento por excelência da acusação pública (**5**, *supra*), pois o *Parquet* há que observar **sempre** o dever jurídico de agir. Em outras palavras mais severas: ele não dispõe do poder de indultar, deixando de acusar por razões de política criminal.

Assim, *data venia*, não tem qualquer sentido afirmar-se que a providência judicial na hipótese do art. 384 parágrafo único, do CPP é medida "extrema" e "fiscalizatória" do juiz em relação à omissão do Ministério Público.

Vou repetir ainda uma vez mais: juiz julga e quem julga não pode promover atos de persecução criminal. O Ministério Público, *Deo gratias*, não precisa de "auxiliar" para estar a ditar o que ele tem que fazer ou não fazer. Ele age ou não age, adita ou não adita a acusação, correndo o risco processual de seus atos. Isto é sistema acusatório. O mais recente anteprojeto de Código de Processo Penal (**1**, *supra*) elaborado por uma Comissão de Juristas em São Paulo, tendo à frente a professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, cuidava com técnica esmerada do resguardo do sistema acusatório na fase pré-processual, estabelecendo um rígido critério de controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal no âmbito do próprio Ministério Público [9].

Louve-se, na doutrina, a firme posição do Professor PAULO RANGEL [9-A], ilustre Promotor de Justiça fluminense, ao salientar, fiel à ortodoxia do sistema acusatório, que a provocação do juiz na hipótese que vimos examinando acaba por atingir a sua imparcialidade, que fica, sem dúvida, comprometida. Registra, ainda, aquele ilustre processualista que o aditamento, quando provocado, não encontra amparo na Constituição da República.

7. Há outras modalidades de aditamento, além daquela prevista no parágrafo único do art. 384 do CPP. Ela, porém, por sua incidência no foro somada à sua relevância para o processo, mereceu-nos maior atenção [10]. Demais

---

[9] *Apud op. cit.*, **in** nº **1** dessas notas.

[9-A] RANGEL, Paulo, *Direito Processual Penal*, p. 270, 6ª edição, Editora Lumen Juris, Rio, 2002.

[10] Para uma relação das modalidades de aditamento contempladas no CPP, veja-se o completo estudo sobre a matéria levado a efeito por MARCELLUS POLASTRI LIMA, *apud op. cit.*, **in** nº 6, pp. 287, 316 e outras.

disso, como já ficou registrado, o assunto excederia à finalidade do presente estudo (**4**, *in fine*, *supra*).

8. Outro aspecto nem sempre ressaltado em termos do aditamento que estamos estudando refere-se ao fato de que a providência judicial faz nascer, a partir dela, para o acusado, uma imputação alternativa, dificultando-lhe a defesa na **fase final** do processo.

É sabido que na doutrina há grande repulsa para a chamada "denúncia alternativa" pelas dificuldades que ela pode trazer ao exercício do direito de defesa. Com efeito, as *Súmulas das Mesas de Processo Penal da USP* estabelecem [11]:

> "Em princípio, não se deve admitir denúncia alternativa, ainda quando houver compatibilidade lógica entre os fatos imputados, pois seu oferecimento quase sempre acarreta dificuldades ao exercício do direito de defesa (Súmula 1 - Denúncia Alternativa)

Não comungo, com a devida vênia, de tal entendimento, conforme já tive o ensejo de ressaltar quando do exame do assunto, parecendo-me perfeitamente correta a adoção da acusação alternativa [12]. Porém, não aqui e por iniciativa do juiz. Em primeiro lugar, visto que nesta fase, da sentença, o agente provocador da acusação alternada é o juiz, violando, nesse passo, o sistema acusatório e o princípio da inércia. Em um segundo motivo, por força do momento processual em que o réu vê-se surpreendido com uma possível mudança de rumo da imputação, fato que lhe trará, sem sombra de dúvida, grande dificuldade para adaptar a sua linha de defesa tendo em conta os novos caminhos impostos à acusação em função da iniciativa do "juiz-acusador". É certo que o Ministério Público não estará obrigado a aditar a denúncia. Nem por isso o problema deixa de fazer-se presente diante da simples possibilidade de o *Parquet* ampliar a denúncia.

Portanto, mesmo no plano da mera conveniência, o aditamento na fase da sentença é, de todo, desaconselhável, podendo trazer prejuízo irremediável para a defesa, que se orientara, como é natural, voltada para a imputação contida na exordial de acusação.

---

[11] GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance, *Recursos no Processo Penal*, p. 427, Apêndice, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 3ª tiragem.

[12] Veja-se, em meu trabalho "A Técnica da Denúncia", in *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro) nº 19, 2002, pp. 207 e seguintes, exame mais acurado a respeito da imputação alternativa quando promovida por iniciativa do Ministério Público no momento do ofertamento da denúncia, providência, no meu entendimento, perfeitamente correta e que enseja à defesa, com a devida antecedência, apresentar sua resposta e produzir as provas que entender cabíveis.

9. Não bastasse a teratologia que traduz o aditamento provocado, e ainda muito restaria para ser dito e criticado em relação ao procedimento simplista que a lei processual traçou para o seu desenvolvimento, sem se dar conta da gravidade e da importância do ato que estava regulando.

Segundo dispõe o art. 384, parágrafo único, do CPP, desde que o Ministério Público aquiesça em aditar a denúncia, uma vez provocado pelo "juiz-acusador", deve ser dada vista à defesa para que ela, no tríduo legal, possa oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

Tomada a redação legal *au pied de la lettre*, chega-se, numa visão superficial, à conclusão de que a defesa pode sofrer grave prejuízo, caso o juiz venha aplicá-la em seus exatos e estritos termos. Muito mais deve ser feito, como a mim parece óbvio.

Assim, o aditamento, uma vez recebido, faz nascer nova imputação, alternativa é bem verdade, mas que pode importar na aplicação de pena mais grave na pessoa do réu. Pois bem, se assim o é, o acusado terá que ser citado, pois contra ele ergue-se, agora, nova acusação. Após, deverá ser interrogado para exercer a sua autodefesa, tudo nos termos dos arts. 185 a 196 do CPP, apresentando, em seguida, defesa técnica quanto ao aditamento, além de indicar as provas que pretenda produzir. Por sinal, a lei equivocou-se ao especificar a prova testemunhal como a excluir outras; bastaria a referência aos meios de prova que o réu tenha em vista produzir em face do aditamento, pois a testemunhal nada mais é que espécie do gênero prova. Nem mesmo o número de testemunhas pode ser limitado em três. Explica-se: o aditamento pode vir a incluir mais de um fato e para cada fato o réu terá o direito de incluir o limite máximo de três testemunhas. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar da denúncia (e o aditamento, ontologicamente, dela não difere), já manifestou entendimento que a restrição legal não se refere à parte mas sim aos fatos. Se dois são os fatos, tanto a acusação como a defesa poderão arrolar o número legal máximo para cada um deles [13].

Polastri é de pensamento que, na espécie, não há necessidade de nova citação ou interrogatório, sob o argumento de que o "fato principal permanece o mesmo" [14]. Ouso dissentir do eminente exegeta pois, ao meu sentir, o fato principal já não é o mesmo. Pode até permanecer o mesmo, quando do julgamento, porém, outro poderá vir a ser acolhido, pois a imputação tornou-se alternativa.

Aliás, em certas situações, pode ocorrer até que o rito do processo venha a ser alterado em face da acusação mais grave ou ainda em razão de peculiaridades que venham a cercar o procedimento da infração penal acrescida.

Em tal emergência, é meu pensar, melhor será promover a separação dos processos, na forma do art. 80, *in fine*, do CPP.

---

[13] Cf. RHC 65.673, *DJU* 11-3-88, p. 4742, in *Código de Processo Penal Anotado*, Damásio E. de Jesus, p. 308, Editora Saraiva, 19ª edição, 2002.

[14] *Apud op. cit.*, in nº 6 dessas notas, p. 311.

Além do mais, a lei, de maneira bizarra, não cogitou, sequer, do aspecto formal do aditamento. Ora, tratando-se de uma nova petição inicial de acusação (colocada embora pelo legislador na fase da sentença!), ela deverá conter todos os requisitos da denúncia, que não são apenas aqueles indicados no precário art. 41 do CPP, como tantas vezes já tivemos a oportunidade de assinalar [15].

Não será necessário ir muito longe para constatar a completa ausência de um sistema regulando o aditamento provocado, tratado que é pela lei processual de forma fragmentária e empírica.

10. Chega-se, agora, a um ponto delicado envolvendo as conseqüências que tal modalidade de aditamento pode acarretar para a figura do juiz - imparcial no processo em que a acusação se vir acrescida por iniciativa sua.

Coerente com a nossa posição já externada em nosso estudo a respeito do art. 28 do CPP [16], entendo que o juiz, ao provocar o aditamento, não mais poderá exercer jurisdição no processo respectivo, nascendo a incompatibilidade para tal em razão do impedimento, pois, quer queiram, quer não, manifestou pronunciamento de fato e/ou de direito sobre a questão a ser decidida. Acrescente-se que, ao receber a inicial, o juiz procede a um juízo de prelibação sobre as condições da ação e nem por isso fica impedido de prosseguir no feito. Ocorre, porém, que, ali, ao contrário do que aqui ocorre, há um exame perfunctório e, **em tese**, da viabilidade da demanda. Na fase de sentença tal não se dá. A instrução criminal está concluída, com a participação efetiva do magistrado, e, após, ao examiná-la, o juiz, **concretamente**, se dá conta de que, provavelmente, a acusação está a exigir agravamento, violando, a partir daí, o princípio da inércia. Para tanto, terá, necessariamente, que externar pronunciamento de fato e/ou de direito sobre o *thema decidendum*, ainda que o faça por meias-palavras, como costuma ocorrer. Porém, não resta dúvida, terá que expender razões, ainda que sóbrias, para tanto, pois todas as manifestações judiciais, necessariamente e por imperativo constitucional, terão que ser fundamentadas (art. 93, IX). Ora, ao fazê-lo, não mais poderá continuar atuando no feito, por manifesto impedimento. O Pretório Excelso já teve a ocasião de decidir que só há impedimento, referindo-se, aqui, expressamente ao art. 252 do CPP, quando o juiz se pronunciar de fato e de direito sobre a questão [17].

Ora, salta aos olhos que o juiz, para provocar o aditamento, terá que dar as razões que motivaram tão relevante providência jurisdicional, que, em última análise, poderá importar na aplicação de pena mais grave na pessoa do réu. Mais importante ainda: ele, juiz, participou da colheita da prova ao presidir a instrução criminal.

---

[15] O art. 41 do CPP, ao disciplinar os requisitos da denúncia ou da queixa, fê-lo de forma inepta e omissa, deixando de lado uma série de dados essenciais que uma petição inicial deve conter. Caso haja interesse no exame da questão, será possível examiná-la em nosso estudo "A Técnica da Denúncia", publicado na *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), nº 19/2002, vol. 5, pp. 207 e seguintes.

[16] Remetemos o interessado ao nosso trabalho "Alguns Pespontos ao art. 28 do Código de Processo Penal", in *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, nº 21, ago-set.2003, pp. 19 e seguintes.

[17] Obra citada in nº 16 dessas notas.

É caso de dizer: teratologia gera teratologia...

11. Cabe perguntar: o Ministério Público fica obrigado a aditar a acusação?

Provocado o aditamento pelo "juiz-acusador", o *Parquet*, caso entenda não ser o caso de *mutatio libelli*, não estará obrigado ao acréscimo pretendido, desde que convencido do acerto da acusação originária. Em tal situação processual, há corrente doutrinária no sentido de que o juiz poderá remeter os autos ao Procurador-Geral, invocando-se, por analogia, o art. 28 do CPP. É meu pensamento, já externado em estudo anterior [18], que, em face do sistema acusatório, a atuação do juiz está definitivamente banida de qualquer ato de provocação objetivando a instauração do processo. Penso, assim, que nem mesmo tal providência poderá ser tomada.

De qualquer forma, a consciência do membro do *Parquet* não poderá ser violentada, obrigando-o à formulação de uma acusação que ele entenda incabível. Nem mesmo o Procurador-Geral pode forçá-lo a agir. Para tanto, nossa Carta Política assegura aos membros do Ministério Público plena independência funcional (art. 127, § 1º). O impasse irá perdurar até que o Código de Processo Penal venha a adaptar-se à nova ordem constitucional, tal como previsto no anteprojeto a que nos referimos (**1**, *supra*).

12. Deflui de tudo o que ficou dito que o **único** aditamento possível, em face do sistema acusatório e por força do disposto no art. 129, I, da Constituição Federal, é o chamado pela doutrina de aditamento espontâneo, isto é, aquele que decorre da iniciativa do titular privativo da ação penal pública.

Ele é versado somente pela doutrina, pois nossa lei processual penal não lhe conferiu uma disciplina, apesar de todas as juras de amor pelo sistema acusatório encontradas em sua "Exposição de Motivos" (item **3**, *supra*) e que, na realidade, não passam de palavras ao vento.

Em que momento o acréscimo à acusação poderá ser suscitado?

À falta de texto expresso de lei, penso que o aditamento espontâneo deverá ser providenciado tão logo se instaure motivo para tanto. Vai depender da hipótese. Normalmente, ele surgirá após o encerramento da instrução criminal probatória mas pode ocorrer que, antes, dada a manifesta omissão da denúncia, deva ser providenciado, corrigindo-se, desde logo, o rumo do processo. É certo, porém, que a iniciativa, normalmente, deverá ser tomada **antes** das alegações finais, momento derradeiro em que o Ministério Público aprecia o fato e o direito em sua plenitude, dispondo, para tanto, de todos os elementos constantes dos autos. Mas não será absurdo que o aditamento venha a ser provocado, *in extremis*, em linha de preliminar, na fase das alegações finais, se ultrapassada aquela oportunidade. O princípio da obrigatoriedade não se rende a filigranas.

Nem sempre será possível o aditamento no processo respectivo. Isto se dará quando a providência venha a acarretar tumulto processual. Em ocorrendo a situação anômala, melhor será ao Ministério Público provocar a separação

---

[18] Obra citada **in** nº 16 dessas notas.

dos processos, nos termos do art. 80, parte final, do CPP. Suponha-se, à guisa de exemplo, que se trate de processo volumoso, com excessivo número de acusados, ou, ainda, em que haja réus presos ou, por fim, já revestido de muitos incidentes no decorrer do seu andamento. Imagine-se, ainda, a possibilidade de o aditamento vir a provocar alteração do rito processual. Em todas estas situações aqui ventiladas, em que nem de longe aspiramos a exaustividade, recomenda-se a separação dos processos. Uma coisa é certa: jamais o Ministério Público, por força do princípio da obrigatoriedade da ação penal, poderá abrir mão da acusação agravada em razão das dificuldades apontadas. Apenas deverá optar pelo caminho que o bom-senso, no caso concreto, está a ditar.

13. Cabe recurso contra a decisão que rejeita o aditamento espontâneo?

A dificuldade da resposta nasce do fato de que, como a lei não previu tal modalidade de aditamento, não poderia, como é natural, cogitar do recurso para o enfrentamento da sua rejeição.

O problema, ao meu alvedrio, pode ser contornado, desde que se medite, com o necessário cuidado, sobre a ontologia do aditamento. Na verdade, o aditamento nada mais é que um acréscimo à denúncia. Portanto, denúncia é, trazendo nova e mais completa imputação.

Assim analisada a questão, torna-se possível perquirir o recurso cabível contra a decisão que não admite a inicial acrescida.

O pensamento da doutrina e, principalmente, da jurisprudência está dividido na abordagem do assunto. Expressiva corrente jurisprudencial entende incabível a interposição do recurso em sentido estrito contra a decisão que deixa de acolher o aditamento à denúncia, pois a hipótese não se encontra contemplada em lei, sustentando que a enumeração do art. 581 é taxativa e, por esse motivo, não suporta ampliação. Porém, em julgado relativamente recente, o Supremo Tribunal Federal, ao debruçar-se sobre a matéria, considerou exemplificativa a enunciação constante do art. 581 do CPP, ao julgar o HC 75798 (2ª Turma, j. 23.3.98, *Informativo STF* 104/2, abr. 1998) [19]. Nessa maneira de ver, tornar-se-ia possível a invocação à analogia (art. 3º do CPP), ensejando a possibilidade de interposição do recurso do art. 581, I, do CPP, dada a assemelhação de situações processuais.

Entendo, com o maior respeito que me merecem as decisões do Excelso Pretório, que a orientação seguida, ao meu sentir, não perfilhou o melhor caminho. Caso o legislador pretendesse que o rol do art. 581 do CPP fosse meramente exemplificativo, não se justificaria a enumeração dos 24 casos em que o recurso é cabível. Teria, ao revés, tomado o caminho seguido pelo Código de Processo Civil, adotando o agravo de instrumento contra toda a decisão proferida no curso do processo pela qual o juiz julga questão incidente. Assim, de todas as interlocutórias o recurso cabível é o de agravo de instrumento, reservando-se a apelação contra a sentença, ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito.

---

[19] Fonte: *CPP Anotado*, Damásio E. de Jesus, p. 432, Editora Saraiva, 19ª edição, 2002.

Ao meu julgamento, no regime do CPP, o recurso cabível contra a decisão que rejeita o aditamento espontâneo é o apelo residual contemplado no art. 593, II da lei processual. Ali está dito, com todas as letras e de forma bem clara, que caberá apelação das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular, **nos casos não previstos no capítulo anterior** (grifos nossos). Ora, o capítulo anterior a que a lei faz referência é o segundo, que trata, exatamente, "do recurso em sentido estrito".

Creio, porém, que, em face da divergência demonstrada, não haverá maior problema na abordagem da matéria pela simples adoção do princípio da fungibilidade dos recursos, expressamente previsto no art. 579 do CPP.

A apelação será indispensável por parte do Ministério Público caso o aditamento pretendido venha a ser rejeitado, pois, como sabido, ele não pode ser efetivado na instância superior, conforme sumulado pelo Supremo Tribunal Federal no verbete de nº 453.

14. Como tivemos a ocasião de assinalar no início da presente exposição (**4**, *supra*), não é nossa pretensão estudar o aditamento em todas as suas modalidades. Há vários outros casos de aditamento contemplados no Código de Processo Penal que, aqui, não foram objeto de exame, uma vez que era nosso propósito demonstrar, apenas, mais um grave caso de violação ao sistema acusatório e que encontra incidência rotineira no foro, sem que uma voz, sequer, se levante contra o absurdo.

POLASTRI, no seu cuidadoso estudo sobre o aditamento, indica alguns outros casos: arts. 384, parágrafo único, 76 e 77 (devido à conexão ou continência), 569, 408, §§ 4º e 5º, e 410, todos do CPP [20], aos quais permito-me acrescentar a hipótese contemplada no art. 29 da lei instrumental penal básica. (Esta, por sinal, absolutamente correta e bem disciplinada na lei).

15. Mais de 60 anos são passados da vigência do nosso Código de Processo Penal. Nesse período, a humanidade sofreu profunda transformação em todos os setores da vida. Tudo foi repensado. Virado e revirado, ora para melhor, ora para pior. De um lado contemplou-se um inimaginável progresso científico, aliado ao desenvolvimento de uma técnica quase milagrosa. No campo ético e dos costumes em geral, experimentou-se a passagem de um comportamento excessivamente rigoroso, herdeiro fiel da era vitoriana, para um "vale tudo" capaz de fazer corar um frade de pedra. De permeio atravessamos uma guerra mundial, a que sobreveio a "guerra fria", seguida da queda do muro de Berlim, com a implosão da URSS. Passamos por um concílio, o Vaticano II, voltado, em suas origens, para tratar apenas de matéria pastoral, mas que, pelo menos nos seus efeitos, acabou por afetar, seriamente, a vida de muitos católicos doutrinariamente bem formados.

Pois bem, enquanto o mundo era sacudido por todas a essas mudanças substanciais, nosso velho Código de Processo Penal, a mostrar nítidos sinais de decrepitude, permanece incólume, sofrendo alterações meramente tópicas (as

---

[20] *Apud op. cit.*, in nº 6 dessas notas, p. 287.

chamadas reformas setoriais) através da edição de leis extravagantes, muitas delas de má qualidade, que se sucedem e que, tantas vezes, comprometem o já precário contexto sistemático do Código.

O aditamento provocado revela, apenas, uma faceta dessa balbúrdia.

II Domingo do Advento do Senhor (A.D. 2003)

(*) SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor universitário.

PARECERES E RAZÕES

Recusa no oferecimento de suspensão condicional do processo. Conduta processual abusiva e de má-fé do acusado protelando a marcha do feito. Impossibilidade de oferecimento de sursis processual no caso em que a conduta social e a personalidade do agente não autorizem a concessão do benefício (art. 89 da Lei nº 9.099/95 c/c art. 77, II, do Código Penal)

ASSESSORIA CRIMINAL
Procedimento Administrativo MP - nº 21.877/03

Origem: *Juízo de Direito da 20ª Vara Criminal da Comarca da Capital (Processo nº 2002.001.104773-5)*
Assunto: *Art. 28 do Código de Processo Penal - Aplicação por analogia*

Recusa no oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo. Denúncia oferecida por crime falimentar de escrituração defeituosa de livro obrigatório (art. 186, VI, do Decreto-Lei nº 7.661/45). Recusa do Promotor de Justiça em oferecer a suspensão condicional do processo, em virtude do comportamento processual procrastinatório do réu. Discordância judicial com remessa dos autos à Chefia do *Parquet*. Atos praticados pelo acusado, durante a marcha do feito, que configuram ***atitude abusiva e má-fé processual***. O art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95 prevê como requisitos para a concessão da suspensão condicional do processo, dentre outros, que a conduta social e a personalidade do agente autorizem a concessão do benefício (art. 77, II, do Código Penal). Presença, na hipótese, de conduta social e processual reprovável, bem como personalidade que não recomenda seja concedido o *sursis* processual. Parecer, pois, no sentido de **insistir na não-apresentação da proposta de suspensão condicional do processo.**

PARECER

Ex.mo Sr. Procurador-Geral de Justiça

O Ex.mo Dr. Moacir Pessoa de Araujo, Juiz de Direito da 20ª Vara Criminal da Comarca da Capital, com fundamento em aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, encaminha a esta Procuradoria Geral de Justiça, para os devidos fins, os autos do processo acima referenciado.

Cuida-se de ação penal ajuizada em face de *Luiz Cláudio Guedes de Moraes*, em virtude da prática do crime falimentar de escrituração defeituosa de

livro obrigatório (art. 186, VI, do Decreto-Lei nº 7.661/45). O denunciado desempenhava a função de gerência da sociedade *Plastjet Produtos Plásticos Ltda.*, a qual foi declarada falida em 25 de agosto de 1998. Verificou-se que, após a decretação da quebra, o denunciado mantinha escrituração defeituosa do livro Diário, bem como não possuía livros auxiliares, fato que impediu exame pericial detalhado na escrituração contábil da empresa.

Instado a se manifestar sobre a proposta de suspensão condicional do processo, deixou a Promotoria de Justiça fundamentadamente de formular a proposta do referido benefício nos seguintes termos: "*Ante o comportamento processual procrastinatório do réu, narrado em nossa promoção de fls. 133/4, a 3ª Promotoria de Massas informa que não formulará ao acusado proposta de suspensão condicional do processo*" (fl. 152).

Em fl. 152v., o douto Magistrado lançou, fundamentadamente, o seguinte despacho:

> "**1.** *O fato de o acusado procurar procrastinar o andamento do feito não é óbice para a formulação de proposta de suspensão condicional do processo. Aliás, os casos de não formulação de proposta estão taxativamente previstos em lei.*
> **2.** *Encaminhe-se ao Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, por analogia ao art. 28 do Código de Processo Penal*".

Este é o sucinto relatório.

Salvo melhor juízo, a hipótese é de ***insistir na não-apresentação de proposta de suspensão condicional do processo***.

O cerne da questão agitada pelo douto Magistrado discordante da recusa ministerial consiste em saber *se é possível recusar a propositura de suspensão condicional do processo com fulcro na atitude procrastinatória do acusado durante o processo*.

Diante da hipótese ora versada, a análise da supracitada norma legal evidencia que o crime praticado pelo denunciado (art. 186, VI, do Decreto-Lei nº 7.661/45) figura dentre aqueles que, em virtude do mínimo da pena cominada, admitem a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo. Outrossim, o acusado não foi condenado anteriormente por outro crime e tampouco responde a outro processo criminal (fls. 47/48). Contudo, faz-se necessário investigar a satisfação dos demais requisitos previstos no art. 77 do Código Penal para que possa ser beneficiado pelo *sursis* processual. Como melhor se desenvolverá, deve-se afastar, neste passo, a afirmação peremptória do ilustre Magistrado no sentido de que "*os casos de não formulação de proposta estão taxativamente previstos em lei*" (fl. 152v.).

O aludido art. 77 do Código Penal, em seu inciso II, exige que a conduta social do agente recomende a aplicação do *sursis* processual. Sobre tais

requisitos, chamados de *subjetivos*, assim tem-se manifestado a doutrina pátria:

> "Com efeito, a lei manda que se atenda aos antecedentes do condenado. Não apenas os judiciários, mas também a vida pregressa, com os antecedentes familiares e sociais. (...) É o *sursis* medida de política criminal, que tem o fim de estimular o condenado a viver, doravante, de acordo com os imperativos sociais, cristalizados na lei penal, donde, logicamente, para ser concedido é necessário haver convicção de que *a semente será lançada em bom terreno*.
>
> Infelizmente este requisito legal não merece grande consideração na prática. Em regra, permitindo-o a pena, contenta-se com a inexistência de condenação sofrida. Não está certo. O juiz deve fazer um estudo psicológico do réu, através do processo, e exigir documentos que reflitam sua conduta social ou vida *anteacta*. Sem isso, *muito mal* se poderá dizer *convencido* de que ele não tornará a delinqüir. Concisa e precisamente diz o Código suíço que o *sursis* deve ser concedido se os antecedentes e o caráter do condenado fazem prever que esta medida o dissuadirá de cometer novos crimes ou delitos" (E. MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, vol. I, pp. 271/272, 24ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1986).

> "O segundo requisito subjetivo para concessão da suspensão condicional da pena diz respeito às condições e circunstâncias pessoais do condenado (...) Não se deve conceder o benefício, entretanto, quando essas condições denotam a possibilidade de o condenado voltar a delinqüir" (JULIO FABBRINI MIRABETE, *Código Penal Interpretado*, p. 429, 1ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1999).

> "Só poderá ser proposta e homologada a suspensão do processo quando tais circunstâncias forem totalmente favoráveis ao acusado. Tratando-se de medida de 'despenalização' exige a lei que tais circunstâncias indiquem a ausência de periculosidade do acusado e a presunção de que o ilícito praticado foi apenas um incidente excepcional

na sua vida" (JULIO FABBRINI MIRABETE, *Juizados Especiais Criminais*, p. 152, 1ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1997).

Tem-se entendido, pois, que os *requisitos subjetivos* devem levar em consideração *as condições pessoais do agente*, sua conduta social e sua personalidade, no sentido de que somente será possível a concessão do benefício se restar evidenciado o merecimento do acusado, com a indicação de que provavelmente não voltará a delinqüir. Nesse sentido também vêm decidindo os Tribunais, conforme se pode constatar com a transcrição das seguintes ementas:

> "Para a concessão do *sursis*, não basta pura e simplesmente que a sanção imposta seja inferior a dois anos, sendo necessário, antes de mais nada, que o réu tenha ou demonstre possuir méritos pessoais, atendendo, assim, ao imprescindível requisito subjetivo insculpido no art. 77, II, do CP" (*RJDTACRIM* 23/370).

> "Não merece reparo a decisão que, mesmo reconhecendo os bons antecedentes do réu, indefere o benefício da suspensão condicional da pena por não estar convencido o magistrado de que o mesmo não voltará a delinqüir" (*RT* 548/387).

No caso *sub examine*, como bem ressaltou a Promotoria de Justiça em sua promoção de fls. 133/134, o acusado faltou a um dos interrogatórios designados pelo Juízo, tendo a sua revelia decretada (fl. 127). Além disso, como salienta a citada manifestação, "*o réu, inclusive, se ocultou de toda maneira para não ser citado, obrigando o Juízo a publicar edital e a oficiar para instituições de praxe a fim de evitar nulidades e cerceamento de defesa (fls. 55/66). Mas, enquanto a Justiça gastava tempo e energia com a citação editalícia e expedição de ofícios, o réu, que acompanhava, através de seu advogado, toda a tramitação do processo, já impetrava ordem de 'habeas corpus' visando a trancar a ação penal. Note-se que a impetração do HC se deu em 02 de abril passado (v. carimbo mecânico às fls. 68), enquanto a primeira intimação pessoal do acusado somente aconteceu em 17 de maio último (fls. 126v.). Nítida a intenção do denunciado de procrastinar a marcha do feito e alcançar a prescrição da pretensão punitiva, cujo prazo em matéria falimentar é extremamente exíguo*". Tais fatos estão a demonstrar não haver qualquer indicação de que, após a concessão do benefício, não voltará o acusado a delinqüir. Muito ao contrário. O afastamento do processo, se concedido a quem apresenta ***má conduta processual e social***, representa como que indicação de que não será imposta qualquer punição pelo delito cometido, o que pode, até mesmo, incentivar o agente ao cometimento de novos delitos.

A conduta do acusado, sem dúvida, se insere hoje no que se convencionou chamar ***abuso de direito processual***. Como bem assinala HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, o abuso de direito processual consiste *"nos atos de má-fé praticados por quem tenha uma faculdade de agir no curso do processo, mas que dela se utiliza não para seus fins normais, mas para protelar a solução do litígio ou para desviá-la da correta apreciação judicial, embaraçando, assim, o resultado justo da prestação jurisdicional"* [1]. Sem dúvidas, o acusado ***abusou do direito de defesa***, atitude temerária e de manifesta má-fé. Neste particular, não se pode premiar a conduta reprochável de quem se oculta para não ser citado, desrespeita as ordens do Juízo e não comparece aos atos por este designados.

Tampouco constitui embaraço à aplicação das conseqüências afetas à conduta processual abusiva (*v. g.*, a impossibilidade de se realizar proposta de suspensão condicional do processo) a falta de regulamentação, no processo penal, da litigância de má-fé ou mesmo do abuso processual [2]. Trata-se de princípio geral comum ao sistema jurídico, que se espraia por todos os seus ramos. Confira-se, neste sentido, a lição de CARLOS DANIEL PASTOR:

> *"De no estar regulado en los códigos procesales, ¿constituye un obstáculo para la aplicación por parte de los jueces?*
>
> *Sostiene* COUTURE *que 'siendo el proceso un debate dialéctico donde imperan los principios de juego limpio (fair play) no es necesario en consecuencia un texto expreso en el Código que imponga el deber de decir la verdad, para que esse deber tenga efectiva vigencia'.*
>
> *En el mismo sentido creo absolutamente innecesario que se regule el principio de 'omitir de abusar del proceso', dado que, al igual que el decir la verdad, está ínsito en el proceso como apoyo y sustento de la justicia a la cual apunta normalmente el Derecho"* [3].

O já citado HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, citando ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, assevera que *"infelizmente, a prática forense tem ensinado que nem as medidas preventivas nem as repressivas da má-fé processual são aplicadas com a freqüência que seria de desejar-se. Há uma tolerância muito grande por parte de juízes e tribunais, que, se não anula o propósito ético que inspirou as sérias medidas traçadas pelo*

---

[1] HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, "Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro", in *Abuso dos direitos processuais* (obra coordenada por José Carlos Barbosa Moreira), p. 113, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000.

[2] Ao contrário do processo civil, onde há regulamentação expressa e cominação de sanções à litigância de má-fé (*e. g.*, art. 17 do Código de Processo Civil).

[3] CARLOS DANIEL PASTOR, "El abuso procesal", in *Abuso procesal* (obra coordenada por Juan Alberto Rambaldo), p. 64, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.

legislador, pelo menos minimiza muito o seu desejado efeito moralizador sobre a conduta processual" [4].

Todo o conteúdo dos autos está a evidenciar que não preenche o denunciado os requisitos subjetivos previstos em lei, *em especial aqueles que indicam ser necessário reta conduta social, com a demonstração de que não voltará ele a delinqüir.* Portanto, ***não deve ao denunciado ser concedida a suspensão condicional do processo.***

Em face de todo o exposto, o parecer é no sentido da ***não-apresentação da proposta de suspensão condicional do processo.***

Rio de Janeiro, 28 de julho de 2003.

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA
Promotor de Justiça
Assistente

DE ACORDO:

FERNANDO CHAVES DA COSTA
Procurador de Justiça
Assessor Criminal

Aprovo. Devolvam-se os autos ao douto Juízo de origem com as homenagens de estilo. Publique-se e arquive-se o remanescente.

ANTONIO VICENTE DA COSTA JÚNIOR
Procurador-Geral de Justiça

[4] HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ob. cit., p. 117.

Acidente de Trabalho. Da desnecessidade do esgotamento da via administrativa. Da conversão pelo juízo singular do procedimento sumário em ordinário. Da inexistência da prescrição. Da nulidade da prova pericial. Do conceito de acidente de trabalho. Da natureza e caracterização do benefício. Da aplicação da lei no tempo. Da data inicial do benefício. Da cumulação da aposentadoria especial com o auxílio-acidente. Dos percentuais do benefício do auxílio-acidente. Da base de cálculo e do abono anual. Dos juros e da correção monetária. Do índice de reajuste. Dos honorários advocatícios e das custas processuais.

Vara de origem: *4ª. Vara Cível da Comarca de Volta Redonda*
Processo n. 1981.066.000723-3
Ação: *Acidente de trabalho*
Autor: *Ivo Ribeiro da Silva*
Réu: *INSS*

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Egrégio Tribunal
Colenda Câmara
Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça

Trata-se de ação de acidente de trabalho proposta por *Ivo Ribeiro da Silva* em face do INSS e alega, em síntese, que é portador de psiconeurose e perda de audição decorrentes do exercício de sua atividade profissional e que tais doenças acarretaram incapacidade de forma permanente para o trabalho.

Documentos acostados à inicial às fls. 03/06.

Citação regular à fl. 08.

Contestação do INSS às fls. 10/11 em que alega a carência da ação em face do não esgotamento da via administrativa e que não houve comunicação do acidente de trabalho pela empregadora.

Petição do INSS indicando o assistente técnico com apresentação de quesitos às fls. 14/15.

Ofício da CSN à fl. 17.

Documentos acostados pelo autor às fls. 22/25.

Petição do autor requerendo a antecipação de provas e apresentação de quesitos e ficha audiométrica às fls. 28/31.

Decisão irrecorrida nomeando os peritos e convertendo o feito em ordinário em razão da celeridade almejada pelo legislador ao estipular o procedimento sumário não foi alcançada à fl. 35.

Nova contestação do INSS às fls. 41/44, em que alega a carência da ação tendo em vista a não comunicação ao órgão segurador; a inépcia da inicial pois não descreve onde trabalhou, as datas, a função exercida, não menciona as razões do agravamento da doença; prescrição; a correção monetária deve ser arbitrada nos termos dos índices e critérios da Lei n. 8213/91; juros têm que ser legais contados da data da perícia; não são devidas as custas processuais e são indevidos os honorários; e, por fim, que não estão presentes os requisitos para a concessão do benefício acidentário requerido. E, por estas razões, vem requerer a extinção do processo sem julgamento do mérito com o acolhimento das preliminares argüidas, e, pelo princípio da eventualidade, que seja julgado improcedente o pedido autoral.

Petição do INSS apresentando os quesitos às fls. 45/46.

Réplica às fls. 48/53.

Decisão de nomeação do perito otológico à fl. 51.

Petição do INSS requerendo a substituição do perito otológico, uma vez que o perito nomeado, isto é, Mario E. P. Mueller não é especialista em otologia à fl. 55.

Decisão indeferindo o pedido de substituição à fl. 56.

Cópia do Agravo de Instrumento às fls. 59/61.

Informação do TJ/RJ em que negou provimento ao recurso.

Perícia otológica às fls. 68/83.

Petição desistindo da perícia psiquiátrica à fl. 85.

Impugnação do INSS a perícia otológica às fls. 87/88.

Petição do INSS não se opondo à desistência da perícia psiquiátrica à fl. 100.

AIJ à fl. 107, em que não se colheu o depoimento pessoal, com agravo retido do MP sobre a não realização de tal prova oral.

Alegações finais do autor às fls. 110/114.

Alegações finais do INSS à fl. 116.

Promoção Ministerial às fls. 118/125.

Decisão Interlocutória à fl. 131, indeferindo os pedidos ministeriais de expedição de ofício, sob o argumento do disposto no artigo 129, inciso VI, da CRFB/88 e indeferindo a realização de nova perícia otológica, bem como designando nova AIJ para colheita do depoimento pessoal do obreiro.

AIJ em que colheu o depoimento pessoal do obreiro à fl. 134.

Sentença às fls. 138/159.

Recurso de Apelo interposto pelo INSS às fls. 160/162.

Certidão atestando pela tempestividade do Recurso de Apelo à fl. 163.

Decisão recebendo o recurso de apelo à fl. 163.

Contra-razões do obreiro às fls. 164/167.

Recurso Adesivo às fls. 168/174.

Contra-razões do INSS às fls. 176/178.

É o relatório. Passo a emitir o parecer.

A) *Do Juízo de Admissibilidade:*

Os Recursos de Apelo do INSS e o Adesivo do obreiro preencheram todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos, em especial, a tempestividade, conforme certidões de fls. 163 e 176.

B) *Do Juízo de Mérito:*

O Ministério Público, por meio da Promotora de Justiça que este subscreve, com fulcro no *princípio da independência funcional*, vem emitir sua *opinio*, nos termos aduzidos a seguir.

I - *Da desnecessidade do esgotamento da via administrativa:*

Não há de se acolher a preliminar argüida pelo réu acerca da carência da ação por ausência da utilização da via administrativa, uma vez que, por força do princípio do acesso à Justiça (art. 5°, inciso XXXV, da CRFB/88), a utilização da via administrativa não é condição para a demanda; tanto é assim que a citação da parte ré já é meio eficaz para o conhecimento dos fatos ensejadores do benefício acidentário.

Ademais, a ação foi proposta sob a égide da Lei n. 6367/76, que não exigia, como *conditio sine qua non* à apreciação do mérito, o comprovante da prévia comunicação ao orgão previdenciário e, muito menos, o esgotamento do trâmite administrativo, até porque, mesmo que tal ação fosse proposta já no âmbito de incidência da Lei n. 8213/91, o entendimento majoritário é o de aplicação plena do princípio constitucional do livre acesso à Justiça.

Nesse sentido, José de Oliveira assim esclarece:

> "O art. 19 da Lei n. 6367/76 não obriga o prévio esgotamento da via administrativa antes de ingressar em juízo (RE 91.200-2-SP, 1ª T., STF, *DJU*, 5 set. 1980; RE 91.742, 1ª T., STF, *DJU*, 4 dez. 1979; EI 89.920 - SP, 2° Grupo de Câms., 2° TACSP, J. 26-2-1980; *JTACSP*, Lex, 52:234, 44:164, 165 e 166, 41:147)."
> (...)

A Lei n. 6367/76 não exigiu a prévia exaustão da via administrativa como condição de ingresso do acidentado em juízo (*RTJ*, 93:911, 98:1107; STF, *RT*, 564:238, 505:163 e 222, 522:155; *RF*, 263:206, 264:258, 272:244; *JTA*, 52:234, ficando revogada a Súmula 552.

A Constituição Federal consagrou como direito-garantia: 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'(art. 5°, XXXV)

O princípio adotado nos países de regime democrático não faz distinção entre pretensão resistida e pretensão não resistida.

Por outro lado, a Lei Acidentária (Lei n. 6367/76, art. 13) autorizou o infortunado a pleitear em juízo os direitos decorrentes 'desta Lei', dispensando a constituição de advogado.

O apego ao formalismo e rigor processual excessivos ficou afastado.

A nova Lei n. 8213/91, em seu art. 129, I e II, não faz exigência alguma para a propositura da ação acidentária, nem sequer colocou como condição o prévio pronunciamento do Instituto segurador obrigatório.

A lei apenas diz que os litígios serão apreciados em um das duas vias eleitas - na esfera administrativa, pelos orgãos da Previdência Social, e na Justiça dos Estados e do Distrito Federal criou-se um contencioso administrativo, sem o poder de decisão definitiva.

A única exigência que a lei faz (art. 129, II) é que a petição venha instruída com a prova de efetiva notificação do evento à Previdência Social, através de Comunicação de Acidente do Trabalho (CAT). Todavia a falta desta do mesmo modo não tira do infortunado o direito de pleitear em juízo, visto que a prova do acidente-tipo ou doença pode ser feito por outros meios, admitidos em direito."(Acidentes de Trabalho, 3ª ed., pg. 240).

E, seguindo essa linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça emitiu o Enunciado nº. 89, que assim dispõe: "*A ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa.*"

Deste modo, não há, como requisito para o legítimo exercício da ação originária ("condição da ação"), o esgotamento da via administrativa e, muito menos, a prévia comunicação ao órgão previdenciário.

II - *Da regularidade da petição inicial:*

A inicial não é inepta, uma vez que atende aos requisitos dos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil, visto que, apesar de sucinta, descreve a causa de pedir e o pedido de forma a permitir a defesa do réu, bem como é de se constatar que a matéria acidentária tem como provas principais a pericial e a oral.

III - *Da aplicação do princípio da instrumentalidade, da efetividade e do acesso à Justiça no que tange ao fato de ter o juízo singular convertido o procedimento sumário em ordinário:*

A decisão interlocutória irrecorrida de fl. 35 converteu o procedimento em ordinário e, apesar de ação de acidente de trabalho deter procedimento sumário, tal fato não poderá ensejar a anulação dos atos processuais a partir de então, uma vez que irá de encontro aos objetivos do legislador pátrio que visa dar efetividade, instrumentalidade e celeridade ao processo acidentário, bem como conferir ao obreiro o pleno acesso à Justiça.

Valendo ressaltar que o presente processo foi distribuído em 22/12/1977, conforme se extrai de fl. 02 verso.

IV- *Da Inexistência da prescrição:*

Em se tratando de benefício de trato sucessivo, a prescrição não atinge o fundo do direito, mas tão somente as prestações.

A redação do art. 18 da Lei nº. 6367/76 (*"As ações referentes a prestações por acidente do trabalho prescreverão em 5(cinco) anos contados da data"*) e a do art. 103, da Lei nº. 8213/91 (*"Sem prejuízo do direito ao benefício prescreve em 5 (cinco) anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes"*), não deixam margem a qualquer dúvida.

A prescrição praticamente não se verifica em sede acidentária, já que, ante o inciso III, do art. 18 (*"em que for reconhecida pelo INPS a incapacidade permanente ou sua agravação"*) e o inciso II, do art. 103 (*"em que for reconhecida pela Previdência Social, a incapacidade permanente ou o agravamento das seqüelas do acidente"*) deixam certo que, se, administrativamente, o Instituto não reconhecer a incapacidade permanente, enfim, se não concede qualquer benefício ao segurado, a prescrição não corre.

Daí a Súmula nº. 230 do Superior Tribunal de Justiça assim expor: *"A prescrição da ação de acidente do trabalho conta-se do exame pericial que comprovar a enfermidade ou verificar a natureza da incapacidade"*.

Por outro lado, não merece ser argüida a prescrição intercorrente, pois, seja por entender que é um absurdo, seja por não existir provas de que o obreiro

tenha ensejado o retardo do presente processo, pelo contrário, é notório que tal retardo se perfez por problemas da própria máquina judiciária.

Valendo enfatizar o atual entendimento da doutrina e jurisprudência:

> "Há, todavia, entendimento no sentido de que a retenção dos autos, pelo advogado, penaliza o obreiro, o que entendemos excessiva dimensão dada à cláusula *ad iudicia* (*JTACSP*, Lex, 65:251, 81:303).
>
> Contra a ação em andamento, alegação de prescrição intercorrente, com fundamento em inércia do seu titular, é verdadeiro absurdo, pois não se inicia um novo prazo prescricional, já interrompido pela citação, como afirmou o Juiz Relator na Ap. Sum. 157.378, 8ª. Câm. , J. 24-3-1987, Cintra Pereira). (Fonte: *Acidente de Trabalho*, 3ª. edição, 175)

V - *Da nulidade da perícia otológica:*

Trata-se de hipótese de acidente por doença de trabalho (expressão utilizada por José de Oliveira para denominar o acidente de trabalho atípico ou mesopatias ou de condições de trabalho). E é notório que a doença do trabalho é adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente e, portanto, é necessário que o obreiro comprove o nexo causal entre a moléstia adquirida e o exercício da atividade laborativa, bem como a incapacidade ou redução da capacidade do exercício do labor.

Ademais, não é qualquer doença em nosso sistema legal que se equipara ao acidente de trabalho, isto porque as doenças adquiridas durante o trabalho, mas sem relação causal com a atividade funcional, não estão subsumidas à legislação acidentária.

No que tange à disacusia (redução da audição), uma das doenças alegadas na inicial, exige a submissão do obreiro a um exame de audiometria, a fim de que possa ser apurada a intensidade da seqüela e, por conseguinte, a possível redução ou perda da capacidade laborativa.

Por esta razão, por exigir a realização de um exame específico de audiometria, é necessária a realização da perícia por um médico especialista.

Além disso, o juízo, embora não esteja adstrito ao laudo, há que observar a regra do art. 145, § 2º., do Código de Processo Civil.

É certo, também, que a livre escolha do juízo somente se perfaz na hipótese de carecer a comarca de um especialista para a perícia, nos termos do § 3º. do art. 145 do CPC, o que não é o caso da cidade de Volta Redonda.

Por outro lado, em que pese os conhecimentos do perito, Dr. Mario Eduardo P. Mueller, *tão-somente especialista em homeopatia à época da realização do laudo de fls. 68/83*, há de se denotar que o exame audiométrico não é realizado pelo Dr. Mario, mas sim pela Dra. Vera Lúcia Tôrno de A. Lopes, que, embora especialista em otorrinolaringologia, não fora nomeada pelo juízo e, desta forma, *não submetida ao crivo do contraditório.*

Além disso, merece, ainda, transcrever o Enunciado nº. 20 emitido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que corroborou, *in totum*, com os fundamentos supracitados:

> *"Em ação de acidente de trabalho, na qual alega o autor redução auditiva, o perito deve ser médico especialista, salvo se inexistir na Comarca, não se admitindo a nomeação de médico homeopata.* (maioria)"

Por fim, há de se advertir que o v. acórdão em apenso que negou provimento ao agravo de instrumento se fundou na nomeação do perito especialista, mas não no teor da própria perícia que, na situação em pauta, é nula, pois realizada por perita não submetida ao crivo do contraditório. Em outras palavras, a questão da validade da perícia não está ainda superada pela autoridade da coisa julgada, podendo ser analisada pelo reexame obrigatório.

Destarte, por todas estas razões, merece ser declarada **nula** *a perícia otológica de fls. 68/83, de forma que sejam nomeados outros peritos, agora especialistas, para a efetuação do referido exame audiométrico e de nexo causal e de local.*

Agora, caso o E. Tribunal entenda que a perícia é idônea, pelo princípio da eventualidade, torna-se necessário o Ministério Público analisar as demais questões que envolvem a presente demanda.

VI - *Do conceito de acidente de trabalho:*

A fim de apresentar o conceito de acidente de trabalho (conceito não é classificação doutrinária das espécies de acidente de trabalho), merece prestigiar os ensinamentos de JOSÉ DE OLIVEIRA, nos termos a seguir transcritos:

> "Segundo a Lei nº. 6367, de 19 de outubro de 1976, art. 2º.: 'Acidente do trabalho é aquele que ocorrer pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que causa a morte, ou perda, ou redução, permanente ou temporária, da capacidade do trabalho.". É um acontecimento relacionado com o trabalho, capaz de determinar a morte, perda ou redução da capacidade laborativa.

> Integram o conceito de acidente o fato lesivo à saúde física ou mental, o nexo causal entre este e o trabalho e a redução da capacidade laborativa.
>
> A lesão é caracterizada pelo dano físico-anatômico ou mesmo psíquico. A perturbação funcional implica dano fisiológico ou psíquico nem sempre aparente, relacionada com órgãos ou funções específicas. Já a doença se caracteriza pelo estado mórbido de perturbação da saúde física ou mental, com sintomas específicos em cada caso.
>
> De acordo com a nova Lei nº. 8213/91, art. 19, e com o art. 139 do Decreto nº. 357/91(regulamento da Lei), o acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, ou ainda pelo exercício do trabalho dos segurados especiais(produtor, parceiro, meeiro, e arrendatário rurais, garimpeiro, pescador artesanal) do art. 11, VII, da Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda ou redução da capacidade para o trabalho permanente ou temporária.
>
> Da simples leitura se vê que o conceito é sempre o mesmo, apenas, agora, abrangendo uma classe especial de segurados, até então não tutelados." (*Acidente de trabalho*, 3ª. ed., p. 1, Ed. Saraiva)

Assim, no caso dos autos, por se tratar de doença do trabalho (expressão utilizada por José de Oliveira para denominar o acidente de trabalho atípico ou mesopatias ou de condições de trabalho), tanto sob a égide da legislação revogada como sob a vigente, é preciso a ocorrência de determinado tipo de doença, que possua nexo causal com exercício do trabalho e que implique redução da capacidade funcional, o que se analisará nos tópicos a seguir.

VII - *Da natureza e caracterização do benefício:*

A perícia otológica de fls. 68/83 constatou, em razão da hipoacusia bilateral em grau máximo decorrente do exercício de sua atividade profissional (nexo causal positivo), uma incapacidade para desempenhar suas atividades anteriores, sob o risco de agravação das lesões auditivas diagnosticadas, encontrando-se, no entanto, apto para desempenhar outras atividades, do mesmo grau de complexidade, independentemente de reabilitação física, desde que exposto a menores níveis de ruído ambiental em seu novo trabalho.

Devendo-se destacar que, no depoimento pessoal do obreiro de fl. 134, foi afirmado que o local de trabalho era poluído, calorento e barulhento devido às batidas dos marteletes.

Diante deste fato, presentes estão os requisitos legais para a consecução do auxílio-acidente, quais sejam, a doença, o nexo causal e a incapacidade do obreiro para desempenhar suas atividades anteriores, no entanto, com aptidão para o desempenho de outras atividades, do mesmo grau de complexidade.

Valendo advertir que não vislumbra esta representante do Ministério Público que o fato do obreiro ter continuado o serviço seja fator determinante para o afastamento da constatação do laudo pericial da incapacidade para o exercício da mesma função, haja vista que, por necessidade financeira e econômica de exercer sua atividade laborativa, pode o autor tê-la exercido além da normalidade e dos limites de tolerância, e não há de se utilizar tal fato, que sobrepõe a sua dignidade humana, como fator desfavorável ao reconhecimento do benefício acidentário.

VIII - *Da aplicação da lei no tempo:*

No que tange ao percentual do benefício, há de ser adotado o melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial que, com fulcro no princípio do *tempus regit actum*, conjugado com a natureza sucessiva da obrigação, aplica as leis que tratam da matéria em pauta de forma imediata em face dos efeitos sucessivos e futuros que imperam nesta natureza obrigacional.

Por outro lado, em que pese o r. entendimento em contrário de que, por ser regra de direito material e não processual, não há que se perquirir a regra da aplicação imediata, hão de ser feitas algumas considerações.

Em primeiro lugar, a Lei de Introdução ao Código Civil, que tem natureza de superestrutura jurídica, ao adotar a teoria de ROUBIER, no *caput* do seu art. 6º, assim dispõe: " A lei em vigor terá efeito imediato e geral..."

Em segundo lugar, merece observar que esta obrigação continuada é totalmente regida por lei, ao contrário das obrigações de trato sucessivo, tipicamente contratuais.

Em outras palavras, conforme entendimento da maioria da doutrina, nas hipóteses em que a obrigação decorre da lei, esta deve ser aplicada imediatamente, como, por exemplo, no caso de alteração legal da Lei de Locação, em que as leis imperativas de natureza **objetiva** foram aplicadas aos contratos anteriores.

Nesse sentido, MIGUEL MARIA SERPA LOPES ao explicitar que:

> "Mesmo os contratos de execução continuada estão subordinados a idêntico princípio, entendendo nós que só se *excetuam aquelas situações contratuais diretamente criadas pela lei*, como sucede em relação aos contratos de locação regidos inteira ou

parcialmente pelas leis especiais..." (*Curso de Direito Civil*, v. I, p. 209, 8ª. ed.)

Em terceiro lugar, a aplicação imediata de tais leis não atinge situações e efeitos pretéritos, conforme ressalta o entendimento do STJ:

> "*EDRESP - Previdenciário - Acidente do trabalho - Sucessão de lei - Tempus regit actum* - É a regra geral da incidência da norma jurídica. Em mudando a legislação, considerada a natureza alimentar do benefício, ocorrendo sucessão de leis, aplica-se a mais favorável ao acidentado. Não há razão para o Estado, ao modificar a disciplina jurídica, promover distinção por critério cronológico. A lei nova disciplina a relação jurídica existente. Ocorre, pois, modificação. Não configura desconstituição de vínculo anterior e constituição de outro. A norma posterior mais favorável começa a produzir efeitos a partir de sua vigência. O período pretérito resta inatacado." (EDRESP 151519/AL, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, *DJ* 13/10/98, p. 00196).

Deste modo, como a obrigação acidentária decorre exclusivamente da lei, esta deve ser aplicada imediatamente aos fatos e efeitos futuros, desde que não prejudique o obreiro.

IX - *Da data inicial do benefício:*

Assim como o nexo foi tão-somente reconhecido no exame pericial do juízo, deverá ser contado a partir da citação, pois o réu foi colocado em mora, tomando ciência dos fatos constantes do processo, no momento em que se perfez tal ato de comunicação, conforme se extrai dos ensinamentos de JOSÉ DE OLIVEIRA:

> "No caso de doenças, profissionais ou do trabalho, em que o nexo fica reconhecido no exame pericial do juízo e na sentença, *o início do auxílio-acidente só pode ser a partir da data da citação*...Adota-se o dia da citação, na falta daqueles, porque é na data desta que o réu é colocado em mora, dando-lhe ciência dos fatos pelos quais se pretende uma indenização." (p. 235) (*Acidentes do Trabalho*, JOSÉ DE OLIVEIRA).
>
> "Tem-se decidido reiteradamente no E. Segundo Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo que o benefício será a contar da data da citação, quando

se dá ciência ao réu da pretensão deduzida em juízo pelo acidentado, substituindo para todos os efeitos, a reclamação administrativa (Lei n. 6367/76, art. 2º., § 5º.)" - (Fonte: *Acidentes do Trabalho*, JOSÉ DE OLIVEIRA, p. 128).

Daí se conclui que, como a citação ocorreu em 24 de janeiro de 1978 (fl. 07 verso), deve, a partir desta data, iniciar a *aplicação imediata das leis, é claro, desde que não prejudique o obreiro.*

X - *Da cumulação da aposentadoria especial com o auxílio-acidente:*

Para se auferir se a aposentadoria especial acumula com o auxílio-acidente, há de ser analisado o disposto na legislação vigente à data de concessão da aposentadoria, uma vez que, se for adotar o entendimento de que se aplicam sucessiva e imediatamente as legislações que tratam dos benefícios acidentários, conforme explicitado acima, não há que se aplicar tão somente a lei em vigor ao tempo da data do acidente, pois, senão, seria ilógico e incongruente.

Na situação em pauta, a legislação em vigor à época da data da aposentadoria (01/07/1981 - fl. 25) é a Lei n. 6367/1976, que prevê a cumulatividade de tais benefícios ao dispor que:

> "**Art. 6º.** O acidentado de trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, permanecer incapacitado para o exercício da atividade que exercia habitualmente, na época do acidente, mas não para o exercício de outra, fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a auxílio-acidente.
> **§ 1º.** - O auxílio-acidente, mensal, vitalício e ***independente de qualquer remuneração ou outro benefício não relacionado ao mesmo acidente***, será concedido, mantido e reajustado na forma do regime de Previdência Social do INPS e corresponderá a 40% (quarenta por cento) do valor de que trata o inciso II do artigo 5º. desta Lei, observado o disposto no § 4º. do mesmo artigo."

Nesse sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA assim esclarece:

> "A cumulatividade do auxílio-acidente com a aposentadoria especial não encontra obstáculo na lei, portanto esta última visa ao afastamento antecipado do trabalhador exposto a circunstâncias especiais em

que se desenvolve o labor.

(...)

> Este tem sido o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça já em vários julgamentos, adotando a tese da possibilidade da cumulação em caso de evidente nexo etiológico de doença preexistente à aposentação, conforme vários precedentes(REsp, 5844-SP, 2ª. T., J. 14-11-1990, Rel. Min. Hélio Mosimann, *DJU*, 10 dez. 1990, e os REsp. 6334 e 6796 da mesma Colenda Turma e mesmo Relator)
>
> (...)
>
> Se, por um lado, inexiste vedação na lei acidentária (Lei n. 6367/76), as aposentadorias de causas não patológicas e o auxílio-acidente têm causas diversas. A primeira, do decurso de tempo em condições desfavoráveis (especial), ou pelo cumprimento do tempo de prestações (tempo de serviço), ou pelo adimplemento da idade (velhice). O auxílio-acidente se torna devido em face da impossibilidade de o obreiro continuar trabalhando no mesmo serviço sob pena de perda completa da audição (REsp 4860-SP, 2ª. T., J. 15-10-1990, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU*, 29 out. 1990, e, do mesmo Relator e Colenda Turma, os REsp 5858, J. 28-11-1990, *DJU*, 17 dez. 1990, e 6327, J. 12-12-1990, *DJU*, 4 fev. 1991; REsp. 5672-SP, 1ª. T., J. 31-10-1990, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJU*, 26 nov. 1990).
>
> E nesse sentido vem decidindo o Eg. Superior Tribunal de Justiça, no sentido da cumulação de aposentadorias de causas não patológicas com o auxílio-acidente (REsp 7638, 2ª. T., J. 8-5-1991, Min. Américo Luz, *DJU*, 27 maio 1991; REsp 8470, 1ª. T., J. 10-4-1991, Min. Garcia Vieira, *DJU* 10 jun. 1991; e REsp 9518, 1ª. T., J. 8-5-1991, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJU*, 3 jun.1991)." (*Acidente de Trabalho*, 3ª. edição, pp. 142/144, Ed. Saraiva)".

Por esta razão, deve-se determinar que o auxílio-acidente acumule com a aposentadoria do autor.

XI - *Dos percentuais do benefício do auxílio-acidente:*

Aplicando-se as constatações atestadas pela perícia otológica e os entendimentos aduzidos nos itens "VIII" e "IX", denota-se que os percentuais do benefício do auxílio-acidente deverão ser: 40% (quarenta por cento) a partir da data do início do benefício (citação) até 28/04/1995, por força do disposto no artigo 6º., *caput*, e § 1º. da Lei nº. 6367/76 e artigo 86, inciso II, e § 1º. da Lei no. 8213/91 (redação originária) e, posteriormente, o percentual de 50% (cinqüenta por cento), por força do artigo 3º (alterou o artigo 86, § 1º. da Lei nº. 8213/91) da Lei nº. 9032/95.

XII - *Da base de cálculo e do abono anual:*

Aplicando-se o mesmo raciocínio empregado no tópico anterior, hão de ser adotada as seguintes bases de cálculo:

1 - no período compreendido da data da citação até a vigência da Lei nº. 8213, o salário-de-contribuição vigente no dia do acidente ou seu salário de benefício, prevalecendo o mais favorável ao obreiro;

2 - a partir de 25/07/91 (inclusive) a 28/04/95, o salário de benefício (artigo 28 da Lei nº. 8213/91);

Ressalta-se que, segundo JOSÉ DE OLIVEIRA:

> "A Lei n. 8213/91, em seu art. 155, deixou claro que 'Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação', o mesmo ocorre com o art. 104 da Lei n. 8212/91.
>
> (...)
>
> O fato de o art. 154 da Lei n. 8213/91 ter dito que 'O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 60 (sessenta) dias a partir da data de sua publicação', em nada interfere na sua vigência quanto à matéria tratada.
>
> Ora, as normas relativas a acidente de trabalho e doenças profissionais ou do trabalho e respectivos benefícios são auto-aplicáveis.
>
> *O fato de que a matéria acidentária tratada na Lei n. 8213/91 não precisava de regulamentação fica certificado na simples leitura do regulamento. Este limitou-se a repetir a matéria acidentária tratada na lei, sem nada modificar."* (*Acidente de Trabalho*, pp. 259/260, 3ª. edição, Ed. Saraiva)

3 - e a partir da edição da Lei nº. 9032/95, o salário benefício, nos termos do artigo 3º. (alterou os artigos 28 e 86, § 1º. da Lei nº. 8213/91).

Devendo-se advertir que há que se afastar o critério errôneo comumente aplicado na prática (Súmula nº. 71 do TFR), que é o salário-de-contribuição do dia da liquidação. Sabe-se que este dia é extremamente vago.

Se assim fosse, a cada vez que se fizesse necessária a realização de novo cálculo, novo valor deveria ser utilizado, nunca o processo chegando a termo.

Se o exeqüente apresenta conta de liquidação, por exemplo, em janeiro, o executado embargado, apresentando cálculo em fevereiro, deveria utilizar o valor do mês de fevereiro. Se o processo é remetido ao contador judicial, que elabora cálculos em maio, deveria ser utilizado, segundo o raciocínio da sentença, o valor do mês de maio. Enfim, acaba por se apurar que a forma correta dos cálculos é a do contador judicial, o valor atualizado deveria ser o de maio, o que criaria incerteza enorme, pois sempre haveria um novo valor a se considerar, o que até dificultaria a análise dos cálculos, pois cada um tomaria um parâmetro diferente.

Se a intenção do r. juízo é fazer com que o benefício não seja atingido pela corrosão inflacionária, deve-se determinar a correção monetária das parcelas vencidas.

No que tange ao **abono anual**, seguindo essa linha de pensamento, também este há de se incidir, nos termos do artigo 6º., § 3º, da Lei nº. 6367/76 e do artigo 40 da Lei nº. 8213/91, sendo certo que convém transcrever a ementa proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

> "A jurisprudência da turma firmou-se no sentido de que o artigo 201 e seus parágrafos 5º. e 6º. da Constituição Federal são auto-aplicáveis, por isso que correto o acórdão ao fixar o abono anual com base no salário mínimo."(REsp 87007/SP, 6ª. Turma, Rel. Min. Anselmo Santiago, *DJ* 07.10.1996; p. 37609).

XIII - *Dos juros e da correção monetária:*

Na situação em pauta, os juros são de mora e a constituição em mora dá-se com a citação, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil, e, por aplicação lógica, seu percentual será de 6% (seis por cento) ao ano (Enunciado nº. 204 do STJ), haja vista que, à época da citação, vigiam os artigos 1062 e 1064 do Código Civil de 1916.

Acerca da correção monetária, conforme Enunciado nº. 148 do STJ e Enunciado nº. 23 do T.A. Cível do RJ, os débitos relativos a benefício previdenciário, vencidos e cobrados em juízo após a vigência da Lei nº. 6899/81, devem ser corrigidos monetariamente na forma prevista neste diploma legal,

conforme já se decidiu nos termos aduzidos a seguir:

> "A correção monetária dos benefícios previdenciários, conforme Súmula nº. 148 do STJ, enunciada pela 3ª. Seção, far-se-á, conforme a Lei nº. 6899/81, a partir do ingresso em juízo."(REsp 169166/SP; 6ª. Turma; Min. Rel. Fontes de Alencar, *DJ* 25/03/2002, p. 00313).

E, portanto, por cautela, a menção acerca dos juros e da correção monetária no *decisum* final, faz-se prudente e preventiva.

XIV - *Do índice de reajuste:*

As prestações vencidas deverão ser reajustadas de acordo com o que determina as legislações previdenciárias a partir da data do início do benefício.

XV - *Dos honorários advocatícios e das custas processuais:*

Os honorários advocatícios são devidos, por força do art. 8º., §1º., da Lei n. 8620/93 e dos enunciados das Súmulas nº. 234 do STF e nº. 110 e 111 do STJ e cabe ao juízo *a quo* verificar o seu percentual, nos termos do art. 20 do CPC, o que o *Parquet*, pela natureza da presente ação, vem opinar pela fixação em 5% (cinco por cento) sobre as parcelas vencidas.

Agora, no que se refere às custas processuais, há de ser aplicado o artigo 17, inciso IX , e §1º. da Lei Estadual nº. 3350/99, e, como o autor não suportou nenhuma despesa relativa às custas, não deve o INSS ser condenado ao pagamento destas. Portanto, não há de ser reformada a r. sentença singular.

XV - *Conclusão:*

Ante ao exposto, o Ministério Público vem requerer, com fulcro na *possibilidade de reexame necessário*, e opinar para:

a) que sejam conhecidos os presentes recursos de apelo;

b) que seja **cassada** a r. sentença monocrática de fls. 138/159 de forma que sejam nomeados outros peritos, agora, especialistas para a efetuação do referido exame audiométrico e de nexo causal e local em razão da nulidade da perícia otológica de fls. 68/83;

c) e, se o E. Tribunal assim não entender, com fulcro no princípio da eventualidade, que seja reformada, em parte, a r. sentença monocrática, para que:

1 - os percentuais do benefício do auxílio-acidente sejam fixados: em 40% (quarenta por cento) a partir da data do início do benefício (citação) até a entrada em vigor da Lei nº. 8213/91, sendo a base de cálculo o salário de contribuição do obreiro da data do acidente (citação) ou o seu salário de benefício, prevalecendo o mais favorável ao obreiro (por força do disposto nos artigos 5º. e 6º., *caput*, e § 1º. da Lei nº. 6367/76); em 40% (quarenta por cento) entre o período compreendido entre 25/07/91 (inclusive) e 28/04/95, sendo a base de cálculo o salário de benefício [artigo 86, inciso II, e seu § 1º. e artigo 28 da Lei nº. 8213/91 (redação originária)] e, posteriormente, o percentual de 50% (cinqüenta por cento), sendo a base de cálculo o salário de benefício, por força do artigo 3º. (alterou os artigos 28 e 86, § 1º. da Lei nº. 8213/91) da Lei nº. 9032/95;

2 - o abono anual seja fixado conforme disposto no artigo 6º., § 3º. da Lei nº. 6367/76, no artigo 40 da Lei nº. 8213/91, bem como no artigo 201, §§ 5º. e 6º. da CRFB/88;

3 - sejam fixados os juros legais no percentual de 6% (seis por cento) ao ano, a contar da citação e a correção monetária com base na Lei nº. 6899/91;

4 - as prestações vencidas deverão ser reajustadas de acordo com o que determinam as legislações previdenciárias;

5 - seja fixada a verba honorária em 5% (cinco por cento) sobre as parcelas vencidas;

6 - Sem custas processuais.

É o parecer!

Volta Redonda, 25 de agosto de 2003.

ANA PAULA RIBEIRO ROCHA DE OLIVEIRA
Promotor de Justiça

Improbidade Administrativa. Ação Civil Pública. Prefeito e Secretário Municipal no pólo passivo. Argüição de Inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/02 no que tange ao foro por prerrogativa de função em matéria de ato de improbidade administrativa. Construções em área tombada. Condenação em sede de outra Ação Civil Pública mandando demolir as obras. Danos manifestos e de grandes proporções ao erário. Iter de individualização do ato de improbidade administrativa. Pedido genérico de aplicação das sanções por ato de improbidade administrativa cumulado com pedido de ressarcimento dos danos causados.

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara Cível da Comarca de Cabo Frio – RJ

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelos Promotores de Justiça que a presente subscrevem, vem, no uso de suas atribuições, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

por ato de improbidade administrativa cumulado com pretensão indenizatória por danos materiais causados ao erário municipal de Cabo Frio, em face de *Alair Francisco Corrêa*, Prefeito do Município de Cabo Frio, e de *Jacob Mureb*, Secretário Extraordinário das Ações com a Iniciativa Privada – SECAIP – da Prefeitura Municipal de Cabo Frio, e que podem ser encontrados na sede da Prefeitura do referido município, pelos fatos e fundamentos jurídicos que passa a expor em seguida.

I. DA COMPETÊNCIA

In limine, releva mencionar a questão da competência para processar e julgar ações civis públicas que versem acerca de atos de improbidade administrativa praticados, em tese, por chefe ou ex-chefe de Poder Executivo Municipal em decorrência de suas funções, haja vista a recente reforma do art. 84 do Código de Processo Penal (Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2.002).

Com efeito, a Lei nº 10.628, sancionada em 24 de dezembro de 2002, conferiu nova redação ao art. 84 do Código de Processo Penal, nele introduzindo dois parágrafos, sendo o seguinte o seu teor:

> "**Art. 84.** A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior

Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º ".

Dessa sorte, a Lei n. 10.628/02 estendeu a denominada "competência por prerrogativa de função", antes existente tão-somente para o processamento e julgamento de infrações penais, para o conhecimento e julgamento de atos de improbidade administrativa, cuja natureza é, à evidência, nitidamente cível, além de ressuscitar o antigo verbete n. 394 da súmula da jurisprudência dominante no colendo Supremo Tribunal Federal.

Analisando-se a referida norma infraconstitucional (Lei n. 10.628/02), se verifica a sua gritante e ultrajante violação à Lei Fundamental de 1.988, mormente, em relação ao presente feito, na extensão do denominado "foro por prerrogativa de função" quando a lide verse sobre a prática de ato de improbidade administrativa.

A inconstitucionalidade do diploma legislativo em tela exsurge a partir da constatação do desrespeito ao comando esculpido na regra do art. 125, § 1°, o qual determina expressamente seja a competência originária dos Tribunais de Justiça definida pela respectiva Constituição Estadual e não por lei ordinária, como ocorre no diploma legislativo ora em testilha.

Aliás, frise-se que o sistema adotado pela Carta Política de 1.988 aponta para que a competência originária de quaisquer tribunais, sejam os superiores, sejam os demais, somente possa ser definida pelo próprio texto constitucional ou, quando muito, por norma de constituição estadual, e isso em havendo a expressa previsão para tal (uma espécie de "delegação" ao Poder Constituinte derivado estadual).

Id est, a definição da competência originária dos tribunais é matéria sujeita a reserva de constituição, sendo defeso ao legislador infraconstitucional disciplinar tal matéria, como o fez ao promulgar a Lei n. 10.628/02, arvorando-se, dessa forma, no papel do Poder Constituinte Derivado e corroendo a própria

força normativa da Constituição da República, já que traz obstáculo ao combate à improbidade administrativa e à própria corrupção de modo geral.

Por oportuno, destaque-se o entendimento pacífico e reiteradamente adotado pelo colendo Supremo Tribunal Federal de que o rol de competências dos tribunais é de direito estrito e possui fundamento constitucional, conforme *supra* aludido e como se depreende, a título exemplificativo, da ementa do v. acórdão relativo à Petição 693 AgR/SP, Relator o eminente Ministro Ilmar Galvão, a saber:

> "***Competência do Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Pública contra Presidente da República. Lei n. 7.347/85.***
>
> A competência do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos. A circunstância de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da Corte, para os feitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade. Agravo regimental improvido."

De outra banda, cumpre sublinhar que a Constituição da República apenas previu o chamado "foro por prerrogativa de função" para o conhecimento e julgamento de crimes comuns e/ou de responsabilidade, categorias nas quais não se encaixam os atos de improbidade administrativa e cujas sanções possuem natureza cível, o que se pode aferir a partir de leitura do *caput* do art. 12 da Lei n. 8.429/92 (*"Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações(...)"*).

Logo, afronta a própria Carta Magna de 1.988 qualquer extensão do referido "foro por prerrogativa de função" para o conhecimento e julgamento de atos de improbidade administrativa.

A lição do eminente colega EMERSON GARCIA aponta no mesmo diapasão da assertiva contida no parágrafo anterior, a saber:

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

> Identificada a natureza cível das sanções a serem aplicadas, inafastável será a utilização das regras gerais de competência nas ações que versem sobre improbidade administrativa, o que culminará em atribuir ao Juízo monocrático, *verbi gratia*, o processo e o julgamento das causas em que (...) prefeitos (...) figurem no pólo passivo" (in *Improbidade Administrativa*. Obra em co-autoria com ROGÉRIO PACHECO ALVES, pp. 341 e 342).

Ademais, cumpre colacionar acórdão ilustrativo do entendimento pacífico do colendo Supremo Tribunal Federal nesse mesmo sentido, qual seja:

> "***Protesto judicial formulado contra Deputado Federal - Medida destituída de caráter penal (CPC, Art. 867) - Ausência de competência originária do Supremo Tribunal Federal - Recurso de Agravo improvido. A prerrogativa de foro - unicamente invocável nos procedimentos de caráter penal - não se estende às causas de natureza civil.*** - As medidas cautelares a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), quando promovidas contra membros do Congresso Nacional, não se incluem na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, precisamente porque destituídas de caráter penal. Precedentes. ***A competência do Supremo Tribunal Federal - cujos fundamentos repousam na Constituição da República - submete-se a regime de direito estrito.*** - *A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em numerus clausus, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República.* Precedentes. O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas,

> ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, **b** e **c**), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, **d**). Precedentes" (G. Reg. em Petição - Agr.Pet. 1738/MG, rel. Min. Celso de Mello, julgamento: 01/09/1999 - Tribunal Pleno - sublinhamos).

Feitas as considerações *retro*, convém salientar que a referida lei ordinária já teve sua constitucionalidade contestada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn.) proposta pela CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) e cujo mérito ainda não foi apreciado pelo Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal.

Mencione-se, desde logo, que não foi concedida a medida liminar requerida na peça exordial da referida ADIn, porém esta ainda deverá ser apreciada pelo Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, eis que apenas conhecida pelo Relator, em virtude do recesso forense, sendo necessária decisão por maioria absoluta, nos termos do art. 10, da Lei n. 9.868/99, o que, fatalmente, em nosso entender, acarretará mudança no quadro atual.

Releva ainda mencionar que o Exmo. Ministro Relator da mencionada ADIn. não adotou a providência prevista no art. 21, *caput*, da Lei n. 9.868/99, a qual se mostra possível em função da natureza dúplice das chamadas "ações de controle abstrato de constitucionalidade" (ADIn. e ADCon.).

Destarte, no entender deste Órgão de Execução do Ministério Público, este Juízo de 1º Grau é o Juízo Natural para conhecer e julgar a presente lide, eis que ausente qualquer vedação ao exercício de controle de constitucionalidade de forma difusa, visto que o Ministro Relator da mencionada ADIn. não adotou a providência prevista no art. 21, *caput*, da Lei n. 9.868/99, e, primordialmente, por se mostrar o diploma legislativo em análise claramente inconstitucional, conforme exposto anteriormente.

Registre-se, ainda, que o entendimento ora apresentado acerca da inconstitucionalidade da referida regra infraconstitucional está em total harmonia com o entendimento que hoje prevalece não apenas entre os membros do *Parquet* fluminense, mas também entre os membros dos diversos Ministérios Públicos brasileiros, conforme se pode verificar da Resolução GPGJ n. 1.129 de 20 de fevereiro de 2.003, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e cuja cópia segue em anexo (documento 2), juntamente com as peças de informação que instruem a presente (Procedimento Administrativo n. 33/2003 - documento 1).

Por derradeiro, deixe-se anotado que a Jurisprudência começa a apresentar reações à Lei n. 10.628/02, já surgindo as primeiras decisões apontando a inconstitucionalidade da extensão do chamado "foro por prerrogativa de função" aos atos de improbidade administrativa, conforme se depreende da ementa de acórdão do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo é a seguir transcrita e cuja cópia do integral do julgado encontra-se anexada à presente (doc. 3):

> "Voto nº 11.085. Câmara de Férias. Janeiro de 2003. Agravo de Instrumento nº. 313.238511. Proc. nº. 1.893/2002 - 2ª Vara Judicial da Comarca de Dracena/SP. Rel. Desembargador Antonio Rulli.
> ***Ação Civil Pública. Agravo de Instrumento, Insurgência contra decisão que concedeu liminar. Cabimento.***
> PRELIMINARES de incompetência de foro por prerrogativa de função; oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público (arts. 21 da Lei Federal e 8.437/92 e 17, § 7º, da Lei Federal n. 8429/92); ilegitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública visando a defesa de interesse individual, privado e disponível; determinação de manifestação do Vice-Prefeito Municipal (art. 2º da Lei Federal n. 8.437/92); e não possibilidade de deferimento da liminar como antecipação da tutela, pois a ação civil pública tem regras especiais, afastadas. NO MÉRITO, presentes os requisitos do *fumus boni iuris*, do *periculum in mora*, além daqueles disciplinados pelo art. 273, do CPC. *Preliminares rejeitadas* e recurso improvido." (sublinhamos).

II. DA LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM

O Ministério Público é, nos termos do art. 127, *caput*, da Constituição da República, instituição permanente de caráter essencial ao próprio exercício da função jurisdicional, tendo-lhe sido confiada a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Entre as muitas funções confiadas ao *Parquet* pela Lei Fundamental de 1.988, destaca-se a promoção da Ação Civil Pública, para a proteção do patrimônio público e o conseqüente combate à improbidade administrativa, entre outros interesses difusos e coletivos (CR/88, art. 129, inc. III).

Na esteira do preceito constitucional, seguiram-se diversas regras infraconstitucionais, em especial a contida no art. 17, *caput*, da Lei n. 8.429/92.

Nesse mesmo sentido, convém trazer à colação, a título meramente exemplificativo, a ementa de acórdão do egrégio Superior Tribunal de Justiça, qual seja:

> *"Ação Civil Pública. Atos de Improbidade Administrativa. Defesa do Patrimônio Público. Legitimação Ativa do Ministério Público. Constituição Federal, arts. 127 e 129, III. Lei n. 7.347/85 (arts. 1º, IV, 3º, II e 13). Lei 8.429/92 (art. 17). Lei n. 8.625/93 (arts. 25 e 26).*
> 1. Dano ao erário municipal afeta o interesse coletivo, legitimando o Ministério Público para promover o inquérito civil e a Ação Civil Pública, objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para propor Ação Civil Pública na defesa dos interesses coletivos.
> 2. Precedentes jurisprudenciais. Recurso não provido" (REsp. n. 154.128-SC, 1ª T., Maioria, Rel. p/ o acórdão Min. Milton Luiz Pereira, J. 11/05/1998, *DJ* 18/12/1998).

III. Dos Fatos

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN - propôs, em 17 de abril de 1.998, Ação Civil Pública (Processo n. 75.714 da 2ª Vara Cível da Comarca de Cabo Frio) em face do Município de Cabo Frio, em virtude deste ter iniciado obras para a construção de terminal rodoviário na base do Morro da Guia, área tombada em nível federal, conforme inscrição no "Livro Tombo das Belas Artes", buscando, dessa sorte, a demolição total da obra realizada, possibilitando o restabelecimento das características originais do local.

Verificou-se, no curso do processo, e de acordo com a narrativa constante da peça vestibular do referido processo, que a área ora em testilha é tombada e que o demandado, mesmo ciente das exigências do IPHAN, simplesmente as desobedeceu, levando a cabo o término da aludida obra.

Em conseqüência, julgou o douto Juízo procedente o pedido veiculado na peça exordial, condenando o réu e ora executado a *verbis*: *"demolir as obras erigidas no local, removendo o terminal rodoviário, inclusive pistas de rolamento e calçada, e todo e qualquer equipamento que no local ainda esteja instalado, inclusive barracas, visando estabelecer as feições características do local, com seu necessário tratamento paisagístico; devendo ainda, retirar as mudas de coqueiro, em trinta dias, sob pena de multa diária equivalente a 3 (três) salários-mínimos"*.

Após o decurso do prazo para a interposição de recurso pelas partes, as quais quedaram inertes, foram os autos remetidos ao egrégio Tribunal de Justiça para fins de reexame necessário.

O egrégio Tribunal confirmou a sentença *in totum*, retornando os autos ao seu Juízo originário.

Passados mais de sessenta dias contados a partir da intimação do representante legal do autor originário e restando este inerte, vieram os autos ao Ministério Público, em atendimento ao disposto no art. 15, da Lei n. 7.347/85, o qual, por seu turno, propôs ação executiva com espeque no título executivo judicial formado com o trânsito em julgado da sentença acima aludida (*vide* cópia da inicial da Ação Executiva proposta - doc. 3 em anexo).

Releva destacar que os réus, mesmo cientes das exigências do IPHAN, levaram a cabo, a partir de 12 de dezembro de 1.997, seu desiderato, desrespeitando o tombamento em questão e erigindo um terminal rodoviário na área de tal bem tombado.

Com efeito, pode-se verificar de modo inequívoco que ambos os réus, antes mesmo do início das obras do referido terminal rodoviário, já estavam cientes das exigências impostas pelo IPHAN, conforme se depreende das cópias dos autos do processo n. 75.714, em especial fls. 17 *usque* fls. 23 do procedimento administrativo n. 33/03 desta Promotoria de Proteção aos Interesses Difusos e que instrui a presente (doc. 1).

Assim, em virtude da sentença condenatória *suso* mencionada, e cujo trânsito em julgado já se operou, outra opção não restará ao Município de Cabo Frio, senão a demolição do terminal rodoviário em comento, o que, a toda evidência, gerará danos materiais ao erário municipal.

IV. Do direito

Pretende-se, com a propositura da presente demanda civil pública, demonstrar a prática, pelos ora suplicados, de ato de improbidade administrativa, com a conseqüente aplicação das sanções previstas no art. 12, da Lei n. 8.429/92, bem como o integral ressarcimento dos danos causados, consoante o art. 5° do diploma legislativo em tela.

IV. 1. Da caracterização dos atos de improbidade administrativa

Constata-se dos fatos narrados que os réus, no exercício da função pública, praticaram, em conjunto, ato de improbidade administrativa.

Ao se analisar uma determinada conduta com o desiderato de fixar a espécie de ato de improbidade administrativa praticado, dentro da tipologia estatuída nos arts. 9°, 10 e 11, da Lei n. 8.429/92, deve o intérprete, *ab initio*, verificar a subsunção do ato hostilizado à tipologia do art. 11 do diploma legislativo em questão, passando a confrontá-lo, uma vez verificado o desrespeito

aos princípios constitucionais regentes da atividade estatal (Art. 37, *caput*, da Constituição da República), com os tipos constantes dos arts. 9º e 10, conforme o caso, tudo com o escopo colimado de se estabelecer em qual categoria se insere o ato.

Frise-se que, mesmo que o ato se amolde a uma das fórmulas dos arts. 9º e 10 (seja no *caput*, seja em um dos incisos dos referidos dispositivos) sempre estará também amoldado no art. 11, haja vista que todo e qualquer ato de improbidade administrativa afronta à própria Lei Fundamental, a qual traça os vetores básicos e indisponíveis de todos os atos da Administração Pública.

Nesse mesmo diapasão, leciona o nobre colega EMERSON GARCIA, a saber:

> "O art. 11 da Lei n. 8.429/92 é normalmente intitulado de '*norma de reserva*', o que é justificável, pois ainda que a conduta não tenha causado danos ao patrimônio público ou acarretado o enriquecimento ilícito do agente, será possível a configuração da improbidade sempre que restar demonstrada a inobservância dos princípios regentes da atividade estatal.
>
> (...) no entanto, a improbidade é associada à violação ao princípio da juridicidade, o que faz com que a atividade do operador do direito se inicie com o exercício de subsunção do ato à tipologia do art. 11 da Lei de Improbidade, com ulterior avanço para as figuras dos arts. 9º e 10 do mesmo diploma legal em sendo divisado o enriquecimento ilícito ou o dano" (*op. cit.*, p. 211).

Feitas tais considerações, e seguindo-se o raciocínio lógico *retro*, afirma-se que, primeiramente, a conduta imputada a ambos os réus violou o disposto no art. 11, *caput* e inc. I, da Lei n. 8429/92.

Com efeito, dispõe o dispositivo em tela:

> "**Art. 11** - Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os ***princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres*** de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
> **I - *praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência***" (grifos nossos).

A conduta dos réus de determinar a construção do terminal rodoviário em local tombado como patrimônio histórico e cultural, desobedecendo exigências apresentadas a eles pelo IPHAN viola uma série de normas pertinentes à proteção de bens reputados essenciais à memória de um povo e, por isso, revestidos de toda uma proteção especial, como o tombamento.

Os gestores da coisa pública, todos, sem exceção, inclusive aqueles eleitos por sufrágio universal, devem ser os primeiros a respeitar a Carta Magna de 1.988 e os demais diplomas legais componentes do Ordenamento Jurídico, devendo ser seus desvios punidos de forma exemplar.

Verifica-se, dessa sorte, o flagrante desrespeito pelos réus ao estatuído no art. 17, *caput*, do Decreto Lei n. 25 de 1.937.

E mais ainda: a violação da própria Constituição da República, que, em seu art. 216, tornou imperiosa a proteção do patrimônio histórico e cultural brasileiro, com o intuito claro de preservar a memória de nosso povo.

Passando-se ao segundo momento do *iter* de individualização do ato de improbidade administrativa ora em debate, queda patente que os réus agiram de forma livre e consciente ao autorizarem o início das obras do terminal rodoviário, eis que cientes das exigências apresentadas pelo IPHAN e as quais decidiram não atender.

De outra banda, agora já em um terceiro momento do *iter* de individualização do ato de improbidade administrativa, se constata que a conduta dos réus se encaixa à perfeição ao tipo constante do art. 10, *caput*, da Lei n. 8.429/92, qual seja:

> "**Art. 10** - Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1° (...)".

Com efeito, a construção do aludido terminal rodoviário sem a observância das exigências do IPHAN, com a sua conseqüente e inevitável demolição em face da coisa julgada referente ao processo n. 75.714 do Juízo da 2ª Vara Cível de Cabo Frio, acarretará danos patrimoniais ao erário municipal.

Em verdade, deve-se realçar a circunstância de que o dano ao patrimônio público pode ser divisado antes mesmo da demolição, pois a própria retirada dos recursos dos cofres públicos foi ilícita, já que objetivava escopo em desarmonia com a legislação vigente, consumando-se, nesse momento, o referido dano.

Tais danos, por seu turno, poderão, mesmo antes da execução do título executivo judicial em tela, serem determinados por arbitramento de perito nomeado por este douto Juízo.

De qualquer forma, urge destacar que o próprio prejuízo patrimonial imposto ao erário municipal é irrelevante, nos exatos termos do art. 21, inc. I, da Lei n. 8.429/92, para a caracterização do ato de improbidade administrativa, haja vista já ter restado claro que os réus violaram não apenas normas infraconstitucionais, mas também princípios e regras constitucionais.

Em seguida, já em um quarto momento do *iter* de individualização do ato de improbidade administrativa, se pode vislumbrar que os ora demandados se encontram inseridos entre os agentes públicos aludidos nos arts. 1° e 2° da Lei n. 8.429/92.

Já em um derradeiro e quinto momento do *iter* de individualização do ato de improbidade administrativa resta claro não apenas a existência da "improbidade formal" demonstrada nos parágrafos anteriores do presente item, mas também se constata a presença da "improbidade material".

Em outros termos, verifica-se que a conduta imputada aos réus revela grande e significativa violação aos deveres inerentes aos cargos dos ora demandados, além de grave lesão ao interesse público primário, eis que os réus simplesmente ignoraram normas de cunho infraconstitucional e, ainda mais grave, demonstraram total desrespeito aos ditames constitucionais, os quais, como agentes públicos, deveriam buscar a todo custo respeitar e, não, contribuir para o enfraquecimento, nas palavras do festejado constitucionalista germânico KONRAD HESSE, da "força normativa da Constituição" (*die normative Kraft der Verfassung*). Assim, encontra-se devidamente caracterizada a "improbidade material" da conduta dos ora suplicados.

Por último, convém explicitar que o primeiro réu era quem tinha a palavra final de determinar ou não o início das obras do terminal rodoviário, sendo decisiva para o ato de improbidade que ora se hostiliza.

Por seu turno, o segundo réu também contribuiu para tal ato de improbidade, eis que esteve em contato com o IPHAN, se informando das exigências a serem cumpridas, as quais acabaram por ser simplesmente ignoradas. Frise-se que sendo a determinação de início das obras manifestamente ilegal, como sabia o segundo demandado, deveria este ter se desligado de suas funções por tal motivo, o que optou por não fazer, contribuindo decisivamente para o ato de improbidade que ora se ataca.

IV. 2 DA IMPERIOSA NECESSIDADE DE RESSARCIMENTO DO DANO CAUSADO AO ERÁRIO

Além das sanções previstas no art. 12, deverão ser os ora requeridos condenados ao ressarcimento do erário pelos danos materiais advindos de suas condutas.

Deve-se deixar registrado que o ressarcimento dos danos materiais causados à fazenda municipal não se confunde com as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa pela Lei n. 8.429/92, como se infere a partir de leitura do *caput* do art. 12 do referido diploma legal.

Nesse diapasão, colacionamos mais uma vez a autorizada lição de EMERSON GARCIA, qual seja:

> *"(...) é relevante observar ser inadmissível que ao ímprobo sejam aplicadas unicamente as sanções de ressarcimento do dano e de perda de bens, pois estas, em verdade, não são reprimendas, visando unicamente à recomposição do* ***status quo****"* (*op. cit.*, p. 409).

Destarte, devem os réus ser condenados também ao ressarcimento dos danos causados ao erário em virtude de sua conduta ímproba, danos estes que deverão ser calculados em posterior fase de liquidação.

V. DA INDISPONIBILIDADE DE BENS

Mostra-se conveniente, desde logo, seja ordenada, de forma liminar, a indisponibilidade dos bens dos ora demandados, com o escopo de que estes não frustem futura execução de decreto condenatório ao ressarcimento dos danos causados, bem como a aplicação das multas previstas no art. 12, da Lei de Improbidade Administrativa.

A indisponibilidade de bens, malgrado possa inicialmente parecer possuir a natureza de sanção, a partir de uma primeira leitura do art. 37, § 4°, da Constituição da República, tem, em verdade, natureza de medida cautelar, que colima garantir o resultado prático do processo, com a efetiva aplicação das sanções por improbidade administrativa e o próprio ressarcimento do erário.

Vale registrar que aqui se busca a concessão de medida cautelar de indisponibilidade de bens, medida esta que tem por espeque o poder geral de cautela do Juízo, e que pode ser concedida incidentalmente, não devendo ser confundida com o seqüestro de bens a que alude o art. 16 da Lei n. 8.429/92, já que seu fundamento se encontra não apenas no poder geral de cautela do Juízo, mas também na própria Constituição da República (art. 37, § 4°) e no art. 7° da Lei de Improbidade Administrativa.

Convém, ainda, trazer à colação a autorizada lição de ROGÉRIO PACHECO ALVES acerca da distinção entre as duas medidas cautelares em tela, a saber:

> *"Embora reconheçamos que, por força da atecnia legislativa, a sistematização dos assuntos é tarefa árdua, pensamos – partindo da premissa de que a lei não contém expressões inúteis –, que a indisponibilidade de bens, por sua amplitude, volta-se à garantia da reparação do dano, material ou moral, causado pelo agente. Direciona-se, assim, às hipóteses previstas no art. 10 da Lei de Improbidade. Já o seqüestro, providência cautelar de calibre mais estreito por recair sobre coisa certa, tem por*

> *escopo a conservação dos valores e bens ilicitamente auferidos pelo agente no exercício da função pública, direcionando-se, deste modo, às hipóteses previstas no art. 9° (enriquecimento ilícito)"* (in *Improbidade Administrativa*. P. 638. Obra em co-autoria com EMERSON GARCIA).

Tecidas tais considerações, vislumbra-se a existência dos requisitos autorizadores da medida cautelar em questão.

Com efeito, o *fumus boni iuris* resta devidamente comprovado a partir dos fatos já narrados.

De outro lado, se percebe nitidamente a configuração do segundo requisito autorizador da medida cautelar de indisponibilidade de bens, o chamado *periculum in mora.*

O *periculum in mora* se mostra manifesto em função da facilidade que será propiciada pela mora na concessão da prestação jurisdicional aos réus para dilapidar dolosamente seus patrimônios, com o desiderato de frustrar a aplicação das multas previstas no art. 12, da Lei de Improbidade, bem como o próprio dever de reparação dos danos infligidos ao erário municipal.

Apresenta relevância colacionar ementa de acórdão do egrégio Superior Tribunal de Justiça pertinente ao tema ora em análise, qual seja:

> ***"Ação Civil Pública - Improbidade administrativa - Indisponibilidade de bens - Lei 8429/92 - Liminar - 'Fumus boni juris' e 'Periculum in mora' configurados - Nulidade do acórdão - Inocorrência.***
> **1.** Rejeitada a preliminar de nulidade do acórdão porque suficientemente fundamentado, não incorrendo em violação do art. 458, II, do CPC.
> **2.** Evidenciadas a relevância do pedido de indisponibilidade dos bens do recorrente e o perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação, devido à escassez dos referidos bens, não havia como negar-se a liminar pleiteada.
> **3.** *Recurso especial conhecido, porém, improvido."* (STJ - REsp - 220088 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - *DJU* 15.10.2001 - p. 00255 - O grifo não é do original).

No mesmo diapasão, também já teve oportunidade de decidir o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a saber:

> ***"Ação Civil Pública. Danos causados ao Erário Municipal. Indisponibilidade de bens dos envolvidos.***

Decisão mantida. Agravo de instrumento desprovido.
(...)
É cabível a decretação judicial da indisponibilidade de bens nos próprios autos de ação civil pública, em face da autorização legal constante da Lei n. 8.429, de 02.06.92. Para obter tal desiderato, não é de mister que a parte autora ingresse com o procedimento acautelatório específico - o de seqüestro -, posto que os arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil, aos quais faz remissão a Lei n. 8.429, dizem respeito unicamente às hipóteses em que cabe o seqüestro e ao depósito dos bens, não a normas procedimentais propriamente ditas. (...)" (Agravo de Instrumento n. 88.079190-2 (9.374), de São Carlos, Relator Des. Trindade dos Santos, 1ª CC, j. em 10.03.98)

Assim, visando-se assegurar a efetividade de futuras condenação e execução por quantia certa, e com fundamento nos arts. 7º e 16, § 2º, da Lei n. 8.429/92 combinados com o art. 12 da Lei n. 7.347/85, busca-se a decretação da indisponibilidade dos bens dos ora demandados, devendo ser, desde já, nomeado perito de confiança deste douto Juízo para apurar, provisoriamente, os danos causados, em face da iminente demolição do terminal rodoviário ilegalmente construído pelo Município de Cabo Frio.

VI. Dos pedidos

Ex positis, requer o Ministério Público:

1º) Sejam os réus condenados como incursos nas sanções do art. 12, em virtude do ato de improbidade administrativa por eles praticados, na medida de sua participação, contribuição e influência no ilícito em exame;

2º) Sejam os réus condenados a indenizar os danos materiais infligidos ao erário do município de Cabo Frio em decorrência de sua conduta ímproba, sendo que o valor final de tais danos deverá ser apurado em sede de liquidação, devendo ser incluído em tal valor os juros legais e a devida atualização monetária.

VII. Dos requerimentos

Requer ainda o Ministério Público:

1º) A distribuição da presente;

2°) A concessão *inaudita altera parte* da medida cautelar de indisponibilidade dos bens dos réus, nos termos do item V da presente, devendo ser nomeado perito de confiança do Juízo para que arbitre valor provisório acerca dos futuros danos a serem causados com a execução do título executivo judicial oriundo do processo n. 75.714 do Juízo da 2ª Vara Cível de Cabo Frio;

3°) A expedição de ofícios, após a concessão da liminar pleiteada, para a Delegacia da Receita Federal, Banco Central, Detran, Cartórios de Registro de Imóveis do Estado, comunicando-lhes, dessa forma, a referida indisponibilidade;

4°) A expedição de ofícios ao Banco Central requisitando que informe as contas bancárias em nome do réu; aos cartórios de registros de imóveis de todo o Estado com o fim de se identificar os imóveis de propriedade do ora demandado; e, ainda, ao DETRAN, com o intuito de se identificar eventuais veículos de propriedade do suplicado;

5°) A notificação dos suplicados para, em querendo, apresentarem, no prazo de 15 (quinze) dias, manifestação por escrito, nos termos do § 7° do art. 17 da Lei n. 8429/92, acrescentado tal dispositivo pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 04.09.2001, ainda em vigor, conforme o art. 2° da EC n° 32/2001, evitando-se futuras discussões acerca da constitucionalidade de tal dispositivo;

6°) A citação, após o recebimento da petição inicial, dos réus para, em assim desejando, apresentar, em 15 (quinze) dias, suas contestações, sob pena de revelia;

7°) A intimação do Município de Cabo Frio, na pessoa de seu representante legal, de acordo com o disposto no art. 17, § 3°, da Lei n. 8.429/92 c/c art. 6°, § 3°, da Lei n. 4.717/65;

8°) A intimação pessoal do Promotor de Justiça em atuação junto à 1ª Promotoria de Proteção aos Interesses Difusos do 3° Centro Regional do Ministério Público, situado na rua Jorge Lóssio n. 212, Centro, Cabo Frio;

9°) Sejam os réus condenados ao pagamento das despesas do presente processo, inclusive aos honorários de sucumbência a serem revertidos ao Fundo do Ministério Público criado pela Resolução PGJ n. 801/98.

Protesta o Ministério Público por provar os fatos narrados por todos os meios admissíveis.

Dá-se a causa o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), meramente para os fins do art. 258 do Código de Processo Civil, em virtude do valor inestimável do objeto da presente.

N. termos.
P. deferimento.

Cabo Frio, 17 de março de 2.003.

CARLOS BERNARDO ALVES AARÃO REIS
Promotor de Justiça

CLÁUDIO HENRIQUE DA CRUZ VIANNA
Promotor de Justiça

CLÁUDIA MARIA MACEDO P. DOS SANTOS
Promotora de Justiça

ROSANA GOMES ESPERANÇA
Promotora de Justiça

GLÁUCIA MARIA DA COSTA SANTANA
Promotora de Justiça

JOSÉ MARINHO PAULO JÚNIOR
Promotor de Justiça

Obs: Na mesma ocasião, foi proposta Ação Civil Pública de Execução visando demolir as obras *supra* narradas.

Representação de inconstitucionalidade contra Lei Municipal. Desbordamento da competência legislativa municipal. Procedência.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
EGRÉGIO ÓRGÃO ESPECIAL

Representação por Inconstitucionalidade n° 099/02

Representante: *Exmo. Sr. Prefeito do Município do Rio de Janeiro*
Objeto: *Lei n° 3369/2002 do Município do Rio de Janeiro*

Representação de inconstitucionalidade contra Lei do Município do Rio de Janeiro, que, intervindo em contraprestação de serviços prestados no cumprimento de contratos regulados pelos Direitos Civil, Comercial e Bancário, pretendeu ditar regras sobre exigibilidade das obrigações e formulação de avisos de cobrança.

Claro desbordamento da competência legislativa municipal.

Opina-se no sentido da procedência.

PARECER

O Exmo. Sr. Prefeito do Município do Rio de Janeiro representou contra eficácia e validade da Lei n° 3369/2002, de seu Município, que tratou de estabelecer prazos na entrega de avisos de cobrança de prestação de serviços, dando-a como afrontosa à Constituição Fluminense.

O texto representado, que vem transcrito na inicial e instrui os autos, por cópia de Diário Oficial às fls. 5, tem a seguinte dicção:

> "**Art. 1°** - Os avisos de cobrança de prestação de serviço de qualquer natureza devem chegar ao usuário do serviço, no mínimo, uma semana antes da data do vencimento.
>
> **§ 1°** - Guia de Pagamento, Fatura Mensal, Aviso de Débito, Boleto Bancário, Ficha de Compensação, Conta, Mensalidade, Ficha Financeira e outros documentos que, efetivamente, avisem o usuário do valor da data do vencimento de conta a pagar, são considerados Avisos de Cobrança para os efeitos desta Lei.

§ 2° - Entende-se como serviços os relacionados no art. 8° da Lei n° 691, de 24 de dezembro de 1984.
Art. 2° - Os Avisos de Cobrança devem ser efetuados mediante correspondência, com Aviso de Recebimento – AR, enviada para o endereço que o usuário determinar.
Art. 3° - O usuário terá o prazo de uma semana, a partir da data de recebimento do Aviso de Cobrança, independentemente da data de vencimento da conta, para efetuar o pagamento isento de multa e juros.
Art. 4° - A emissão e a entrega de Aviso de Cobrança são de responsabilidade exclusiva da empresa prestadora de serviço, não cabendo normas contratuais que transfiram para o usuário estas obrigações."

A ilustre Autoridade Representante sustenta sua inicial com o argumento de que a Lei n° 3369/2002 extravasou dos limites da competência legislativa municipal, ofendendo o artigo 358, incisos I e II, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Diga-se logo que o artigo 8° da Lei n° 691, de 24.12.84 (Código Tributário do Município do Rio de Janeiro), reportado pelo § 2° do artigo 1°, define as hipóteses de incidência do Imposto sobre Serviços, desdobrando-se em cento e um incisos, abarcando mais de trezentos serviços tributados. É uma extensa malha legislativa, compreendendo tanto serviços prestados na forma de contratos regulados pelo Direito Civil, quanto outros pelos Direitos Comercial e Bancário.

Pois o Legislador Carioca dispôs-se a intervir em relações contratuais múltiplas, compreendidas na mais extensa e variada gama que a imaginação tributária foi capaz de criar, para intrometer-se em todos esses contratos, ditando-lhes normas sobre exigibilidade das obrigações e respectivos avisos.

Certamente que falta competência ao Legislador Municipal para dispor sobre as matérias versadas na Lei sob exame. Não tanto na perspectiva da defesa do consumidor, como supôs a ilustre Autoridade Representante, mas sobretudo em face de sua incompetência para emitir regras sobre contratos em geral e naqueles regulados pelos Direitos Civil, Comercial e Bancário. Acresce que as hipóteses versadas no artigo 8° do Código Tributário do Município de modo algum se subsumem ao conceito de assunto de interesse que se defina como local.

Verificada desobediência aos limites de competência legislativa fixados pelo artigo 358 nº I e II da Constituição Fluminense, opina-se no sentido da procedência da Representação. É o parecer.

Rio de Janeiro, 23 de dezembro de 2002.

CELSO FERNANDO DE BARROS
Procurador de Justiça

Visto

LUIZ SÉRGIO WIGDEROWITZ
Procurador de Justiça-Assessor

Aprovo

JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
Procurador-Geral de Justiça

Denúncia - Artigo 10 da Lei nº 7.347/85 - Peças encaminhas pela Promotoria de Tutela Coletiva/Núcleo Volta Redonda - Omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública - Suspensão condicional do processo - Inadmissibilidade - Não preenchimento de requisitos subjetivos - Maneira de execução e conseqüências da infração penal praticada.

PG nº: 002/03

Origem: *Promotoria de Interesses Difusos - 7ºCRAAI - V. Redonda*
Indiciado(s): *Ênio Sales Filho*

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Barra Mansa.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio do Promotor de Justiça adiante assinado, no uso de suas atribuições legais, vem, pela presente **Denúncia**, propor ação penal pública em face de

Ênio Sales Filho, brasileiro, casado, empresário, domiciliado neste município, com residência na Rua João Valiante, nº 260, apt. 902, Bairro Ano Bom,

em decorrência da prática da seguinte conduta delituosa:

> "No dia 19 de setembro de 2003, por intermédio de correspondência subscrita nesta cidade, o denunciado, agindo de forma livre e consciente, omitiu dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública por parte da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva / Núcleo Volta Redonda, uma vez que, após ter sido efetuada a terceira reiteração do ofício expedido ao estabelecimento empresarial de que é proprietário, o prazo que lhe

fora concedido transcorreu por completo, sem, no entanto, ter sido por ele apresentada a relação dos preços de venda ao consumidor dos combustíveis gasolina, álcool e diesel no período de dezembro de 1999 a novembro de 2001, conforme lhe havia sido requisitado.

Saliente-se, por oportuno, que tais dados foram requisitados no curso da investigação efetuada nos autos do IC nº 014/03, instaurado visando a apurar notícias de irregularidades envolvendo abastecimentos efetuados por veículos pertencentes à Câmara Municipal de Barra Mansa, cujo trâmite se dá sob sigilo fundamentadamente decretado pelo *Parquet.*"

Assim agindo, está o denunciado incurso nas penas do **artigo 10 da Lei nº 7.347/85**.

Por essa razão, requer o Ministério Público seja a presente peça acusatória recebida por esse Juízo, a fim de que, após a instrução criminal, seja comprovada a prática da conduta delituosa por parte do denunciado, e este, condenado nas penas da Lei.

Requer, por fim, sejam intimadas as seguintes pessoas para que possam depor em Juízo sobre o ocorrido:

1) Alvino Luiz Corrêa de Lima - servidor do Ministério Público lotado na Promotoria de Tutela Coletiva/Núcleo Volta Redonda;
2) Subtenente PM Dílson da Silva Cabral - Chefe do GAP - 7º CRAAI - Volta Redonda;
3) Sd. PM Ricardo Antônio Araújo Netto - Agente do GAP - 7º CRAAI - Volta Redonda;
4) 1º Sgt. PM Claudenir Silva de Souza - Agente do GAP - 7º CRAAI - Volta Redonda.

Barra Mansa, 15 de outubro de 2003.

FRANCISCO DE ASSIS MACHADO CARDOSO
Promotor de Justiça

CARLOS BERNARDO ALVES AARÃO REIS
Promotor de Justiça

PG nº: 002/03

Origem: *Promotoria de Interesses Difusos - 7ºCRAAI - V. Redonda*
Indiciado(s): *Ênio Sales Filho*

MM. Juiz

1) Segue denúncia em apartado, impressa em duas laudas.
2) Em diligências, requer o Ministério Público:

2.1) A requisição ao IFP/RJ e ao INI das Folhas de Antecedentes Criminais do denunciado;
2.2) A juntada de suas CAC's, devidamente esclarecidas, desta Comarca e da Comarca de Volta Redonda.

3) Saliente-se, por fim, que embora seja possível, em tese, a aplicação do benefício da suspensão condicional do processo à infração penal praticada, entende este órgão ministerial não estar presente o **requisito subjetivo** exigível à aplicação de tal instituto, em assonância com o que dispõe o artigo 89, *in fine* da Lei nº 9.099/95 c/c o artigo 77, inciso II do Código Penal.

Isso porque, da simples análise do teor das requisições efetuadas e das respostas apresentadas pelo denunciado à Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva/Núcleo Volta Redonda, constata-se o intenso grau de sua culpabilidade, bem como se verifica que a maneira de execução do delito e as conseqüências dele advindas não autorizam o deferimento de tal benefício.

Neste sentido, mister se faz salientar que as informações requisitadas ao denunciado se destinavam a instruir inquérito civil em curso na referida Promotoria, a fim de que aquele órgão de execução pudesse formar seu convencimento a respeito da prática de conduta que viesse a ensejar a propositura de ação civil pública.

No entanto, constata-se que o denunciado - mesmo após ter recebido a 3ª reiteração do ofício inicial expedido em 26/06/2003 - não apresentou ao *Parquet* a relação de preços de venda ao consumidor dos combustíveis durante determinado período, conforme lhe fora requisitado.

Como se não bastasse, a maneira pela qual o delito foi praticado demonstrou o total desinteresse do denunciado em auxiliar as investigações ministeriais, uma vez que, após ter recebido a 2ª reiteração da requisição e solicitado novo prazo para a apresentação de tais dados, ele simplesmente encaminhou ao Ministério Público - como resposta, **ao invés** de fornecer os dados que lhe foram requisitados -, 42 caixas contendo notas fiscais de seu estabelecimento empresarial, a fim de que estas fossem analisadas pelo Ministério Público.

De igual modo, verifica-se que as conseqüências da infração penal praticada são de extrema gravidade, uma vez que a ausência das informações omitidas pelo denunciado, além de atrapalhar as investigações ministeriais realizadas no inquérito civil instaurado, pode comprometer, no curso da ação civil pública a ser ajuizada, a integral elucidação dos fatos praticados.

Por tais razões, deixa o *Parquet* de oferecer proposta de suspensão condicional do processo, requerendo, após o recebimento da denúncia, seja designada data para realização do interrogatório do denunciado.

Barra Mansa, 15 de outubro de 2003.

FRANCISCO DE ASSIS MACHADO CARDOSO
Promotor de Justiça

CARLOS BERNARDO ALVES AARÃO REIS
Promotor de Justiça

Abuso na criação de cargos comissionados - Leis que criam centenas de cargos em comissão, sem especificar as respectivas funções - Inconstitucionalidade por ofensa à obrigatoriedade de concurso público e por desvio na aplicação do instituto excepcional dos cargos em comissão - Ofensa, ainda, aos princípios da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e do interesse coletivo - Parecer pela propositura de ação direta de inconstitucionalidade estadual

Processos MP 35.533/02 [*]

Origem: *Tribunal de Contas do Estado.*
Assunto: *Artigo 22 da Lei Municipal 01/97; Leis Municipais 15 e 19/97; inciso XXVI do art. 34 da LOM, de Mangaratiba; e art. 213 da Lei 05/91.*

Inspeção do Tribunal de Contas, onde, ao final, se solicita ao *Parquet* o exame da constitucionalidade abstrata dos dispositivos em epígrafe. Inconstitucionalidade detectada em alguns deles, sugerindo-se deflagração do controle concentrado quanto a estes e providências complementares quantos aos demais.

PARECER

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça

1. Cuida-se de expediente do Tribunal de Contas Estadual, onde, feita inspeção extraordinária em Mangaratiba, solicitou-se ao *Parquet* o exame da constitucionalidade abstrata dos dispositivos em epígrafe (fls. 08/09 e 15).
2. Ocorre que, por lapso, deixou-se de solicitar o art. 213 da Lei 05/91, pelo que o presente parecer não será conclusivo quanto a este ponto.
3. A solicitação feita pelo parecer de fls. 19 foi atendida pela resposta de fls. 23/34 com o anexo que ficou em apenso. Neste material, verifica-se que o art. 34, XXVI, da LOM, foi revogado pela ELO 01/03, pelo que a presente análise restringir-se-á aos dispositivos restantes, a saber, o art. 22 da Lei 01/97, a Lei 15/97 e a Lei 19/97, todas do Município de Mangaratiba, que criaram mais oitocentos cargos comissionados na estrutura administrativa local fora das

[*] **Observação:** o presente parecer gerou a Ação Direta de Inconstitucionalidade hoje identificada pelo número 2003.007.0008 no Tribunal de Justiça Fluminense (RI 88/03, do E. Órgão Especial).

hipóteses autorizadas constitucionalmente.

4. Pela análise então dos textos legais implicados, verifica-se ter havido franco abuso na utilização dos cargos comissionados, que foram criados para desempenho de funções, em verdade, próprias de cargos efetivos.

5. Assim, a Lei 01/97 criou 500 cargos comissionados de Assessor de Serviços Públicos Municipais, sem especificar suas funções, consignando apenas que eles teriam direito à verba de representação de gabinete e que seriam distribuídos pelas unidades administrativas da estrutura básica do Poder Executivo.

6. Na mesma senda veio a Lei 19/97, que criou mais 200 cargos comissionados de Assessor de Serviços Públicos Municipais, novamente sem especificar suas funções, consignando apenas que eles teriam direito à verba de representação de gabinete e que seriam distribuídos pelas unidades administrativas da estrutura básica do Poder Executivo.

7. A Lei 15/97, por sua vez, criou nada menos que 100 cargos comissionados de Assessor de Serviços Municipais, nos exatos termos do que fizeram as leis acima mencionadas, ressalvando porém que tais cargos "que serão utilizados na implantação de Programas Especiais de Desenvolvimento do Município".

8. Do que sejam estes possíveis Programas Especiais de Desenvolvimento a lei não dá a menor pista, embora os comissionados devam ser seus executores, pois não se pode pretender que haja 100 assessores propriamente ditos, o que pressuporia uma quantidade absurda de programas e um batalhão de executores.

9. Ora, verifica-se aí inequívoco abuso na criação de cargos comissionados que frustra a regra constitucional de concurso público.

10. Os cargos em comissão "destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento", conforme precisa redação do art. 37, V, da Carta Magna, com a redação que lhe deu a EC 19/98.

11. É bem verdade que o art. 77, VIII, de nossa Carta Estadual reproduziu a redação original do art. 37, V, da Carta Magna, não tendo feito emenda atualizadora que mantivesse a desejada e necessária correspondência com a Carta Magna, em sua nova redação decorrente da EC 19/98.

12. Sem embargo, é de se tratar os cargos em comissão com a excepcionalidade que lhe é nota marcante. A vulgarização dos cargos em comissão constitui inequívoca fraude ao princípio constitucional da obrigatoriedade de concurso público inserto no art. 77, II, de nossa Carta Estadual.

13. Realmente, de nada valeria a Constituição assegurar que o acesso ao cargo público se dá por meio de concurso, "ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração" (art. 77, II), se o legislador infraconstitucional pudesse, livre e indiscriminadamente, *rectius*, arbitrariamente, criar cargos em comissão em substituição aos cargos de provimento efetivo mediante concurso público.

14. Com isto, as disposições legais ora impugnadas fogem à permissão constitucional para a criação de cargo em comissão, que só pode ocorrer em hipóteses excepcionais (que não são o caso em foco), hipóteses, ademais, já delimitadas pelo atual art. 37, V, da CR.

15. Ao contrário, apesar de as leis não terem revelado quais seriam as funções atribuídas aos cargos comissionados em pauta, ainda assim se pode verificar que são funções normais e próprias de cargos efetivos, nada dizendo com a especial

> "relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. Por isto é que na prática alguns os denominam de cargos de confiança" (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 1997, p. 365).

16. Fora dessas hipóteses excepcionais (como tais, e apenas como tais, previstas no próprio art. 77, II, da CE, c/c art. 37, V, da CR), é de prevalecer a regra geral do concurso público.

17. A doutrina, não de hoje, alerta para a perigo da criação indiscriminada de cargo em comissão como forma de fugir à obrigatoriedade do concurso público e como forma, ainda, de conferir um arbítrio ao administrador que não lhe seria dado de outra maneira.

> "Também a indiscriminada criação de cargos em comissão, por definição de livre provimento e exoneração, prestou-se a contornar a regra do concurso público. Com efeito, está implícito no sistema constitucional que não são quaisquer cargos que podem ser declarados de livre provimento e exoneração, mas apenas aqueles que a natureza das atribuições cometidas a seus titulares sejam ocupados por pessoas de absoluta confiança das autoridades superiores, como os de assessoria e algumas chefias. Os demais, de cujos titulares nada se deva exigir senão o escorreito exercício de atividade estritamente profissional, regulamentada ou não, como são, *v.g.*, os cargos de médico, procurador, desenhista, fiscal de obras, auxiliar administrativo,, devem ser cargos de provimento em caráter efetivo, observado o necessário e prévio concurso público" (MARCIO CAMMAROSANO, **in** *Direito Administrativo na Constituição de 1988*, Revista dos Tribunais, 1991, pp. 173/174).

> "Mas a exceção à exigência do concurso tem-se prestado a abusos manifestamente inconstitucionais. Não é possível haver criação de cargos em comissão sem que estejam presentes as razões profundas que

> justificam tal sorte de regime. Há que se recriminar aquelas hipóteses em que o cargo em comissão é constituído como burla ao preceito constitucional da exigência de concurso público. Entendemos que esses abusos, ainda que praticados pelo legislador, são controláveis pelo Poder Judiciário. Se a Constituição referiu-se a cargos em comissão, da sua natureza extrai-se um conteúdo mínimo que não pode deixar de ser exigido. O legislador que o fizer estará agredindo a Lei Maior por costear seus limites, agindo, enfim, sem competência. É matéria do controle da constitucionalidade das leis e, conseqüentemente, da alçada do Poder Judiciário" (CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Administrativo*, Saraiva, 1994, p. 282).
>
> "a criação de cargo em comissão, em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo, só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso" (STF, Tribunal Pleno, Repr. 1.282-4-SP, *apud* HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 1994, p. 378).

18. É de se ver que o abuso na criação de cargos em confiança (art. 77, VIII, da CE), além de burlar o princípio da obrigatoriedade de concurso (art. 77, II, da CE), dá um poder ilegítimo ao administrador para contratar quem ele bem entender ao seu bel prazer e, ao mesmo tempo, dá-lhe, também, um poder ilegítimo para ele, ao seu bel prazer, dispensar quem ele bem entender, pois os titulares de cargo em confiança não têm estabilidade.

19. Por isso é que se diz que, embora se trate de função permanente, a respectiva titularidade é sempre provisória e precária, sendo, por isto, mais apropriado falar-se de ocupantes em vez de titulares.

20. Nesta linha, então, verifica-se que as disposições legais ora impugnadas, pela natureza das funções que lhe são inerentes, não remetem a qualquer elemento de especial confiança que justificasse a criação do cargo em comissão.

21. Neste contexto, a criação indiscriminada de cargos em comissão ofende gravemente a moralidade, a impessoalidade, a publicidade e o interesse coletivo que devem nortear o atuar da administração pública (art. 77, *caput*, da CE).

22. É que, ao largo do concurso público, o administrador escolhe os ocupantes de cargos em comissão segundo critérios outros que não o do interesse público, este somente aferível, *in casu*, mediante uso do instrumento constitucional do concurso, que permite a identificação dos mais aptos.

23. Ademais, sem o concurso público, abre-se porta larga para favoritismos e nepotismo vários, com o que a moralidade administrativa e o próprio interesse coletivo sofrem terrivelmente, conforme provas indeléveis de um passado (ainda não longínquo) anterior à Carta Cidadã.

24. Enfim, sendo de livre nomeação, os cargos em comissão não permitem conhecer os critérios de escolha utilizados pelo administrador, de forma que fica ainda gravemente afetado o princípio da publicidade.

25. Pelo exposto, o parecer é no sentido de se propor ação direta de inconstitucionalidade do art. 22 da Lei 01/97, da Lei 15/97 e da Lei 19/97 por ofensa aos princípios da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e do interesse coletivo consagrados no art. 77, *caput*, de nossa Carta, além de constituírem abuso do permissivo constitucional do art. 77, VIII (c/c art. 37, V, da CR), e mais burla ao princípio da obrigatoriedade de concurso público inserto no art. 77, II, também de nossa Carta, **alvitrando-se, no ensejo,** oficiar ao Prefeito Municipal e ao Presidente da Câmara Municipal de Mangaratiba para que enviem cópia da Lei 05/91 e da Emenda à Lei Orgânica 01/03, além de remeter cópia do processado até o momento ao Promotor de Justiça de Proteção aos Interesses Difusos da região para as providências que entender cabíveis, tendo em vista as relações concretas derivadas da lei acoimada de inconstitucional.

Rio de Janeiro, 1° de julho de 2.003.

EDUARDO SLERCA
Promotor de Justiça Assistente

De acordo.

MARIA CRISTINA PALHARES DOS ANJOS TELLECHEA
Procuradora de Justiça
Chefe da Assessoria de Direito Público

Aprovo. Redija-se minuta de inicial, comunicando o resultado ao noticiante de fls. 02. Oficie-se ao Prefeito e ao Presidente da Câmara. Remetam-se cópias ao Promotor de Justiça de Proteção aos Interesses Difusos da Região.

ANTONIO VICENTE DA COSTA JÚNIOR
Procurador-Geral de Justiça

Conflito de atribuições. Atribuição da Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania para oficiar em inquérito civil instaurado para apurar deficiências estruturais em unidades prisionais.

ASSESSORIA DE ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Inquérito Civil Público nº 017/01 (Processo MP-nº 25.455/02A).

Origem: *Conselho Superior do Ministério Público.*
Assunto: *Arquivamento de inquérito civil que tem por objeto a apuração de irregularidades em presídios, sob o argumento de se tratar de matéria de atribuição das Promotorias de Justiça junto à Vara de Execuções Penais.*

Atribuição. A atribuição para oficiar em inquérito civil instaurado para apurar as deficiências estruturais em unidades prisionais é da Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania. A competência do juiz da execução para fiscalizar as unidades prisionais tem natureza eminentemente administrativa, não alcançando possível relação processual que tenha por fim compelir o Estado à realização de reformas ou à ampliação das unidades prisionais. Inteligência do art. 66, VII, da Lei nº 7.210/84. Afastada a competência da Vara de Execuções Penais, não há que se falar em atribuição das Promotorias de Justiça que junto a ela oficiam. Sustentando o órgão de execução sua falta de atribuição, é ilegítimo o arquivamento por ele promovido. A atribuição é um antecedente lógico à emissão de juízo valorativo a respeito de determinada situação fática ou jurídica.

PARECER

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça

I

1. A 6ª Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania promoveu o arquivamento do Inquérito Civil Público nº 17/01, que tem por objeto a apuração das péssimas condições de conservação dos Presídios Hélio Gomes e Vicente Piragibe. Aduziu, em síntese, que: **a)** o dever de fiscalizar as unidades prisionais e de zelar pela observância dos direitos dos presos condenados, a teor do art. 66 c.c. o art. 68 da Lei de Execuções Penais, recai sobre as Promotorias de Justiça junto à Vara de Execuções Penais; e **b)** a Promotoria de Justiça de Defesa da

Cidadania somente tem a atribuição de zelar pelos direitos dos presos provisórios, que não são abrangidos pela tutela da Vara de Execuções Penais. Como o presente Inquérito Civil foi instaurado a partir de peças encaminhadas pela Promotoria de Justiça junto à Vara de Execução Penal, entendeu a 6ª Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania que, ante a sua falta de atribuição, o correto seria promover o arquivamento (fls. 604/605).

2. Remetidos os auto ao E. Conselho Superior do Ministério Público, a Exma. Dra. Maria Cristina Menezes de Azevedo, em seu pronunciamento de fl. 608, após abordar, em breves linhas, todos os pontos relevantes ao desenlace da questão, determinou a remessa dos autos à Assessoria de Direito Público para fins de realização de um estudo mais aprofundado.

3. A douta Assessoria de Direito Público, por meio do parecer de fls. 610/611, devidamente aprovado pela Chefia da Instituição, entendeu que a matéria diz respeito à definição do órgão de execução com atribuição para oficiar no Inquérito Civil em epígrafe, motivo pelo qual opinou pela remessa dos autos a esta Assessoria.

II

4. Com a devida vênia da 6ª Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania, não merecem prosperar os argumentos deduzidos para motivar o arquivamento do Inquérito Civil nº 17/01.

5. Em linha de princípio, cumpre observar que não é divisado um encadeamento lógico entre as premissas que embasam a promoção de fls. 604/605 e a conclusão nela exarada. Na medida em que se sustenta a atribuição da Promotoria de Justiça junto à Vara de Execuções Penais para a adoção das medidas necessárias à correção das irregularidades detectadas nas unidades prisionais, não poderia a 6ª Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania pleitear o arquivamento do inquérito civil com base nesse fundamento, pois, *in casu*, premissa e conclusão encerram conteúdos antinômicos, inexistindo uma relação de causa e efeito entre elas. Com efeito, a realização de um juízo valorativo em relação a determinada situação, fática ou jurídica, pressupõe a atribuição do órgão de execução. Reconhecendo o órgão de execução não possuir atribuição para oficiar em determinado procedimento, correto seria suscitar o conflito negativo de atribuições, a ser dirimido pela Chefia da Instituição.

6. Alicerçar o arquivamento de um procedimento inquisitorial na falta de atribuição do órgão que o promove importa em nítida subversão do sistema, pois afasta o Ministério Público da consecução de sua atividade finalística, torna letra morta a previsão normativa do conflito de atribuições e subtrai a atribuição do Procurador-Geral de Justiça, órgão que ocupa o ápice do escalonamento hierárquico e detém a prerrogativa de declarar a atribuição do órgão de execução que deve oficiar em determinado procedimento.

7. Não bastasse a apontada contradição lógica, não nos parece correta, com a devida vênia, a assertiva de que a atribuição para oficiar no procedimento em epígrafe é da Promotoria de Justiça junto à Vara de Execuções Penais.

8. A correta exegese do art. 66 da Lei nº 7.210/84 indica que ao juiz da execução são outorgadas atribuições de duas ordens: judicial e administrativa. O juiz da execução exerce função nitidamente jurisdicional ao valorar a situação jurídica do preso e subsumir sua conduta aos permissivos legais, o que pode culminar com o deferimento de livramento condicional, com a declaração de extinção de punibilidade, com a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos *etc.* Por outro lado, desempenha função administrativa ao interditar estabelecimento penal, compor e instalar o Conselho da Comunidade *etc.*

9. Sob a ótica das funções administrativas desempenhadas pelo juiz da execução, merecem realce aquelas contempladas no art. 66, VII, da Lei nº 7.210/84: "Compete ao juiz da execução: (...) **VII-** inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade". "Tomar providências", por certo, não guarda similitude com a atividade simbiótica de acusar e decidir. Trata-se de atividade nitidamente fiscalizatória, sendo oportuno frisar que as providências ali referidas alcançam, primordialmente, a provocação dos órgãos com atribuição para deflagrar as medidas necessárias ao adequado funcionamento das unidades prisionais. Para tanto, poderá o juiz da execução requerer a instauração de procedimento administrativo pelos superiores hierárquicos do agente faltoso, encaminhar peças ao Ministério Público para a deflagração da ação penal *etc.* Essa competência não abriga o entendimento de que a Vara de Execuções Penais, tal qual o juízo universal da falência, deve apreciar toda e qualquer causa relacionada aos direitos dos presos e à conservação das unidades prisionais. Se não, vejamos: **a)** um preso que seja agredido no interior de uma unidade prisional deve pleitear a reparação do dano junto a uma Vara Cível ou Fazendária, conforme o Estado figure, ou não, no pólo passivo da relação processual; **b)** um preso que pratique uma infração penal no interior de uma unidade prisional será julgado perante um Juízo Criminal; **c)** um preso que seja empregado de uma empresa autorizada a funcionar no interior da unidade prisional deverá pleitear o pagamento de seus salários junto a uma Vara do Trabalho.

10. A exemplo das singelas hipóteses mencionadas no item anterior, uma ação que busque compelir o Estado a realizar obras em uma unidade prisional tem feição nitidamente jurisdicional, sendo a relação processual nitidamente contenciosa, o que, além de resguardar a imparcialidade do órgão jurisdicional, prestigiará o contraditório. Não é concebível, assim, possa o Estado ser compelido a executar uma obrigação, quer seja de dar ou de fazer, sem o trâmite regular de uma relação processual.

11. No caso específico do Inquérito Civil em epígrafe, a toda evidência, o seu objeto desborda os limites meramente administrativos da competência do juiz da execução, sendo a Vara de Execuções Penais a seara inadequada para o processo e o julgamento de uma possível ação civil pública.

12. Corroborando a clara e objetiva manifestação da Exma Dra. Maria Cristina Menezes de Azevedo, é possível afirmar que a Promotoria de Justiça junto à Vara de Execuções Penais tem a atribuição de deflagrar as medidas judiciais de

competência desse órgão jurisdicional, o que não é o caso, *verbi gratia*, daquela que venha a ser ajuizada em decorrência do Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre o Governo do Estado do Rio de Janeiro e o Ministério Público. A competência, nessa hipótese, será de uma das Varas de Fazenda Pública. Por tal razão, o art. 68 da Lei nº 7.210/84, que trata da atribuição do Ministério Público, longe de corroborar as premissas que sustentam a promoção de arquivamento, em muito a enfraquecem.

III

13. É o que parece a esta Assessoria.

Rio de Janeiro, 24 de abril de 2003.

EMERSON GARCIA
Promotor de Justiça
Assistente

De acordo:

FERNANDO CHAVES DA COSTA
Procurador de Justiça
Assessor de Assuntos Institucionais

Aprovo. Devolvam-se os autos ao E. Conselho Superior do Ministério Público. Publique-se.

ANTÔNIO VICENTE DA COSTA JÚNIOR
Procurador-Geral de Justiça

Ação Civil Pública. Possibilidade do controle de constitucionalidade pela via difusa. Lei Municipal que fere o interesse público primário. Lei ilegítima e, portanto, irrazoável. Incidência de vício especial de inconstitucionalidade.

Exmo° Sr. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Barra do Piraí

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, no uso de suas atribuições legais, presentado pelo Promotor de Justiça infra-assinado, vem oferecer

RÉPLICA

com fundamento nas seguintes razões de fato e de direito:

I - *Das preliminares arguídas na contestação*

A) Da impossibilidade jurídica do pedido

Alega o Município de Barra de Piraí, representado pelo seu procurador, que a ação civil pública foi indevidamente proposta como sucedâneo da ação popular, já que a causa de pedir próxima da presente ação é a invalidação do ato administrativo que concedeu o Alvará de localização ao posto de abastecimento de automóveis.

Com a devida vênia, não assiste razão ao ilustre Procurador do Município. Com efeito, o objeto principal da presente ação civil pública é a proteção do interesse de toda sociedade de Barra do Piraí (difuso, portanto) que se viu burlado quando o Município concedeu o alvará de localização de bombas de combustíveis em distância inferior a 100 (cem) metros de quadras onde havia o desenvolvimento de atividades que caracterizam aglomeração de pessoas, em desconformidade com o art. 384, § 3° da Lei 273/95 (Código Administrativo Municipal) que dispunha, ao tratar da instalação e funcionamento de postos de serviço e de abastecimento de veículos:

"A instalação de bombas de combustíveis será feita a uma distância nunca inferior a 100 m. (cem metros) de escolas, hospitais, casa de saúde, asilos, templos religiosos, praças de esporte, mercados, cemitérios, estação ferroviárias, ou estabelecimentos públicos ou na mesma quadra onde se acharem localizadas estas instalações."

Verifica-se, portanto, que a razão da propositura da presente ação civil pública foi o risco que a atividade do posto de abastecimento de combustível oferecia para um número indeterminado de pessoas, porque não atendia à exigência legal, eis que suas bombas de combustível se situam a uma distância de cerca de 55 m. (cinqüenta e cinco metros) do Ginásio Municipal de Esportes e de uma passarela que dá acesso ao bairro Vila Helena. Diante desta situação de risco, pediu o Ministério Público, liminarmente, a imediata cessação das atividades do posto de abastecimento de veículos, sob pena de multa diária, em conformidade com os arts. 3º e 11 da Lei 7347/85.

Como **consequência** desta paralisação, evidentemente, foi pedida a anulação do alvará de licença para localização e funcionamento concedido pelo Município de Barra do Piraí. Anulação esta, ressalte-se, que deveria ter sido feita pelo próprio Municipio, sem a intervenção do Poder Judridiciário, já que evidente era a infração ao texto legal supra citado (Enunciado 346 e 473 das Súmulas do STF).

Vale aqui trazer à colação exemplo do professor PAULO AFFONSO LEME MACHADO de obrigação de fazer prevista no art. 3º da Lei 7347/85, a que pode ser condenado o infrator, dando uma idéia do caráter precipuamente cominatório do objeto da ação civil pública: a *anulação de licença para lotear ou desmembrar* em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportavéis.

Para espancar de vez a arguição preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, não se deve olvidar que o art. 117 da Lei 8078/90, ao acrescentar o art. 21 à Lei 7347/85, autorizou o translado, para a ação civil pública, da parte processual daquele texto legal, e esse âmbito inclui os arts. 83 e 90, autorizando a formação de pedidos de diversa natureza processual.

B) Da ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público

A legitimidade ativa outorgada ao Ministério Público para promover a ação civil pública está prevista no art. 129, III, da CR/88, art. 5º da Lei 7347/85 e art. 82, I, da Lei 8078/90.

Infelizmente, quase 15 anos após a promulgação da nossa Carta Magna, muitos ainda não compreenderam que o cerne da questão não é o pedido individualmente considerado em uma ação civil pública que irá legitimar ou não o Ministério Público a oferecê-la, mas sim o *reflexo social* da providência

requerida pelo *Parquet*. É preciso entender a legitimidade do Ministério Público para a propositura de uma ação civil pública como sendo a instituição com atribuição constitucional para promover a defesa de forma irrestrita dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Na presente ação civil pública, é evidente o reflexo social de um posto de abastecimento de combustível funcionando em desacordo com a legislação municipal até então em vigor, justamente por colocar em risco um número indeterminado de pessoas, lesando seus direitos subjetivos individuais que, considerados coletivamente, passam a ser chamados de difusos.

II- ***Da preliminar de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 696, de 13 de setembro de 2002.***

a) Da possibilidade do controle de constitucionalidade pela via difusa em sede de Ação Civil Pública.

Apesar de se tratar de matéria ainda não pacificada, a doutrina majoritária vem firmando o entendimento da possibilidade de arguição incidental de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública sob o fundamento de que não estaria havendo usurpação da competência do STF porque a declaração incidental de inconstitucionalidade apresenta-se como causa de pedir , e não como pedido. Além disso, a questão ainda pode chegar ao STF através de recurso extraordinário.

O próprio STF já se posicionou pela possibilidade, conforme jurisprudência que trazemos à colação:

> "O controle difuso de constitucionalidade das leis pode ser exercido em sede da ação civil pública, no juízo de primeiro grau, quando for necessário para a decisão da hipótese concreta, sendo legitimado para a propositura da ação o Ministério Público. Com esse entendimento, a Turma deu provimento a recurso extraordinário para determinar o regular processamento de ação civil pública – cuja inicial havia sido liminarmente indeferida sob o fundamento de não constituir a mesma meio idôneo para o questionamento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo – proposta pelo Ministério Público em defesa de patrimônio público, na qual se pleteia a declaração de nulidade de ato normativo municipal que majorou os subsídios de vereador, com a conseqüente restituição aos cofres públicos das quantias indevidamente recebidas." Precedentes citados: RCL 600-SP e RCL 602-SP (acordãos

pendentes de publicação, v. *Informativo* 82). RE 227.159-GO, Rel. Min. Néri da Silveira, 12.3.2002 (RE-227159), *Informativo* 260.

"Iniciado o julgamento de reclamação na qual se alega ter havido a usurpação da competência originária do STF para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, a), por juiz federal de primeira Instância, em razão de ter deferido liminar em ação civil pública promovida pelo Ministério Público, na qual se pleiteia a nulidade de enquadramento dos ex-ocupantes do extinto cargo de censor federal nos cargos de perito criminal e delegado federal de que trata a Lei 9.688/98, levado a efeito mediante Portarias do Ministro da Justiça, com a declaração *incidenter tantum* da inconstitucionalidade da Lei 9.688/98. O Min. Carlos Velloso, relator, proferiu voto no sentido de julgar improcedente a reclamação por entender que o controle difuso de constitucionalidade de lei pode ser exercido em sede de ação civil pública, no juízo de primeiro grau, quando for necessário para a de cisão de hipótese concreta, e que, na espécie, a declaração de inconstitucionalidade pleiteada pelo Ministério Público não consubstancia o pedido da ação civil publica, mas sim a causa de pedir. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Sepúlveda Pertence. "RCL 1.503-DF e RCL 1.519-CE, rel. Min. Carlos Velloso, 21.3.2002 (RCL - 1503) (RCL - 1519), *Informativo* 261.

É justamente o caso dos autos.

b) Da inconstitucionalidade da Lei Municipal

A presente ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público em razão do funcionamento irregular de posto de abastecimento de combustível, eis que violava o art. 384, § 3º da Lei 273/95 (Código Administrativo Municipal), colocando em risco um número indeterminado de pessoas.

Ocorre que o referido dispositivo legal foi alterado pelo art. 2º da Lei Municipal nº 696 de 13 de setembro de 2002, passando a vigorar com a seguinte redação:

> " As instalações de bombas de combustíveis, em distância inferior a 100 m (cem metros) de quadras onde haja o desenvolvimento de atividades que caracterizam aglomeração de pessoas, somente será permitida com aprovação do corpo de bombeiros, *atestando a inexistência de qualquer perigo em razão dos equipamentos instalados.*" (grifo nosso).

A inusitada Lei, ao arrepio de todo o interesse da sociedade de Barra do Piraí (interesse público primário), beneficia os proprietários de postos de abastecimento de combustível em situação descrita na lei, colocando em risco a segurança de todos os outros cidadãos. Com efeito, não é necessário qualquer perícia, nem mesmo a consulta ao Corpo de Bombeiros para se concluir que um posto de gasolina que dista 55 metros de um ginásio, onde freqüentemente aglomeram-se pessoas, representa um risco para um número indeterminado de cidadãos.

Preceitua o art. 1º da CR/88 que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Por ser Estado de Direito, todos os Poderes da Federação devem respeito ao princípio da legalidade, vale dizer, estão jungidos à lei. Por ser Estado Democrático, devem ter legitimidade em suas atuações, isto é, os seus atos devem sempre levar em conta o interesse público primário, sob pena de incorrer em desvio de poder e não serem considerados razoáveis. Portanto, uma lei que viole o princípio da razoabilidade é uma lei inconstitucional. Assim leciona o mestre Luís Roberto Barroso:

> "...o abuso do poder legislativo, quando excepcionalmente caracterizado pelo exame dos motivos, configura vício especial de inconstitucionalidade (...). Mesmo em um país como o Brasil, em que a Constituição é prolixa e casuística, há um amplo espaço de utilização do princípio da razoabilidade como instrumento de contenção do ímpeto arbitrário que, não infreqüentemente, estigmatiza a prática política brasileira." (grifo nosso)

Em especial, o Poder Legislativo, que deve representar a vontade da sociedade, não pode elaborar normas que vão de encontro ao interesse da própria sociedade. Segue-se um raciocínio lógico, nas palavras do professor Raphael Augusto Sofiati de Queiroz:

> " Se a sociedade é a fonte da norma, esta deve ser interpretada, e sobretudo aplicada, de acordo com o fato social que lhe deu origem, ou seja, não pode a norma, ainda que esteja em constante evolução, ir

de encontro aos interesses da própria sociedade."

De acordo com a doutrina norte-americana do devido processo legal substantivo ou material (*substantive due process of law*), adotada por vários doutrinadores pátrios, a sociedade só deve ser submetida a leis razoáveis, as quais devem atender aos anseios da sociedade, demonstrando assim sua finalidade social. Tal garantia substancial do devido processo legal pode ser considerado como o próprio princípio da razoabilidade das leis.

O princípio da razoabilidade, nesse sentido, mostra-se importante parâmetro para que o Poder Judiciário questione os atos do Poder Público, mormente o desvio de poder no processo legiferante.

De acordo com o professor Luís Roberto Barroso,

> " O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça."

Não pode, pois, o legislador, entre a captação do interesse da sociedade e a sua expressão normativa – processo legislativo –, afastar-se da legitimidade que lhe foi atribuída, sob pena de violar o princípio da razoabilidade.

A Lei Municipal nº 696 de 13 de setembro de 2002, mostra-se uma lei que não atende aos anseios da sociedade de Barra do Piraí, ao contrário, somente atende aos interesses dos proprietários dos postos de gasolina que se encontram naquela situação descrita pela lei. A população continua em estado latente de perigo com esse posto de gasolina funcionando próximo ao ginásio.

Além disso, qual o motivo de uma lei municipal promulgada em 1995, que afirmava que bombas de combustíveis não poderiam funcionar a menos de 100 metros de lugares com aglomerações de pessoas, ser modificada em 2002, pela combatida lei, justamente após a propositura de ações civis públicas contra o Município e os proprietários dos postos de gasolina? Será que há alguma mudança fática que justifique a alteração legislativa municipal? Qual o interesse da população em ver funcionar postos de gasolina em locais próximos a aglomerações de pessoas? Qual interesse está sendo observado: o interesse público primário ou o interesse de uma minoria?

O Ministério Público não pode vedar seus olhos diante de uma lei que, claramente, foi elaborada para a satisfação de interesses particulares em detrimento do interesse da sociedade. Trata-se de lei ilegítima, contrária ao interesse público e, portanto, irrazoável, incidindo em vício especial de inconstitucionalidade.

Diante do exposto, presentes os requisitos para a concessão da liminar, quais sejam, o *fumus boni iuris*, haja vista que há flagrante vício de inconstitucionalidade e o *periculum in mora*, já que a continuação do funcionamento do referido posto coloca em risco a segurança da população,

requer o Ministério Público, liminarmente, a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei 696, de 13 de setembro de 2002.

III - *Do mérito*

Uma vez declarada liminar e incidentalmente a inconstitucionalidade, ratifica o Ministério Público todos os termos da inicial, não restando outra alternativa senão conceder a liminar já requerida na exordial, com a conseqüente cessação das atividades do posto de abastecimento de veículos situada na Rua José Alves Pimenta, nº 1616, Matadouro, nesta cidade e posterior procedência de todos os pedidos já formulados.

Barra do Piraí, 17 de outubro de 2002.

Guilherme Macabu Semeghini
Promotor de Justiça

Ação de anulação de casamento com fundamento na alegação de incapacidade do cônjuge-varão, nos termos do art. 209 do Código Civil de 1916. Parecer do Ministério Público no sentido da procedência do pedido.

9ª Curadoria de Família da Capital
Processo nº 2001.001.066.706-5

Autor: *Ruthenio de Oliveira Guimarães*, representado por seu curador, *Luiz Diego Ferreira Guimarães*
Ré: *Maria Mercedes de Aguiar Carraz*
Ação de Anulação de Casamento

PARECER

MM.ª Dr.ª Juíza,

1. Trata-se de ação de anulação de casamento, proposta por Ruthenio de Oliveira Guimarães, representado por seu curador Luiz Diego Ferreira Guimarães, em face de Maria Mercedes de Aguiar Carraz.
2. O casamento foi celebrado em 02/12/2000 (certidão de casamento de fls. 08) , *fora do Cartório da 5ª Circunscrição do Registro Civil das Pessoas Naturais*, perante a Juíza de Paz Maria Vitória R. C. G. Riera.
3. O autor requereu a anulação do casamento com fundamento na alegação de incapacidade do cônjuge-varão, nos termos do art. 209 do Código Civil de 1916. Acrescentou que foram causados inúmeros prejuízos ao autor em decorrência de suposta má-fé da ré.
4. Anexou documentos às fls. 07/53.
5. Contestação às fls. 59/62, argüindo a ré, preliminarmente, a prescrição. No mérito, requereu a improcedência do pedido. Anexou o documento de fls. 64.
6. Réplica às fls. 69/73, com novos documentos às fls. 74/77.
7. Manifestação do Curador ao Vínculo às fls. 84 v.
8. Deferida a prova pericial médica (fls. 97).
9. A ré interpôs Agravo de Instrumento contra a decisão do Juízo, juntando as cópias de fls. 116/123.
10. Laudo pericial médico às fls. 142/147.
11. O autor juntou cópia do laudo do seu assistente técnico (fls. 151/155).

12. Ofício do Banco do Brasil, com extratos da movimentação bancária da conta em nome do autor, bem como cópias dos cheques emitidos no período de fevereiro de 2000 a fevereiro de 2001 (fls. 167/285).
13. Ofício complementar do Banco do Brasil às fls. 287/312, com cópias das fotos tiradas por ocasião dos saques eletrônicos efetuados na conta corrente do autor.
14. Audiência de instrução e julgamento às fls. 359/378, na qual foram colhidos depoimentos pessoais e de cinco testemunhas. Foi apresentada pela testemunha Maria Vitória cópia do registro de casamento das partes (fls. 358).
15. Foi deferido requerimento do MP para a remessa do original do processo de habilitação para casamento das partes, que foi juntado por linha.
16. Memoriais às fls. 400/415.
17. Isto posto, passo a opinar.
18. A presente ação de anulação de casamento fundamenta-se no disposto no art. 209 c/c art. 183, IX, do Código Civil de 1916, cujo texto legal é transcrito abaixo:

> "**Art. 209.** É anulável o casamento contraído com infração de qualquer dos ns. IX a XII do art. 183."
>
> "**Art. 183.** Não podem casar (arts. 207 e 209):
> (...)
> **IX** - As pessoas por qualquer motivo coatas e as *incapazes de consentir, ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento.*"

19. O prazo para a propositura da ação de anulação de casamento fundada nos dispositivos supracitados é de seis meses, nos termos do disposto no art. 178, § 5º, II, do Código Civil de 1916.
20. No caso concreto a ação foi proposta dentro do prazo legal, visto que o casamento foi celebrado em 02/12/2000 e a ação foi proposta em 01/06/2001.
21. O cerne da questão que se discute nos presentes autos é a alegada incapacidade do nubente, Sr. Ruthenio de Oliveira Guimarães, quando da celebração do casamento com a ré.
22. A incapacidade que gera a anulabilidade do ato de casamento refere-se, não só aos incapazes de consentir em sentido técnico (art. 5º do Código Civil de 1916), mas também aos incapazes de consentir em virtude de circunstâncias fáticas que prejudicam a manifestação do consentimento.
23. Neste sentido, a doutrina esclarece como são analisadas estas causas de anulabilidade do casamento:

> "Diz a lei que é anulável o casamento do incapaz de consentir. Tecnicamente, a *incapacidade* é a condição de quem não está *legitimado* para realizar o *ato jurídico* em geral. Tal falta de legitimação — versão privada

da idéia de incompetência, no sentido jurídico-normativo, para o ato —, se absoluta, a princípio determinaria a mais completa ineficácia da manifestação de vontade, como ocorre no chamado negócio jurídico. Quando o Código refere-se, entretanto, aos incapazes de consentir não utiliza a expressão em seu sentido técnico, estritamente. Incapazes de consentir são aqueles que por circunstâncias fáticas não podem ter ou manifestar consentimento. Eventualmente, por força do próprio Código, tais pessoas serão havidas por absolutamente incapazes (art. 5º do CC)."
(Castro Junior, Torquato da Silva. "Nulidade, anulabilidade e inexistência do ato de casamento". In: Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, pp. 257/258).

24. O nubente, Sr. Ruthenio de Oliveira Guimarães, tinha 91 anos quando se casou com a ré. Diante das regras sociais e culturais, bem como dos costumes da nossa sociedade, o próprio fato de uma pessoa de 91 anos se casar já causa estranheza; quanto mais o fato de esta pessoa se casar sem o conhecimento dos seus familiares e amigos próximos, o que ocorreu no caso concreto.

25. Foi comprovado nos autos que os familiares e amigos mais próximos do Sr. Ruthenio **não** tinham conhecimento da celebração do casamento e não foram convidados para a cerimônia.

26. O filho do autor só tomou conhecimento do casamento do pai cerca de um mês depois da celebração do matrimônio, conforme esclareceu o Sr. Luiz Diego Ferreira Guimarães em depoimento pessoal (fls. 375/378). Nesta época, o estado de saúde do Sr. Ruthenio já era bastante precário e exigiu que seu filho o internasse em clínica especializada. Ato contínuo, coube ao filho do Sr. Ruthenio a propositura de ação de interdição do pai, que foi julgada procedente.

27. Esclarece o mestre Caio Mário da Silva Pereira que "a sentença proferida no processo de interdição tem efeito *declaratório*, e não constitutivo, não é o decreto de interdição que cria incapacidade, porém, a alienação mental" (*Instituições de Direito Civil*, vol. I, 18ª edição, Editora Forense, p. 172).

28. Analisando os laudos periciais e os documentos médicos constantes dos autos, verifica-se que o Sr. Ruthenio foi examinado dias antes da data do casamento por uma médica, que forneceu declaração (fls. 64) que foi apresentada à Juíza de Paz celebrante do casamento.

29. A referida médica, que não possui especialização em geriatria e nunca tinha atendido o Sr. Ruthenio, conforme depoimento de fls. 362/363, após fazer apenas algumas perguntas ao examinado, num exame de 15 minutos, declarou que o Sr. Ruthenio encontrava-se "orientado temporoespacialmente, não

apresentando doenças infecto-contagiosas e em equilíbrio físico e mental no momento" (declaração de fls. 04).

30. Na realidade, os diversos laudos periciais juntados aos autos demonstram o contrário. Foi constatado pela Perita do Juízo que "o estado do autor no momento de sua internação na *Clínica Geriátrica Paissandu* não lhe permitia se orientar para suas atividades normais e cotidianas por conta das doenças que o aflingiam" (fls. 144).

31. A Dr.ª Perita afirmou que "considerando que a internação ocorreu em 3.1.2001, o casamento se deu em 2.12.2000, e que a doença não é de instalação abrupta, *conclui-se que o autor não estava capaz na ocasião de seu matrimônio*" (fls. 145 - grifo meu).

32. No laudo pericial na ação de interdição do autor (fls. 14/22), a conclusão foi a mesma: "o exame direto realizado junto ao interditando, somado à análise de sua curva biográfica e história clínica, permitem ao perito concluir que o mesmo encontra-se acometido de Transtorno Mental Orgânico, Síndrome Demencial, Demência Senil do Tipo Não Especificada. (...) É transtorno permanente, irreversível, não passível de cura ou melhora, mediante tratamento especializado. Ao contrário, a tendência evolutiva é de piora. Não há intervalo lúcido." (fls. 21/22).

33. A prova técnica é inequívoca no sentido de que era flagrante a incapacidade mental do autor à época da celebração do casamento.

34. *As provas orais e documentais produzidas nos autos corroboram a conclusão dos laudos periciais*, visto que, meses antes do casamento, o autor vinha sofrendo saques contínuos na sua conta corrente, todos efetuados pelo filho da ré, como esta reconheceu em depoimento pessoal (fls. 370/374).

35. Além disso, assinou inúmeros cheques em proveito da ré e de seus familiares, o que resultou na dilapidação do seu patrimônio em milhares de reais. Tais fatos estão sendo apurados, inclusive, na esfera criminal. Como se vê da cópia do cheque de fls. 200, o valor de um desses cheques era de R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) e o dinheiro foi sacado pela filha da ré.

36. Foi comprovado, através da prova oral e especialmente pelo depoimento da testemunha Nancy Hesse Consentino (fls. 368), que o Sr. Ruthenio, antes da demência, era cuidadoso com as suas aplicações financeiras. E por ser bom investidor, amealhou um patrimônio considerável. Somente o agressivo e contínuo transtorno mental que acometeu o autor justifica o fato de este ter sido "saqueado" pela ré, de forma a ter tão expressivo prejuízo, sem a menor consciência do que estava acontecendo.

37. Comprovada a incapacidade mental do autor quando da celebração do casamento, este deve ser anulado. Neste sentido já se posicionaram os Tribunais:

> "***Anulação de casamento. Incapacidade mental à época da celebração.*** Atestando, os peritos, que, ao casar, a parte não se encontrava em condições mentais para decidir sobre atos de sua vida civil, o casamento pode ser anulado com base nos arts. 209

e 183, IX do CCB. Decisão mantida em reexame necessário." (Tribunal de Justiça-RS - Reexame Necessário nº 595158940, 7ª Câmara Cível, Relator: Des. Ulderico Ceccato, julgado em 26/06/96).

"***Casamento. Anulação. Incapacidade mental do contraente. Anulação por impedimento dirimente (Art. 183, IX do Código Civil). Comprovação de melancolia de involução somada à arterioesclerose. Sentença confirmada.*** Se o cônjuge à época do casamento era portador de anomalia psíquica, de caráter irreversível, acometido de "melancolia de involução" somada à "arterioesclerose", deve, o mesmo, ser considerado incapaz para reger sua pessoa, impossibilitado de manifestar, de modo inequívoco, o consentimento para a prática do ato, devendo ser anulado o seu casamento, por infração ao inciso IX do art. 183, do Código Civil. Reexame improvido." (Tribunal de Justiça-PR - Acórdão nº 2998 - 2ª Câmara Cível - Relator: Des. Negi Calixto - Julgado em 07/11/1984).

38. Pelo exposto, o Ministério Público opina pela procedência do pedido, anulando-se o casamento das partes, celebrado em 02/12/2000 (certidão de fls. 08).

Rio de Janeiro, 24 de janeiro de 2003.

LUCIA MARIA TEIXEIRA FERREIRA
Promotora de Justiça

Acidente do trabalho. Direito social resistido sem justificativa. Posicionamento contrário aos objetivos da República Federativa do Brasil. Litigância de má-fé.

Proc. nº 2002.001.14527
Ação de Acidente do Trabalho

Apelante:*Instituto Nacional do Seguro Social - INSS*
Apelado: *Manoel Conceição Silva Filho.*

Direito Social pretendido em juízo desde 1987. Auxílio acidente comprovado por audiometria assistida por especialista. Nexo demonstrado. Sagrado Direito Social resistido administrativamente sem justificativa. Posicionamento da autarquia contrário aos objetivos da República Federativa do Brasil, que pressupõe a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º , inc. I da C.R). Litigância de má-fé. O seguro social é contrato de responsabilidade objetiva, e a resistência infundada determina posicionamento do Judiciário, com base na eqüidade social, de forma a realizar a justiça social. Reforma da decisão para concessão do benefício da data da distribuição (27/08/87). Ato jurídico perfeito constituído pelo princípio *tempus regit actum*. Abono anual submetido ao mesmo princípio. Correção monetária com base no INPC da FGV. Reforma da decisão.

PARECER

Egrégia Câmara,

Manoel Conceição Silva Filho pretende convolar aposentadoria por tempo de serviço em acidentária, tendo como causa de pedir a existência de neurose de ansiedade, redução da audição, discopatia e artrose, decorrentes de sua atividade laboral.

A sentença julgou procedente o pedido, concedendo-lhe a transformação, a contar da data da constatação em juízo de sua incapacidade (data da perícia), o pagamento de um pecúlio, nos termos do art. 5º, II e 8º da Lei 6.367/76, incidindo sobre o benefício vigente quando da liquidação.

Concedeu a incidência de juros a partir da citação e correção monetária da data em que os benefícios deveriam ter sido pagos.

Condenou a autarquia ao pagamento de honorários de 10% sobre a valor fixado das prestações vencidas.

Inconformados, apelam a autarquia e o Ministério Público, argüindo respectivamente que:

1. Apenas confirmada a deficiência auditiva com nexo de casualidade com o trabalho, esta deve ser anulada, pois realizada por médico incompetente, estranho aos autos, posto que não nomeado pelo juízo;
2. O perito descreveu patologia determinante de auxílio suplementar, posto que a surdez demanda apenas maior esforço para a execução do trabalho e desta forma, como estava aposentado, este é inviável;
3. Não são devidos honorários nos termos do art. 129, p.u. da Lei 8.213/91, bem como custas processuais, ante a isenção que lhe faculta o art. 8º da Lei 8.620/93.

O Ministério Público, após analisar os pressupostos de admissibilidade do recurso, em judicioso parecer da lavra do Dr. Luciano Arbex Sarkis, sustenta que:

a) deve ser determinada a renovação do exame pericial, posto que não é válido o realizado por médico homeopata, não tendo procedido a audiometria;

b) deve ser reformada a sentença que converteu a aposentadoria por tempo de serviço em por invalidez, pois o laudo não constatou que o apelado está incapacitado para o exercício de qualquer função;

c) o apelado faz jus a auxílio-acidente nos termos da Lei 8.213, com o benefício do art. 86 da mesma, devendo, para determinar-se o percentual e a forma de pagamento, estabelecer-se a data do início e término do benefício;

d) a data inicial do benefício deve ser a da Lei 6.367, vigente à época do fato, que dispõe, no seu art. 2º, par. 5º que: "*considera-se como dia do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data da comunicação desta à empresa ou, na sua falta, a da entrada do pedido de benefício do INPS, a partir de quando serão devidas as prestações cabíveis*", pois a pretensão foi ajuizada na sua vigência (sentença fixou a data do laudo e não a da distribuição);

e) o autor aposentou-se em 1990, antes da Lei 8.213, quando era possível a acumulação, que só foi afastada com o advento da Lei 9.528/97, que o fez cessar com a aposentadoria, devendo, desta forma, o mesmo ser considerado vitalício;

f) considerando-se a sucessão de leis regendo o direito ao auxílio, deve o pagamento do auxílio-acidente ser pago no percentual de 40% até a Lei 9.032 e, a partir daí, passar para 50%;

g) para garantir o benefício contra a corrosão inflacionária, a correção monetária deve ser efetuada nos termos do art. 201, par. 3º da Constituição da República, do art. 1º da Lei 6.899 e da Súmula 148 do STJ e tomar como base de cálculo o salário contribuição vigente na data do início do benefício atualizado;

h) o autor tem direito ao abono anual do art. 6º, par. 3º da Lei 6.367/87, equivalente a 1/12 da soma dos benefícios. A partir de 1988, deve ser igual à prestação de dezembro nos termos do art. 201, par. 6º da Constituição da República;

i) os juros devem ser fixados a 6% ao ano, a partir da citação;

j) são distintas a atualização do benefício e a dos valores das parcelas pagas em virtude de decisão judicial, pois o benefício se atualiza e as parcelas mensais são corrigidas, devendo o acórdão fixar os valores de forma a assegurar a pronta prestação jurisdicional, que pode ser atrasada pela interposição de embargos;

l) a verba honorária deve ser fixada em 5% sobre o valor da causa, face o par. 4º do art. 20 do CPC, que a autoriza, quando a parte vencida for a Fazenda Pública, face a pouca combatividade do representante do autor;

Em contra-razões, o Ministério Público sustenta que:

I) é desnecessário o recurso às vias administrativas, tendo em vista o princípio constitucional do livre acesso à justiça, expresso no art. 5º, inc. XXXV;

Vejamos a quem assiste razão.

1 e a) A argüição de ineficácia da perícia revela desatenção , pois foram realizados dois exames de audiometria, um às fls. 59 e outro às fls.106. O segundo exame traz detalhamentos conclusivos no sentido de que o autor ficou incapacitado de exercer as atividades laborativas anteriores, sob pena de agravamento das lesões (fls. 110), além de respostas fundamentadas a todos os quesitos propostos pelas partes (fls. 101/117). A segunda audiometria contou, inclusive, com assessoramento de especialista.

O perito do Juízo ainda esclarece que o Conselho Regional de Medicina o considera qualificado para o mister (fls. 166/172).

Deve-se destacar que a inicial data de 1987 e, portanto, indicadora de que o Estado está ineficiente no reconhecimento de um Direito Social amparado na Constituição e o órgão incumbido de dar-lhe efetividade, além de não reconhecer o Direito administrativamente, se comporta no processo de forma a protelar o acesso ao mesmo, ou seja, trabalha contra a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, como determina o art. 3º, inc. I, da Constituição da República.

2, B, C e I) O auto do *"expert"* aponta a incapacidade para o exercício da mesma atividade, o que determina a concessão de auxílio-acidente.

O seguro social por acidente do trabalho, como Direito Social, consubstancia o exercício do estado de liberdade constitucional e tem natureza jurídica de seguro, ou seja, contrato de responsabilidade objetiva, bastando provar a situação de fato e o nexo com a atividade, para a concessão do benefício correspondente.

Nesse sentido, a reiterada resistência da autarquia em reconhecer o Direito merece posição do Judiciário que reconheça a iniqüidade de tal situação.

Nesse sentido, por razões de eqüidade, ou seja, valores morais, éticos, sociais, econômicos, religiosos *etc*, enfim, tudo aquilo que trazemos dentro de nós no compromisso de realizar a justiça social, nos levam a defender sempre a situação mais benéfica ao segurado, que, como comprovam os autos, desde 1987 luta pelo reconhecimento de Direito que poderia sê-lo na esfera administrativa.

D e E) Esse estado de iniqüidade revela que o mesmo tinha direito ao auxílio acidente que não lhe foi concedido, pois aposentou-se sem obtê-lo. Com esta situação de fato, o direito ao seguro social formou ato jurídico perfeito na vigência da Lei 6.367/87 (ano da propositura da ação), devendo ser considerada a data da distribuição (**27/08/87**) como termo *a quo* para o cálculo do débito.

Nessa linha de raciocínio, há possibilidade de acumulação com a aposentadoria, conforme o par. 3º do inc. III do art. 86 da Lei 8.213/91:

> *"O recebimento do salário ou concessão de outro benefício não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente".*

f) Também neste diapasão o pagamento de "60% (sessenta por cento) do salário contribuição do segurado vigente no dia do acidente, não podendo ser inferior a esse percentual o seu salário de benefício".

> **"Par. 1º** - *O auxílio-acidente, mensal e* **vitalício,** *corresponderá, respectivamente, às situações previstas nos incisos I, II e III deste artigo, a 30% (trinta por cento), 40% (quarenta por cento) ou* **60% (sessenta por cento)** *do salário-de-contribuição do segurado* **vigente no dia do acidente,** *não podendo ser inferior a esse percentual do seu salário-de-benefício."*

g) a correção monetária deve ter como índice o que melhor beneficia o segurado, devendo ser aplicado o INPC da Fundação Getúlio Vargas.

h) Com inteira razão o MP em 1ª instância, ao pretender, para o autor, o abono anual do art. 6º, par. 3º, da Lei 6.367/76 em 1/12 sobre a soma dos benefícios e

a partir de 1988, face o art. 201, par. 6º da Constituição a incidência sobre o valor dos proventos do mês de dezembro.

> "**Par. 3º** - *O titular do auxílio-acidente terá direito ao abono anual.*
> **Par. 6º** - *A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.*"

i) Os juros devem ser fixados a **6% ao ano a partir da distribuição**, pois os benefícios poderiam ter sido concedidos administrativamente.

j) o acórdão deve fixar os valores para atualizar o benefício e corrigir os das parcelas pagas em virtude de decisão judicial.

3 e L) A autarquia é isenta de custas e honorários de sucumbência nos termos do parágrafo único do art. 129:

> "**Parágrafo único** - *O procedimento judicial de que trata o inciso II deste artigo é isento do pagamento de quaisquer custas e de verbas relativas à sucumbência.*"

Entretanto, face a resistência infundada na esfera administrativa, bem como a sustentação de defesa claramente protelatória e sem fundamento, com a finalidade de inviabilizar a eficácia de sagrado Direito Social ao cidadão, espera o Ministério Público a condenação da autarquia na litigância de má-fé, nos termos do art. 17 do CPC.

> "**Art. 17** - *Reputa-se litigante de má-fé aquele que:*
> **I** - *deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;*
> **III** - *usar do processo para conseguir objetivo ilegal.*"

Pelo exposto , espera o Ministério Público , através da sua Procuradoria de Justiça, a reforma da decisão para:

1) concessão de auxílio-acidente desde 27/08/87, cumulado com aposentadoria;

2) Pagamento de 60% do valor do salário contribuição vigente em 27/08/87;

3) correção monetária pelo INPC da Fundação Getúlio Vargas sobre o benefício;

4) abono anual deste termo com base na Lei 6.367/76 e, depois de 1988, com base na Constituição;

5) isenção de custas e honorários de sucumbência e condenação em litigância de má-fé em 20% sobre o valor da condenação.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 9 de agosto de 2002.

LUIZ FABIÃO GUASQUE
Procurador de Justiça.

JURISPRUDÊNCIA

Habeas Corpus N° 79.572 — GO

Relator: *O Sr. Ministro Marco Aurélio*
Paciente: *Cleber de Souza Batista*
Impetrante: *Ministério Público Estadual*
Coator: *Superior Tribunal de Justiça*

***Habeas Corpus* - Legitimidade - Ministério Público.** A legitimidade para a impetração do *habeas corpus* é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual investido, a busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfim, da verdade.

Transação - Juizados especiais - Pena restritiva de direitos - Conversão - Pena privativa do exercício da liberdade - Descabimento. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrentes 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.

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, deferir o *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 29 de fevereiro de 2000 - **Néri da Silveira**, Presidente - **Marco Aurélio**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Marco Aurélio**: Valho-me do relato que tive oportunidade de elaborar ao proceder ao exame do pedido de medida acauteladora e deferi-la:

> "O Procurador-Geral de Justiça Substituto do Estado de Goiás subscreve a inicial deste *habeas corpus* relatando

que Cleber de Souza Batista transacionou nos autos da ação penal contra si intentada considerado o tipo do artigo 233 do *Código Penal* - ultraje público ao pudor. Aceitou prestar serviços à comunidade, junto ao Lar Vicentino, pelo período de dois meses, em limite mínimo de quatro horas semanais. O descumprimento do que acertado resultou na revogação do acordo, vindo o Juízo, de forma imediata, a converter a pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade - detenção a ser cumprida em regime aberto, sendo determinada a expedição do mandado de prisão. O *habeas corpus* impetrado perante o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás - de nº 15.186-1/217 - 9800755950, visando a fulminar a ordem de prisão e ter-se a seqüência da ação penal, não frutificou. Interposto recurso ordinário, o Superior Tribunal de Justiça desproveu-o - Recurso em *Habeas Corpus* nº 8.198-98/0096138-6, oportunidade em que ficou vencido o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

O Impetrante evoca as garantias constitucionais dos incisos LIV e LVII do artigo 5º da *Constituição Federal*, consoante as quais ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, nem será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, que não chegara a ocorrer porquanto se empolgara a norma do art. 92 da Lei nº 9.099/95, preceito a direcionar à aplicação subsidiária das disposições dos *Códigos Penal* e de *Processo Penal* no que não incompatíveis com a regência do processo tal como nela prevista. É que se mostrara adequada a regra do artigo 45 do *Código Penal*, reveladora da conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade pelo tempo da primeira, isso na hipótese de inadimplemento injustificado da restrição imposta. Ressalta o subscritor da inicial a importância do tema porque envolvidos preceitos constitucionais viabilizadores do direito de defesa. Em síntese, ter-se-ia na espécie, sem tramitação normal do processo alusivo à ação, a ser instruído, a substituição automática da transação efetuada por ato que, sem o indispensável julgamento, estaria a evidenciar a imposição de pena privativa de liberdade. Requer-se liminar no sentido da suspensão da execução da pena (folhas 107 e 108)."

Por se tratar de matéria estritamente de direito e já estando nos autos o acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça que, segundo a inicial,

revela o constrangimento, dispensei as informações, determinando a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República. O parecer de folhas 119 a 125 é no sentido do conhecimento e denegação da ordem, estando assim ementado:

> "*Habeas Corpus*. ***Lei 9.099/95. Transação Penal.*** O descumprimento de pena de prestação de serviços à comunidade imposta em decorrência de transação penal permite, de logo, a conversão em pena privativa de liberdade, vez que a sentença que homologa a transação tem natureza condenatória. Improcedente alegação de violação dos incisos LIV e LVII, artigo 5º da Constituição Federal (folha 119)."

O Ministério Público adota a óptica constante do acórdão do Superior Tribunal de Justiça , segundo o qual, ao aceitar a transação penal, o acusado assume a culpa, ficando o Estado acusador dispensado de prová-la. Ter-se-ia, na espécie, renúncia expressa a certas garantias. A partir de lição de JULIO MIRABETTI, consta, no parecer, que o procedimento em audiência preliminar, no juizado especial, já consubstancia o devido processo legal, devendo ser observada a norma do artigo 92 da Lei nº 9.099/95, aplicando-se assim, subsidiariamente, as disposições dos *Códigos Penal* e de *Processo Penal*, ante a falta de incompatibilidade. Por isso, deu-se como incidente, na hipótese, o texto do artigo 45 do *Código Penal*, no sentido da possibilidade de substituição da pena privativa de direitos pela privativa do exercício da liberdade.

VOTO

O Sr. Ministro **Marco Aurélio** (Relator): Registre-se, em primeiro lugar, que este *habeas corpus* veio a ser formalizado pelo Ministério Público do Estado de Goiás, estando a peça primeira subscrita pelo Procurador-Geral de Justiça Substituto, Dr. Altamir Rodrigues Vieira Júnior. O fato bem revela a seriedade da impetração e, mais do que isso, o cumprimento do múnus público, a atuação eqüidistante do Órgão, no que voltada à busca da prevalência do arcabouço normativo constitucional, da predominância da verdade real, entendida esta última em seu sentido lato. A ação constitucional de *habeas corpus* não possui balizamento rígido sobre legitimados, abrangendo, a norma primária da regência para ajuizá-la, qualquer do povo, podendo, inclusive, ser concedido de ofício, o que se dirá quando a impetração ocorre mediante ato de quem tem o dever de tornar prevalecente a ordem jurídica. Neste sentido é a jurisprudência desta Corte, pouco importando a atuação de regra, como Estado-acusador, na persecução criminal. Por outro lado, o *habeas* está dirigido contra ato do Superior Tribunal de Justiça, enquadrando-se, assim, na competência desta Corte. Conheço da impetração.

Ao deferir a medida acauteladora, ressaltei:

"A matéria veiculada possui contornos que a demonstram da maior relevância. Conforme consignado no fecho do relatório *supra*, a imposição da pena privativa de liberdade fez-se de maneira automática, sem a tramitação, em si, do processo consubstanciador da ação penal. A primeira visão que surge direciona no sentido de distinguir-se entre as penas restritivas de direitos, tais como previstas no *Código Penal*, verificando-se verdadeira substituição, e aquelas fixadas na Lei nº 9.099/95 em razão de fenômeno que antecede a instrução do processo penal, a conclusão sobre a culpa do acusado. O instituto da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, tal como disciplinado no *Código Penal*, pressupõe, para ser alvo de implemento, condenação do Juízo e, portanto, o ato derradeiro da ação penal que é a prolação da sentença, enquanto aquele versado na Lei nº 9.099/95 precede, a teor do disposto no art. 76, a instrução e a formação de entendimento pelo Estado-Juiz sobre o processo existente, a ação penal ajuizada, ou não, pelo Ministério Público. Atente-se para a circunstância de no art. 76 cogitar-se de representação ou crime de ação penal pública incondicionada, autorizando-se o Ministério Público a propor *"a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas a ser especificada na proposta"*. Há de interpretar-se o novo arcabouço normativo em harmonia com os princípios maiores constantes da *Constituição Federal*, resistindo-se à tentação de formalizar-se título executivo judicial penal sem o respeito ao devido processo, viabilizada, à exaustão, a defesa (folha 108)."

Tal óptica não restou abalada pelo parecer da Procuradoria-Geral da República, em que pese a pena proficiente do autor - Subprocurador Marden Costa Pinto. Aliás, permito-me pinçar do que elaborado lição das mais precisas, ou seja, de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES em *"Juizados Especiais Criminais"*, Editora Revista dos Tribunais, 1996, página 134:

"A aplicação da sanção penal será feita por sentença, que não se poderá considerar condenatória, uma vez que não houve sequer acusação.

> Trata-se de sentença nem condenatória nem absolutória, mas simplesmente de sentença homologatória de transação penal, com eficácia de título executivo.
>
> É exatamente o que ocorre no campo processual civil: a homologação da transação não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor, mas sentença que, homologando a vontade das partes, constitui título executivo judicial (art. 584, III, CPC)."

Rememore-se a espécie dos autos. Formalizou-se termo de ocorrência, tendo em conta o tipo do artigo 233 do *Código Penal* – ultraje público ao pudor – e, aí, designou-se, no Juizado Especial Criminal da Comarca de Itumbiara, data para audiência preliminar. Nesta, o Ministério Público formulou "a proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, consistente em prestação de serviço à comunidade junto ao **Lar Vicentino**, pelo período de 02 meses, laborando durante 04 horas semanais. A vítima não mensurou qualquer dano". Então, consultados o envolvido e o profissional da advocacia, concordaram com a proposta (folha 16). Vale dizer que não foi sequer formalizada a peça primeira da ação penal, ou seja, a denúncia, em si. Ora, não há como aplicar, à espécie, a menos que sejam colocados em plano secundário princípios constitucionais, o disposto no artigo 45 do *Código Penal*. Está-se diante de incompatibilidade reveladora de não ser o preceito nele contido fonte subsidiária no processo submetido ao juizado especial. Essa conclusão decorre do fato de a conversão das penas restritivas de direitos em penas restritivas do exercício da liberdade, tal como prevista no art. 45 do *Código Penal*, pressupor, sempre, o regular processo, a regular tramitação da ação penal, a persecução criminal nos moldes contemplados pela ordem jurídica em vigor. Dá-se a instrução da ação penal, viabilizado o direito de defesa, e a prolação de sentença condenatória, vindo a ocorrer, aí sim, em passo seguinte, a conversão. Aliás, o princípio da razoabilidade, a razão de ser das coisas, cuja força é insuplantável, direciona no sentido de a conversão pressupor algo já existente, e isso diz respeito à pena privativa do exercício da liberdade. Vale considerar, portanto, que a substituição faz-se tendo em conta decreto condenatório de maior gravame. Isso não se verifica quando em jogo a transação prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95. A proposta precede, até mesmo, a formalização de denúncia. Tem a sentença respectiva força de título executivo-judicial. Entrementes, fica este submetido à condição resolutiva estampada no descumprimento do que pactuado. Salta aos olhos a impossibilidade de imprimir-se, à espécie, caráter automático, queimando-se fase que a Carta da República registra como indispensável a que alguém perca a liberdade. Não é demais considerar a natureza imperativa, o caráter, até mesmo, de ordem pública dos preceitos incertos nos incisos LIV e LVII do art. 5º da *Constituição Federal*, afastando, por presunção de mostrar-se inteiramente viciada, manifestação de vontade que implique o menosprezo ao que previsto:

> "Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.
>
> Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

Disseram bem os Autores supramencionados que o termo de homologação do acordo não ganha contornos de sentença condenatória, muito menos quanto ao exercício da liberdade de ir e vir. Esse enfoque é o mais uniforme, o mais consentâneo com a nossa ordem jurídico-constitucional. Valorize-se o instituto da ação penal regida pela lei dos juizados especiais, sem, contudo, chegar-se a extravagância contrária ao Estado Democrático de Direito, como é a relativa a ter-se alguém privado do exercício da liberdade sem o devido processo, sem a oportunidade de defender-se, presentes o contraditório e a prova de culpa, sempre a cargo do Estado acusador. Já em 1998, outra não foi a conclusão do 4º Encontro de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, realizado no Rio de Janeiro. O Enunciado nº 21 bem proclamou:

> "O inadimplemento do avençado na transação penal, pelo autor do fato, importa em desconstituição do acordo e, após cientificação do interessado e seu defensor, determina a remessa dos autos ao Ministério Público."

Nem se diga que a visão resulta em desprestígio para o texto da Lei nº 9.099/95. Possível a execução direta do que acordado, esta há de ocorrer aplicando-se, subsidiariamente, as normas processuais comuns. Tratando-se de obrigação de fazer de cunho pessoal, impossível é substituí-la na forma estampada no acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Por isso, bem andou o Ministério Público do Estado de Goiás, no Processo nº 627/96, da comarca de Itumbiara, ao requerer ao Juízo a revogação do termo de transação penal celebrado na audiência preliminar, pleiteando, ainda, a vista dos autos para oferecimento da denúncia ou requerimento de baixa à delegacia de polícia para a instauração de inquérito policial (folhas 28 e 29). Claudicaram Juízo (folhas 30 a 34), Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (folhas 44 a 57) e Superior Tribunal de Justiça (folhas 85 a 97), valendo notar que, neste último, dissentiu da tese sufragada o Ministro Presidente da Turma julgadora - a Sexta Turma -, ou seja, o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, oportunidade na qual externou o alcance da Lei nº 9.099/95.

Concedo a ordem para fulminar a conversão verificada, abrindo margem, assim, à remessa do processo ao Ministério Público para que formalize o que de direito.

VOTO

O Sr. Ministro **Nelson Jobim**: Sr. Presidente, a transação penal da Lei 9.099/95, art. 76, tem as características, em linhas gerais, da transação cível.

Ou seja, é a possibilidade que essa lei trouxe em relação a transações sobre matéria penal.

É a natureza pública do Direito Penal atacada ou reduzida com a previsão da respectiva lei.

Aliás, a técnica utilizada nessa lei foi exatamente a de privatizar a ação penal pública no sentido de valorizar a vontade da vítima e do réu, no que diz respeito à possibilidade de um entendimento.

Tanto é que os institutos da transação penal e da composição dos danos cíveis são exatamente os modelos pelos quais a vontade da vítima, a vontade dos envolvidos no fato, incluindo o Ministério Público, estão viabilizados ou reconhecidos com valor jurídico.

Não temos absolutamente nada a ver com o art. 45 do *Código Penal*, que pressupõe a condenação.

Há um pressuposto inicial, nesse artigo, que é o reconhecimento da culpabilidade do réu.

A questão de aplicar a pena privativa de liberdade ou restritiva de direito é uma questão de política criminal que, por meio de algumas regras do *Código Penal* e de lei extravagante, autoriza o juiz, considerando várias circunstâncias, a aplicar, em vez da pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos.

Ora, na medida em que o réu descumpre as condições de aplicação da pena restritiva de direitos, não faz jus ao benefício legal.

Nessa situação o Código autoriza a conversão em pena privativa da liberdade.

¿ E por quê ?

Porque há uma condenação e reconhecimento da culpabilidade - isso é prévio.

Temos um ato de exercício da atividade jurisdicional do Estado, pela sentença condenatória, com a pena restritiva de direito de exercício da atividade jurisdicional do Estado, pela sentença condenatória, com a pena restritiva de direito.

Isso antecede o CP, art. 45.

Agora, no caso do art. 76 da Lei 9.099/95, não temos um ato judicial, temos claramente a homologação de vontades.

Esse é um ato de natureza administrativa que meramente homologa a vontade das partes para compor.

Nesse modelo não cabe ação rescisória.

No caso da transação civil, embora o Código, equivocadamente, refira que a sentença que a homologa é extintiva de mérito, quem extinguiu o mérito, quem compôs a lide, foram as partes com a transação.

Tanto é que não se pode pensar em ação rescisória de sentença homologatória de transação. Pode-se falar em ação anulatória.

Guardadas as devidas cautelas em relação ao espaço que a transação se traduz, é exatamente o que se passa, no caso da Lei 9.099/95, art. 76.

É um acordo de vontades homologado pelo juiz.

Não há nenhuma condenação prévia.

Não há reconhecimento da culpabilidade

Como diz o Ministro **Marco Aurélio**, o descumprimento dessa situação autoriza a rescisão.

Tem um efeito resolutivo da transação realizada, por descumprimento de um dos elementos da transação.

Rescinde-se a transação e inicia-se a ação penal.

É claro que aqui vão surgir problemas não examinados, que se podem antever.

Um deles é a interrupção da prescrição, na hipótese da transação, assunto que não está sendo analisado.

Mas, evidentemente, ao que tudo indica, chegará o momento em que se terá de examinar qual o efeito da transação, até que se cumpra, integralmente, a pena restritiva da liberdade imposta.

Ou seja, dentro desse período corre a prescrição para o ajuizamento da ação penal, se houver a desconstituição, por descumprimento, na execução da pena restritiva da liberdade?

Então, Sr. Presidente, é absolutamente correto o voto do Ministro **Marco Aurélio** que mostra, claramente, que no caso, os Tribunais - pelo menos, no caso específico, louvo a ação do Ministério Público - não se deram conta da mudança e ainda continuam enxergando, nesse tipo de modelo, os resquícios da titularidade da ação penal pública.

Não se trata disso.

Trata-se de um modelo importante, digamos, privatizador do Direito Penal clássico, no sentido do avanço que esta lei trouxe, para reconhecer, finalmente, aquilo que há muito já se fazia.

Quando em determinado ilícito inicial, principalmente do Direito de Família, em que havia uma briga entre marido e mulher, com lesões corporais leves e no curso da ação penal havia um reentendimento entre marido e mulher ficava a ação penal tramitando.

Resultado: a mulher e o marido tinham que inverter toda a versão do fato, com a concordância do juiz, do promotor, do advogado, e fazia-se uma farsa imensa para que o juiz absolvesse o réu, já que, na verdade, o que se estava

fazendo era dando privilégio à vontade da vítima e à vontade do réu, no caso específico.

No caso, também, foi o início dessa temática, que lamentavelmente é o que mostra, ainda não conseguiu a sua vigência absoluta, tendo em vista que o nosso Relator demonstra que o Tribunal de Justiça e inclusive o Superior Tribunal de Justiça não atentaram para esse detalhe.

Acompanho o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

HC 79.572/GO – Relator: Min. Marco Aurélio. Paciente: Cleber de Souza Batista. Impetrante: Ministério Público estadual (Advogado: Altamir Rodrigues Vieira Júnior). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: por unanimidade, a Turma deferiu o *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo Ministério Público estadual, o Dr. Altamir Rodrigues Vieira Júnior e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Mardem Costa Pinto.

Presidência do Senhor 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. Mardem Costa Pinto.

Brasília, 29 de fevereiro de 2000 - Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

***Habeas Corpus* N° 80.794 – RJ**
(Primeira Turma)

Relator: *O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence*
Paciente: *Carlos Roberto ou Carlos Roberto Dias Ribeiro*
Impetrante: *Carlos Roberto*
Coator: *Superior Tribunal de Justiça*

> ***Prisão por pronúncia:*** a revelia do acusado, desde o início do processo, justifica, por si só, a ordem de prisão contida na pronúncia, dada a necessidade de sua presença para que se realize o júri.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de "*habeas corpus*", nos termos do voto do Relator.

Brasília, 30 de outubro de 2001 - **Moreira Alves**, Presidente - **Sepúlveda Pertence**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Sepúlveda Pertence**: Sr. Presidente , por fato ocorrido em 1973, o paciente foi denunciado em 1975, por tentativa de homicídio.

Verificada a revelia, decretou-se-lhe a prisão preventiva, que não foi cumprida ante sucessivas informações de achar-se o réu em lugar incerto e não sabido.

Sobreveio em 1983 a pronúncia, ordenando-se expedição de novo mandado de prisão.

Recentemente o paciente foi condenado no juízo federal por outro crime, reconhecendo-se-lhe o direito de apelar em liberdade. Mas o alvará de soltura não pôde ser cumprido, por se haver verificado a pendência do mandado de prisão relativo à tentativa de homicídio.

Em conseqüência está preso desde o final do ano de 2000.

Impetra *habeas corpus*, sucessivamente e sem êxito, ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e ao Superior Tribunal de Justiça , visando a obter liberdade provisória no processo a que responde por tentativa de homicídio na Comarca de Petrópolis. Argumenta com o longo tempo corrido desde o fato de que é acusado, quando apenas chegara aos vinte e um anos e com a vida sem máculas que teria mantido desde então.

O parecer do Procuradoria-Geral, da lavra do Subprocurador-Geral Edinaldo de Holanda Borges, é do seguinte teor:

> "Consigna o impetrante paciente em sua peregrinação jurídica, padecer de constrangimento ilegal, face ao seu encarceramento, como resultado de condenação criminal, não transitada em julgado, quando sucumbiu a uma pena de quatro anos, dois meses e seis dias em regime semi-aberto, por incurso nas infrações do art. 292 e 171 do Código Penal.
>
> Redargúi o postulante que, apesar de beneficiado por *habeas corpus* para o recurso em liberdade, não logrou êxito, tendo em vista a existência de prisão preventiva decretada em 1974, por outro crime, o de tentativa de homicídio contra o próprio sogro. Aduz, em contradita, a não subsistência da custódia, face ao decurso de 27 anos, asseverando que "a reclusão deve ser a exceção, não a regra, como primário mandamental".
>
> No Egrégio Superior Tribunal de Justiça , a súplica do paciente não obteve decisão favorável, sendo indeferida nos seguintes termos:

"EMENTA: ***Processo penal — Tentativa de homicídio — Prisão preventiva — Mudança de nome com propósito de não ser encontrado — Necessidade da constrição — Estelionato e falsidade de documentos públicos — Prescrição — Inocorrência.***

— O primeiro delito imputado ao paciente ocorreu em 1974 (mais precisamente em 17-8-74, conforme Denúncia à fl. 52), em Petrópolis/RJ. Naquela oportunidade, (já com 21 anos e casado), efetuou seis disparos, à "queima-roupa", contra seu sogro, não logrando o resultado morte em razão de circunstâncias alheias à sua vontade. Após várias diligências objetivando encontrar o paciente, o magistrado decretou a sua prisão preventiva em 2 (dois) de outubro de 1974. Devidamente citado, o paciente não compareceu a nenhum ato processual, sendo-lhe nomeado defensor dativo. Pronunciado em 18 de janeiro de 1983, o acusado não foi julgado pelo Júri em face do seu desaparecimento. Naquela época, conforme certidão de casamento de fl. 62, o seu nome era Carlos Roberto Dias Ribeiro.

— Anos pós, em 30 de março de 2000, o paciente foi condenado pelo Juízo Federal de Petrópolis/RJ pela prática de falsificação e estelionato, conforme relatado. Nessa oportunidade, utilizava o nome de Carlos Roberto. Ressalte-se, nesse particular, que o réu apresentou certidão de nascimento constando o nome de Carlos Roberto (fl. 44). A singularidade do caso recai no fato de que tal documento data expedição posterior ao primeiro evento criminoso. A partir daí, todos os demais documentos (nova Certidão de Casamento, Registro na Ordem, Identidade, *etc.*), expedidos pelo Município do Rio de Janeiro/RJ, foram retirados em data posterior ao primeiro delito. A ligação feita entre a autoria do primeiro e do segundo crime, só foi possível em virtude de sua identificação na DVC/Polinter.

— Ao que tudo indica, o paciente utilizou-se de mudança de nome para não ser encontrado pela polícia. A sua audácia era tamanha que, após o primeiro evento criminoso cometido em

Petrópolis, retirou documentos novos em Minas Gerais (local de seu nascimento) e, bacharelando-se em Direito, exercia livremente a advocacia em Petrópolis!

—No tocante à ocorrência da prescrição relativa ao primeiro crime perpetrado, o *writ* improcede. Com efeito, o réu, foi pronunciado em 18 de janeiro de 1983. Tal *decisum* interrompe a prescrição, consoante preceitua o art. 117, inciso II, do Código Penal. Assim, sendo o lapso prescricional previsto para o delito de homicídio de 20 (vinte) anos (art. 109. I, do CP), a sua incidência só se daria em 18-1-2001.

— Ordem denegada." (Fl. 144)

Neste grau supremo, sobressai o advento da pronúncia, que manteve o réu custodiado e a alteração do nome para efeito de não-localização em sua empresa de fuga. Por conseguinte, não é a constrição decretada em 1973, que desponta como razão jurídica para o julgamento, mas o ato de pronúncia em 18 de janeiro de 1983, face às condições adversas para a submissão do acusado ao Tribunal do Júri.

Ante o exposto, o parecer é no sentido do indeferimento."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Sepúlveda Pertence** (Relator): Sr. Presidente, a prisão preventiva foi decretada em face da revelia do acusado, dado como desaparecido da Comarca.

Quando sobreveio a pronúncia em 1983, a permanência da situação de revelia - em se tratando de processo de competência do Tribunal do Júri, cujo julgamento só se pode realizar com a presença do acusado - justificava, por si só, a manutenção da ordem de sua prisão cautelar.

Certo, o réu aguarda desde a prisão, no final do ano passado, julgamento pelo Júri. Mas, conforme informações que colhi da Sra. Juíza de origem, o júri, marcado para 29 de março último, foi adiado a pedido da defesa, que alegou a pendência deste *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal. Julgado esse, se houver, posteriormente, demora excessiva na sua submissão ao Júri, a queixa há de ser feita na instância própria. Por ora, não há constrangimento ilegal.

Indefiro o *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 80.794 – RJ – Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. Pacte.: Carlos Roberto ou Carlos Roberto Dias Ribeiro. Impte: Carlos Roberto. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de "*habeas corpus*", unânime.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e Ellen Gracie. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

Brasília, 30 de outubro de 2001 – Ricardo Dias Duarte, p/Coordenador.

***Habeas Corpus* N° 80.947 – MG**
(Primeira Turma)

Relator: *O Sr Ministro Sepúlveda Pertence*
Paciente e Impetrante: *Jordan Fernandes Faria ou Jordane Fernandes Faria*
Coatora: *Turma Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Varginha*

Juizados Especiais Criminais: apelação não conhecida por intempestividade das razões, que – além de inexistente no caso – não prejudicaria o recurso.

I - A apelação para a Turma Recursal deve ser interposta com as razões, no prazo de 10 dias (L. 9.099/95, art. 82, § 1°); no entanto, se, ajuizada no prazo de 5 dias, o Juiz a recebe e abre prazo para as razões, entende-se que adotou o rito da lei processual comum (C. Pr. Pen., art. 593), não se podendo reputar intempestivas as razões oferecidas no prazo do art. 600 do C. Pr. Penal (HC 80.121, 1ª T., 15-8-00, **Gallotti**, *DJ* 7-12-2000).

II - De qualquer modo, também no processo dos Juizados Especiais, a ausência ou a intempestividade das razões não prejudicam a apelação interposta no prazo legal (C. Pr. Penal, art. 601).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o pedido de "*habeas corpus*", nos termos do voto do Relator.

Brasília, 04 de setembro de 2001 - **Moreira Alves**, Presidente - **Sepúlveda Pertence**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Sepúlveda Pertence**: Este, o teor da decisão da Turma Recursal de Varginha/MG, que não conheceu, por intempestividade, do recurso de sentença condenatória interposto pelo paciente – fl. 52:

> " Jordan Fernandes Faria interpõe recurso contra a r. Sentença que julgou procedente a denúncia e o condenou, como incurso nas sanções do art. 34 da Lei das Contravenções Penais, ao cumprimento da pena de 2 meses e 10 dias de prisão simples.
>
> A ilustre Representante do Ministério Público sustenta, preliminarmente, que o recurso é intempestivo porque as razões somente foram apresentadas quando já decorrido o prazo legal.
>
> O réu foi intimado da r. Sentença no dia 29 de novembro de 1999, e o seu Defensor no primeiro dia seguinte (fl. 56-verso).
>
> Por seu novo Defensor, o réu manifestou a intenção de recorrer, em 6 de dezembro de 1999 (fl. 57).
>
> Pelo procedimento sumaríssimo da Lei nº 9.099, a apelação deve ser interposta no prazo de dez dias contados da intimação da sentença, através de petição escrita **contendo as razões** e o pedido do recorrente (art. 82, § 1º), de modo que terminou no dia 10 de dezembro de 1999 o prazo para o réu apelar.
>
> E as razões do inconformismo do apelante só foram apresentadas no dia 22 daquele mês (fls. 61 a 78).
>
> Sobre serem inaplicáveis ao caso as regras do Código de Processo Penal subsidiário, assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 79.843/MG, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello:
>
> > " – Revela-se insuscetível de conhecimento o recurso de apelação cujas razões são apresentadas fora do prazo a que se refere o art. 82, § 1º, da Lei nº 9099/95, pois, no sistema dos Juizados Especiais Criminais, a legislação estabelece um só prazo – que é de dez (10) dias – para recorrer e para arrazoar.
> >
> > – As normas gerais do Código de Processo Penal somente terão aplicação subsidiária nos pontos

em que não se mostrarem incompatíveis com o que dispõe a Lei nº 9.099/95 (art. 92), pois, havendo antinomia entre a legislação processual penal comum (*lex generalis*) e o Estatuto dos Juizados Especiais (*lex specialis*), deverão prevalecer as regras constantes deste último diploma legislativo (Lei nº 9.099/95) em face das diretrizes fundadas no critério da especialidade.

– As regras consubstanciadas nos arts. 600 e 601 do CPP, no ponto em que dispõem sobre a oportunidade do oferecimento das razões de apelação, são inaplicáveis ao procedimento recursal instaurado com fundamento na Lei 9.099/95 (art. 82, § 1º). É que, na perspectiva do Estatuto dos Juizados Especiais, não basta à parte, em sede penal, somente manifestar a intenção de recorrer. Mais do que isso, impõe-se-lhe o ônus de produzir, dentro do prazo legal e juntamente com a petição recursal, as razões justificadoras da pretendida reforma da sentença que impugna."

O fato de a apelação ter sido recebida no juízo de primeiro grau sem que o apelante apresentasse as razões do recurso não enseja o seu conhecimento pela turma recursal, pois não há preclusão do Juízo de admissibilidade para a instância *ad quem*.

Sendo intempestivo o recurso, portanto, acolho a preliminar argüida e dele não conheço."

Do julgado da Turma Recursal, interpôs recurso em sentido estrito, cujo processamento foi liminarmente indeferido.

Em conseqüência, impetrou-se *habeas corpus* ao Tribunal de Alçada, que dele não conheceu, declinando da competência para o Supremo Tribunal (fl. 77).

A impetração invocara o art. 601 do C.Pr. Pen., a opinião de JULIO FABRINI MIRABETE (*C. Pr. Penal Interpretado*, 7ª ed., Atlas, 2000, p. 1307) e a jurisprudência formada a respeito e coletada pelo autor, para sustentar que, manifestada tempestivamente a apelação, não lhe prejudica o conhecimento a extemporaneidade ou a ausência de razões.

Recebido os autos, despachei – fl. 84:

"Atento à plausibilidade dos fundamentos da impetração e o risco – se não consumado – de

constrangimento a liberdade do paciente, defiro a liminar."

À guisa de informações, encaminhou-se cópia do julgado à Turma Recursal (fl. 94).

A Procuradoria-Geral opinou pelo deferimento da ordem (fl. 101).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Sepúlveda Pertence** (Relator): Este, o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do il. Subprocurador-Geral Edinaldo Borges:

> "No juízo de primeiro grau, a apelação foi recebida como tempestiva e deferido também foi o prazo para arrazoar, em conformidade com a lei processual.
>
> A controvérsia, por conseguinte, gravitou sobre a possibilidade do oferecimento das razões, além do prazo estabelecido pela Lei Especial, pretendendo a atual impetração a aplicabilidade do Código de Processo, em oposição ao que restou decidido pela Egrégia Turma Recursal.
>
> Da análise resulta a conclusão sobre a manifesta impossibilidade de aplicação do art. 601 do Código de Processo, tendo em vista a norma especial do art. 82, § 1°, da Lei n° 9.099/95, que exige a simultaneidade entre a manifestação recursal e as suas razões, dentro do mesmo prazo ali estabelecido. Face ao princípio da especialidade, não há ensejo para aplicação da regra geral divergente. Nesse sentido é pacífico o entendimento já prefigurado por esse colendo **Supremo Tribunal Federal**, avultando o HC 79.843, Rel. Min. **Celso de Mello, in** *DJ* de 30-6-00.
>
> Entretanto, tem-se a obtemperar, na espécie sob apreciação, que o juízo primeiro de admissibilidade já havia deferido a postulação recursal sob a égide da norma processual geral, remetendo para momento posterior a apresentação das razões fundantes. Sob esse prisma, procede a veiculação, vez que referida decisão produzira efeito, sem qualquer impugnação das partes (fl. 23). Por esse ângulo, também entreviu o colendo **Supremo Tribunal Federal** , em julgamento do HC

80.121, Relator o Min. Octavio Gallotti, nos seguintes termos:

> "EMENTA: Tendo sido imprimido ao processo, pelo Juízo de primeiro grau, o rito de Código de Processo Penal, permissivo da ulterior apresentação das razões da apelação, não cabia, à Turma Recursal, alterar aquele rito, com efeito retrooperante, para, mediante aplicação do art. 82, § 1º, da Lei nº 9.099/95, ter como intempestivo o recurso."
>
> Ante o exposto, o alvitre é no sentido do deferimento do *writ* vertente para, anulando o julgamento anterior, outro seja proferido, considerando a oportunidade temporal."

Não tenho dúvidas de acolher a tese conclusiva deste parecer, aliás conforme o precedente que recorda —HC 80.121, 15-8-00, Gallotti, *DJ* 7-12-00 —para o qual contribuí com o meu voto.

Intimado o defensor em 30-11-99, terça-feira, o qüinqüídio estipulado pelo art. 593 C. Pr. Pen. —que se encerraria em 5-12-99, domingo — prorrogou-se até 6-12-99, segunda-feira, quando interposto o recurso.

Ao recebê-lo, além de declará-lo tempestivo, o Juiz abriu prazo para as razões, o que só se explica segundo o rito da lei processual comum.

É o que bastaria, na linha da decisão lembrada pelo parecer, para a concessão da ordem.

Da minha parte, contudo, vou mais longe.

Certo, a Lei dos Juizados Especiais —L. 9.099/95 —dispõe:

> "**Art. 82** (...)
>
> **§ 1º** A apelação será interposta no prazo de 10 dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, do qual constarão as razões e o pedido de recorrente."

Reuniram-se, pois, no prazo único de 10 dias, os dois prazos sucessivos do C. Pr. Pen.: 5 dias para a interposição (art. 593) e mais 8 dias (ou 3 dias, se se cuidar de contravenção) para as razões (art. 600).

Por isso, explicitou a L. 9.099 que a petição em que se manifestasse a apelação para a Turma Recursal já deveria conter as razões.

Não extraio daí, contudo, que, no procedimento dos Juizados Especiais —que se pretendeu caracterizado pelo informalismo —, as razões se hajam

convertido em pressuposto do conhecimento do recurso, tanto mais quanto, no procedimento comum remanesce em vigor o art. 601 do Código, a determinar que, findos os prazos para apresentá-los, "os autos serão remetidos à instância superior, com as razões ou sem elas..."

Numa ou noutra hipótese, trata-se de apelação. A apelação é recurso – segundo a jurisprudência uníssona e ressalvadas as hipóteses de decisões do júri, sem pertinência aos Juizados Especiais – que, quando não limitada, na petição ou no termo de interposição, a uma parte da sentença, a devolve integralmente ao reexame do órgão recursal.

Com razão o impetrante, ao acentuar:

> "Sem dúvida, o Arrazoado Recursal é um direito do recorrente, onde pode ele apontar os pontos vulneráveis da decisão recorrida que deseja reapreciação, e não uma obrigação processual.
>
> Lógico que, não arrazoando o seu apelo, a superior instância fica livre para reapreciar toda a matéria constante da sentença recorrida, sem a obrigatoriedade de apreciar pontos específicos não questionados.
>
> Mas *in casu*, as razões do apelo até foram anexadas aos autos, não havendo, pois, porque não examinar os aspectos ali enfocados, a bem da Verdade, do Direito, e da Justiça."

A exigência das razões com formalidade essencial do recurso de apelação – por definição, de devolução ampla – apenas nos Juizados Especiais, se me afigura tão mais especiosa quanto, na lei e no mesmo dispositivo que disciplina o recurso, se prescreve que, "se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão"...

Defiro o *habeas corpus* para que afastada a preliminar de intempestividade – a Turma Recursal decida da apelação, como entender de direito: é o meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 80.947 – MG – Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. Pacte. e Impte.: Jordan Fernandes Faria ou Jordane Fernandes Faria (Adv.: Víctor Gilberto Passos). Coatora: Turma Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Varginha.

Decisão: A Turma deferiu o pedido de *"habeas corpus"*, nos termos do voto do Relator. Unânime.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e Ellen Gracie. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 4 de setembro de 2001 – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

Haberas Corpus **Nº 81.567 – SC**
(Primeira Turma)

Relator: *O Sr. Ministro Ilmar Galvão*
Paciente: *Valdir Silva dos Santos*
Impetrante: *Paulo Roberto Thives Baú*
Coator: *Superior Tribunal de Justiça*

Habeas Corpus. ***Pretensão de reconhecer-se o direito do paciente à comutação prevista no Decreto nº 3.226/99, que não vedou expressamente a concessão do benefício aos condenados por crimes hediondos, fazendo-o tão-somente quanto ao indulto.***

Sendo a comutação espécie de indulto parcial, apresenta-se irrelevante à negativa de concessão aos condenados por crime hediondo o fato de o dito benefício não haver sido expressamente mencionado no Decreto Natalino.

O Plenário do STF, ao declarar a constitucionalidade do inciso I do art. 2º da Lei nº 8.072/90, assentou que o termo "graça" previsto no art. 5º, XLIII, da CF engloba o "indulto" e a "comutação da pena", estando a competência privativa do Presidente da República para a concessão desses benefícios limitada pela vedação estabelecida no referido dispositivo constitucional.

Habeas corpus indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de *"habeas corpus"*.

Brasília, 19 de fevereiro de 2002 - **Moreira Alves**, Presidente - **Ilmar Galvão**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Ilmar Galvão**: *Habeas corpus* interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento a recurso especial no qual se sustentava o direito do paciente, condenado por latrocínio, de ser beneficiado com a comutação da pena prevista no Decreto Presidencial nº 3.226/99.

Sustenta a impetração que o referido Decreto Natalino, diferentemente daquele editado ano anterior (Decreto nº 2.838/98), vedou aos condenados por

crime hediondo, tão-somente, a concessão de indulto, silenciando quanto à eventual proibição da comutação, o que estaria a indicar a possibilidade de o paciente beneficiar-se com a pretendida redução de sua pena.

A douta Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento da ordem, em parecer do Dr. Cláudio Lemos Fonteles, resumido na seguinte ementa (fl. 44):

> "1. A vedação da concessão de indulto aos condenados por crimes qualificados de hediondos é expressa em lei (artigo 2º, I, Lei nº 8.072/90).
>
> 2. Na expressão legal *indulto* compreende-se tanto o efeito total, a que se reserva o nome *stricto sensu* de indulto, que extingue a pena, como o de *efeito parcial*, também denominado de comutação, ou indulto parcial, que opera redução da sanção, daí porque Decreto Presidencial que sobre o indulto disponha não pode alterar o parâmetro legal proibitivo, por qualquer forma.
>
> 3. *Indeferimento* do pleito."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Ilmar Galvão** (Relator): O acórdão recorrido está assim fundamentado, *in verbis* (fl. 39):

> "Para cassar a decisão do juízo da execução que concedera ao recorrente – condenado por crime hediondo – a comutação de pena prevista no mencionado Decreto, o acórdão recorrido esposou entendimento que reputo correto. Confira-se (fl. 52):
>
> > "Assim, considerando que a comutação é o nome utilizado para designar um indulto restrito ou parcial, não há como interpretar que aparente diferenciação feita no artigo 2º do Decreto Presidencial entre indulto e comutação seja suficiente para afastar a vedação expressa no inciso I do art. 7º do mesmo Decreto.
> > Ainda que o Decreto não vedasse expressamente o deferimento do indulto aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, o inciso XLIII

do art. 5º da CF e o inciso I do art. 2º, da Lei nº 8.072/90 o fazem."

Realmente, sendo a comutação de pena uma espécie de indulto, não há cogitar da aplicação daquele benefício aos condenados por crimes hediondos, ante a vedação contida no art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.072/90, bem como no art. 7º, inciso I, do Decreto Presidencial nº 3.226/99.

No particular, obtemperou com propriedade o *Parquet* Federal, *verbis* (fl. 91):

"O acórdão recorrido não violou o Decreto nº 3.266/99, como quer o recorrente. Na verdade, o referido Decreto não poderia ignorar os termos da Lei nº 8.072/90 e diminuir a pena dos condenados por crimes hediondos.
O art. 2º, inc. I, da Lei de Crimes Hediondos, veda a concessão de indulto aos condenados por crime hediondo ou equiparado a tal.
A comutação é uma forma de indulto. É indulto parcial, que beneficia o condenado com a diminuição da sua pena.
Nesse sentido é a lição de MIRABETE: "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." ("*Execução Penal*", 6ª ed., p. 418).
Assim, o recorrente, condenado que foi por crime definido como hediondo, não tem direito à comutação da sua pena."

Dessa forma, inexistindo ofensa à legislação federal, conheço do recurso, mas lhe nego provimento."

Incensurável a decisão impugnada, ao consignar que, sendo a comutação espécie de indulto parcial, apresenta-se irrelevante para vedar sua concessão aos condenados por crime hediondo o fato de o dito benefício não haver sido expressamente mencionado no Decreto Natalino. No mesmo sentido, decidiu a Segunda Turma desta Corte ao julgar o HC nº 81.380, Rel. Min. Maurício Corrêa, em que questão idêntica foi suscitada (cf. Informativo 249).

De qualquer sorte, o Plenário desta Corte, no HC nº 77.528, declarou a constitucionalidade do inciso I do art. 2º da Lei nº 8.072/90, ao entendimento de que o termo "graça" previsto no art. 5º, XLIII, da CF engloba o "indulto" e a

"comutação da pena", estando, portanto, a competência privativa do Presidente da República para a concessão desses benefícios limitada pela vedação estabelecida no referido dispositivo constitucional.

A propósito o voto do eminente Ministro Sepúlveda Pertence no precedente citado, do qual se extrai:

> "É só comparar esse inciso XLIII do art. 5º com o inciso XII do art. 84, para ver que, no art. 84, em todo o conjunto do rol de atribuições presidenciais, não há alusão à graça, mas apenas ao indulto e à comutação de penas. O que deixa claro que, usada a expressão "graça" em outro preceito da Constituição, nele se hão de compreender, tanto o indulto quanto a comutação de pena a que alude o art. 84, XII, para confiá-los à competência do Presidente da República.
>
> Desse modo, fico apenas na Constituição e entendo que, no art. 5º, XLIII, a referência à graça, que abrange não só o indulto e a comutação de penas individuais, mas também o indulto coletivo, que é também modalidade do poder de graça, que se pode exercer —como é usual —pela fixação de critérios gerais para a extinção ou a comutação parcial de penas."

Com essas considerações, meu voto indefere o *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 81.567 — SC — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Pacte.: Valdir Silva dos Santos. Impte.: Paulo Roberto Thives Baú. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de "*habeas corpus*". Unânime.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e Ellen Gracie. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Helenita Amélia G. Caiado de Acioli.

Brasília, 19 de fevereiro de 2002 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

Recurso Extraordinário N° 250.917 – MG
(Segunda Turma)

Redator p/o acórdão: *O Sr. Ministro Nelson Jobim*
Recorrente: *Ministério Público Federal*
Recorrido: *Vivaldo Curi*

Recurso extraordinário. Processo penal. Legitimidade recursal do Ministério Público. Constitucional. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil.

O Ministério Público tem legitimidade para interpor recurso extraordinário contra sentença que concede *Habeas Corpus*.

É constitucional a prisão civil do depositário infiel em decorrência da alienação fiduciária.

Recurso conhecido e provido.

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, deliberar corrigir a proclamação da decisão no Recurso em Habeas Corpus n° 75.752, para que conste o seguinte: preliminarmente, por maioria, conhecer do recurso como extraordinário. Também por maioria, conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento.

Brasília, 29 de junho de 1999 – **Néri da Silveira**, Presidente – **Nelson Jobim**, Redator p/o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Marco Aurélio**: O egrégio Superior Tribunal de Justiça houve por bem conceder ordem em *habeas corpus*, afastando a prisão civil do Paciente. Na oportunidade, consignou o ilustre Ministro William Patterson:

> "***Penal. Prisão civil. Alienação fiduciária.*** Não é cabível a prisão civil do devedor fiduciante, porquanto não está ele equiparado ao depositário infiel. Precedentes da 6ª Turma-STJ. *Habeas Corpus* deferido."

No voto condutor do julgamento, foram citados precedentes da lavra dos Ministros Ademar Maciel (HC n° 3.545/DF), Vicente Leal (HC n° 3.552/SP), Anselmo Santiago (RHC n° 4.319/GO) e Luiz Vicente Cernicchiaro (RHC 4.329/MG).

O Ministério Público Federal, inconformado, interpôs o recurso de folhas 200 e 201, apresentando as razões de folhas 202 a 208. Articulou com as alíneas **a** e **b** do inciso III do artigo 102 da Carta Política da República, argumentando que fora declarada a inconstitucionalidade do artigo 1º do Decreto-Lei nº 911/69. Argúi também a erronia do que decidido, dizendo do afastamento da norma do inciso LXVII do rol das garantias constitucionais e mencionando precedentes desta Corte.

Vieram aos autos contra-razões, citando-se lição de CARVALHO DE MENDONÇA no sentido de que não depende da vontade das partes a inversão da índole dos contratos.

À folha 213 está a decisão de admissibilidade do extraordinário.

Remetidos os autos à Procuradoria-Geral da República, pronunciou-se esta pelo conhecimento e provimento do recurso, reportando-se, quanto ao tema de fundo, a precedentes desta Corte.

Os autos vieram-me conclusos, para exame, em 18 de novembro de 1997, sendo que neles apus visto em 24 imediato, designando, como data de julgamento a de hoje, 2 de dezembro de 1997.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Marco Aurélio** (Relator): Na espécie, pleiteia-se o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, de *habeas corpus* em que concedida, por tribunal superior, a ordem, visando, esse pedido, à prisão do Paciente. Em primeiro lugar, surge o paradoxo. O *habeas corpus* é remédio voltado à preservação e não à perda da liberdade. Diante da ausência, até mesmo, de parte contrária a integrar a relação processual, difícil é conceber a veiculação de tal pedido, uma vez alcançada decisão favorável em sentido contrário. Por isso mesmo, a Carta Política da República, ao disciplinar os *habeas corpus* decididos por tribunais superiores, apenas previu a recorribilidade "se denegatória a decisão" — alínea **a** do inciso II do art. 102. No caso, não há como cogitar da propriedade do disposto no inciso III do artigo 102 mencionado, porquanto o cabimento do extraordinário pressupõe causa decidida em única ou última instância e, portanto, de processo revelador de lide, e essa inexiste em se tratando de *habeas corpus*. É mesmo conflitante não se admitir a recorribilidade, na via normal, ou seja, a do recurso ordinário, e, na hipótese excepcional, concluir-se pela pertinência do recurso extraordinário. Nem se diga da necessidade de viabilizar-se o controle de constitucionalidade das decisões pelo Supremo Tribunal Federal. Causa espécie a conclusão de que, preservando-se o bem maior, após a própria vida, que é a liberdade, com isto vulnere-se o texto constitucional. Assim, tenho este extraordinário como inadequado. A prolação de acórdão concessivo da ordem fez-se, ao mundo jurídico, coberto com a tarja da irrecorribilidade.

Suplantada essa matéria, entendo que este recurso extraordinário não se enquadra quer na alínea **a**, quer na alínea **b** do inciso III do artigo 102, evocadas pelo Ministério Público. Em primeiro lugar, o Superior Tribunal de Justiça não julgou inconstitucional o Decreto-Lei nº 911/69, o que afasta a pertinência da alínea **b**. Se o houvesse feito, ter-se-ia, nos autos, não uma decisão de Turma, mas do Plenário. Em segundo lugar, em face da pacificação do tema na Corte, o acórdão atacado mostrou-se de simplicidade franciscana. É que no voto condutor do julgamento apenas remete-se a precedentes, havendo sido apontada a pacificação da matéria "no sentido de não ser possível a prisão civil do devedor fiduciante, em casos vitais, por descaracterizada a sua equiparação com o depositário infiel". Em momento algum, o órgão foi instado a manifestar-se expressamente sobre o preceito constitucional que, em um primeiro instante, revela, como garantia, a inexistência da prisão por dívida e, em passo seguinte, contempla a viabilidade de o legislador ordinário discipliná-la quando ao inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e à figura do depositário infiel, preceito constitucional que, nessa parte, apresenta-se com eficácia limitada, a depender dos parâmetros estabelecidos em legislação comum. Em síntese, a decisão do Superior Tribunal de Justiça lastreia-se, em última análise, tendo em vista a figura do depositário infiel, em interpretação conferida a normas estritamente legais, ou seja, as do Código Civil, no que definem o contrato de depósito, e as do Decreto-Lei nº 911/69, acerca dos parâmetros do contrato de alienação fiduciária. Cumpre ter presente que a Carta de 1988 trouxe, ao cenário jurídico, uma nova realidade em se tratando da competência do Supremo Tribunal Federal, reservando-se-lhe a atividade maior de guarda da Constituição Federal e deslocando-se para o Superior Tribunal de Justiça a preservação da intangibilidade de tratado ou lei federal, tema que, até então, esteve sob os cuidados desta Corte. Admitir-se, a essa altura, o recurso extraordinário é inserir-se novo permissivo constitucional no inciso III do artigo 102, ou seja, o alusivo à uniformização da jurisprudência, diante de interpretação divergente no tocante a leis federais, ou seja, ao Código Civil, ao Código de Processo Civil e ao Decreto nº 911/69, transportando-se para a seção em que se define a atuação do Supremo o que se contém em termos de disciplina do recurso especial, ou seja, a alínea **c** do inciso III do artigo 105 da Carta. Ultrapassados esses óbices, no mérito, reitero o que tenho ressaltado a respeito:

> "Conforme consagrado na melhor doutrina, condição indispensável a que se possa considerar alguém como depositário é a formalização de um contrato de depósito nos moldes definidos no Código Civil, artigo 1.265. É que se tenha firmado ajuste no sentido de que a obrigação precípua de uma das partes seja não a de pagar, por um bem, certo preço em prestações sucessivas, mas de devolvê-lo a quem de direito, ou seja, ao detentor do domínio.

Por isso mesmo, não é concebível enfoque que implique transmudar garantia constitucional, no que excepcionada, em verdadeira carta branca outorgada ao legislador ordinário, bastando, para tanto, que atue com destreza no campo da engenhosidade, dando ênfase ao aspecto formal, em detrimento da organicidade própria ao Direito. E isso ocorreu na elaboração do Decreto-lei nº 911/69. Fez-se prevalecer, na disciplina do contrato de alienação fiduciária, a feição patrimonial, civilista, sobre a constitucional, voltada à segurança jurídica, em face do bem maior, que é a liberdade. Definiu-se o contrato de alienação fiduciária em garantia como o que transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor o possuidor direito e depositário, com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal. No artigo 4º do Decreto-Lei nº 911/69 previu-se, para a hipótese de o bem não se encontrado, uma vez formalizada a busca e apreensão, a conversão dessa, nos mesmos autos, em ação de depósito, tal como disciplinada nos Códigos Civil e Processual Civil.

Afastou-se a norma do então § 10 do artigo 66 da Lei nº 4.728/65, no que direcionava à incidência do disposto no inciso I do § 2º do artigo 171 do Código Penal – venda, permuta, dação em pagamento ou em garantia de coisa alheia como própria. Procurou-se constitucionalizar o mecanismo por meio de referência explícita à ação de depósito, com os parâmetros que lhe são pertinentes, inclusive, a prisão do depositário.

A construção seria perfeita caso o tema alusivo à prisão civil por dívida não possuísse rígido balizamento constitucional.

O preceito inserto no inciso LXVII do rol das garantias constitucionais outro sentido não tem senão o de situar, como passível de vir a ser preso, o depositário infiel, ou seja, aquele que, à mercê da celebração de um contrato, o de depósito, haja recebido um objeto móvel, para guardar, até que a parte contrária, o depositante, reclamasse-o. Exsurge como objeto único nesse ajuste a entrega do bem móvel em depósito e a obrigação de devolvê-lo tão logo o depositante manifeste a vontade de tê-lo de volta. As peculiaridades do negócio jurídico

é que respaldam o elemento de coerção drástico que é a possibilidade de o detentor do bem vir a ser preso. Alguém, na titularidade do domínio de um bem, entrega-o, sem aliená-lo, a outrem, que assume, por sua vez, a obrigação, não só de preservá-lo, como também a principal de proceder à devolução no momento em que instado a assim fazê-lo.

Pois bem, cumpre saber a natureza da norma constitucional autorizadora da prisão do depositário infiel. Revela-a o comando maior contido no inciso em comento. Iniludivelmente, consubstancia vedação: "não haverá prisão civil por dívida (...)". Está-se diante de uma garantia individual. A regra é que, por dívida civil, ninguém será privado da liberdade. As exceções estão contempladas no preceito exaustivo que se segue à primeira oração – "não haverá prisão por dívida civil". Correm à conta de duas situações que se mostram, sob o ângulo de uma Carta liberal, socialmente aceitáveis. De um lado, homenageou-se o cumprimento de obrigação alimentícia e, de outro, o direito de propriedade, inibindo-se a prática de atos danosos justamente por aquele que tenha assumido a obrigação de preservar o bem devolvendo-o assim que o queira o proprietário.

Cumpre indagar: mostra-se consentânea com a garantia constitucional norma que empreste o procedimento próprio à ação de depósito, com a viabilidade de perda da liberdade, à execução de contratos outros que não o de depósito?

Em síntese, as exceções contempladas na Carta de 1988 são passíveis de elastecimento, visando a proteção de credores, via preceito estritamente legal?

As respostas são, desenganadamente, negativas.

O caso dos autos é exemplar. O paciente, visando a adquirir um veículo, aderiu a um consórcio. Assumiu a obrigação de pagar um certo número de parcelas. Por sorteio ou lance, não cabe perquirir, foi contemplado. A um só tempo viu-se o adquirente – e, portanto, proprietário – e, formalmente, alienante – depositário. Adquirente, no que formalizado o contrato relativo à compra do bem que acabara de receber, passando a ter a posse direta. Alienante e depositário no que, a partir do citado Decreto-Lei, firmou contrato discrepante da

realidade, da real vontade manifestada inicialmente, isto é, o de alienação fiduciária a consubstanciar, por isso, fato irreal, uma simultânea alienação no que voltada, tão-somente, à constituição de uma garantia de dívida. Embora havendo assumido a obrigação precípua de pagar o preço pactuado e demonstrando, com isso, a intenção de ver o bem integrar o respectivo patrimônio, adentrou o campo simplesmente formal, alienando-o e o recebendo em depósito, sujeito o ajuste a uma condição resolutiva — o pagamento do valor total do veículo. A empresa de consórcio tornou-se, a um só tempo, alienante e adquirente, passando, nesta última condição, a ser também depositante, assegurada a proteção decorrente do Decreto-Lei nº 911/69.

Senhor Presidente, admito a criatividade, quer no campo normativo, quer no da interpretação de regras que compõem a ordem jurídica. Todavia, tudo há de ocorrer mediante estrita observância ao Texto Maior, que, no caso, excepciona a proibição de vir-se a ter a prisão por dívida civil, fazendo-o de forma limitada. Descabe admitir que a parte final do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal encerra caminho aberto a que o legislador cole a contrato de compra e venda — alfim verdadeiro contrato de compra e venda de bem móvel — esse meio coercitivo para o recebimento do preço pactuado, que é a prisão. Não, a exceção contemplada constitucionalmente é imune a enfoques que acabem por nela agasalhar contratos voltados a garantia de dívida, como é o caso da alienação fiduciária, e que distante, muito distante ficam do contrato de depósito, a qualificar, no campo da exclusividade, as figuras do depositante e do depositário. A não ser assim, desprezando-se o fundo, o real, a verdadeira intenção das partes, em benefício do formal, da rotulação, da simples fachada, aberto estará o caminho ao elastecimento das hipóteses em que viável a prisão por dívida civil. Suficiente será que norma estritamente legal mascare a realidade e, com desprestígio a institutos, ao verdadeiro sentido de expressões e de vocábulos consagrados pela ordem jurídica, pelo meio acadêmico e em julgamentos, dê a uma das partes, como em um passe de mágica — e, para tanto, o vernáculo é pródigo — a qualificação de depositário e, à outra, a de depositante, muito embora não se tenha como objeto em

si do contrato, perseguido por uma das partes, a devolução do bem, mas sim o pagamento respectivo, a liquidação de parcelas sucessivas.

Interpreto a Constituição tal como ela se revela, ou seja, como a consubstanciar, no caso, uma garantia constitucional, voltada não à proteção patrimonial de certos credores, como se contemplados com verdadeiro privilégio, mas à pessoal dos devedores. A prisão por dívida civil somente é viável quando constatada a inadimplência voluntária de obrigação alimentícia ou descumprimento de contrato de depósito. O contrato de alienação fiduciária não a enseja.

No dizer sempre oportuno de ÁLVARO VILAÇA AZEVEDO, titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em artigo publicado no *Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 23/93, o legislador da alienação fiduciária aumentou exageradamente a garantia do credor. Citando ORLANDO GOMES, aponta que, na espécie, a ação de depósito está expressamente admitida como um dos meios judiciais de que pode se socorrer o credor para obter a satisfação do crédito. Consigna, então:

> "No caso da alienação fiduciária em garantia, não existe contrato de depósito, pois o fiduciante não tem o dever de guardar o objeto, para restituição, imediata, quando pedido pelo fiduciário. O fiduciante, em verdade, tem o objeto não para guardar, mas para utilizar-se dele, podendo nunca entregá-lo ao fiduciário, se a este pagar todo débito do financiamento."

Da mesma forma, constatamos a visão de NELSON HANADA, sobre o tema:

> "(...) a orientação que se apresenta de acordo com o sistema jurídico, com esteio na norma constitucional, não autoriza a prisão civil do devedor na alienação fiduciária em garantia, onde não existe contrato de depósito no seu preciso sentido, nem a afirmação da prisão em caso de furto, ainda que segurada a coisa, pois a isto estaria, claramente, aplicando a prisão civil por dívida de dinheiro." (*Ação de Depósito* — Editora

Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, páginas 120 e 123).

O que se afigura inconcebível é que se confira à norma constitucional interpretação que acabe elastecendo as hipóteses de prisão por dívida civil. O contrato de depósito, a motivar o surgimento das figuras do depositante e do depositário, possui natureza real. A obrigação assumida é de devolução do bem e não do pagamento de prestações sucessivas, como ocorre na alienação fiduciária. Por isso mesmo, o Superior Tribunal de Justiça, julgando o Recurso Especial nº 2.320, teve oportunidade de assentar:

> "**Prisão civil.** Sua impossibilidade nos casos de depósitos atípicos, instituídos por equiparação para reforço às garantias em favor dos credores. Prevalência da norma constitucional, tutelar do direito à liberdade, e imune a leis ordinárias ampliativas do conceito de depositário infiel."

O voto do Ministro Athos Carneiro mostrou-se, neste caso, pedagógico:

> "Declaro meu entendimento de que a excepcional prisão civil por dívidas é limitada aos casos em que está em perigo o valor constitucionalmente conceituado como superior ao próprio valor liberdade, ou seja, o direito à vida, nos casos de obrigação alimentícia, e o respeito à confiança e à boa-fé empenhada na guarda de coisa alheia, nos casos de depositário infiel."

E acrescentou Sua Excelência com a clareza e precisão que o tornaram magistrado de envergadura ímpar:

> "Entendo, todavia, neste segundo caso, que se cuide de depósito regular propriamente dito, àquele previsto no Código Civil (artigo 1.287) sob pena de, em ampliando a compreensão do contrato de depósito e ao mesmo tempo equiparando depósitos atípicos, estarmos a placitar, pura e simplesmente, a prisão por dívidas em surpreendente retrocesso aos tempos mais

primevos do Direito Romano, ao *nexum*, a *manus injetio*."

Confira-se com o que se contém na *Revista do Superior Tribunal de Justiça* nº 23, à página 378.

Também José Raul Gavião de Almeida, em "Prisão Civil em Contrato de Alienação Fiduciária" – *Revista dos Tribunais* nº 563, página 42 –, ressaltou o conflito do citado Decreto-Lei com a Carta Política da República, ao entendimento de que:

> "O depósito que a constituinte ligou a prisão civil corresponde a uma figura conceitual elaborada pela ciência jurídica, não comportando, para ampliar o ensejo da sanção, inovações legislativas, sob pena de afronta ao princípio da reserva constitucional."

Sobre a atuação do legislador ordinário, deixou consignado, ainda, a possibilidade de criar novos casos de depósitos, em face do poder legiferante, não podendo sujeitá-los à prisão civil, sob pena de descaracterizar o tipo conceitual do constituinte.

Em idêntico sentido, notamos a lição de Geraldo de Jacobina Rabello, no que, em "*Alienação Fiduciária em Garantia e Prisão Civil do Devedor*", Editora Saraiva, São Paulo, 2ª edição, 1987, páginas 109 e 153, ressaltou que, na espécie:

> "Não há depósito, tanto que o devedor fiduciante, tornado por ficção legal um depositário, não deve devolver a coisa a ele entregue ao depositante, mas ficar com ela, bastando, para isto, pague a dívida do contrato de financiamento, que serve à aquisição do bem. No depósito, o dever do depósito, entretanto, a sua dívida, é a de restituição da coisa depositada. Ao verdadeiro depositário é que se destinara – e continua a se destinar, após a Emenda Constitucional que se seguiu ao Decreto-Lei – a prisão, a possibilidade, no caso de infidelidade, de coactação da liberdade de ir e vir."

Cabe frisar que foi suprimida da Carta cláusula, para

alguns, viabilizadora da extensão ocorrida. A de 1988, ao contrário das de 1967 e 1969, não reproduziu a referência "na forma da lei". Precisa, visando a evitar dúvidas, veio à balha com preceito categórico proibitivo da espécie de prisão – por dívida civil – exceto quanto aos dois casos suficientemente definidos. Assim, o mecanismo de proteção a alguns credores, como é o caso do fiduciário, por sinal conhecido do Direito Romano, ainda que revestido, formal e legalmente, da roupagem própria ao depósito, não subsiste, porquanto incompatível com os novos ares democráticos e liberais decorrentes da Carta de 1988. Repito que, envolvendo o dispositivo exceção à regra proibitiva de prisão por dívida civil, o termo depositário infiel, ao definir-lhe o alcance, há de merecer interpretação técnica e estrita, apegada ao instituto de direito civil que lhe dá causa, e este não está voltado à proteção deste ou daquele credor, mas o detentor do domínio de certo bem entregue em depósito, sempre a sugerir, em algum tempo e necessariamente, a devolução pelo depositário, o que não se verifica considerado o objeto da alienação fiduciária. O sistema de equiparações mostra-se de todo incabível. Acaba por afastar o caráter excepcionador da norma constitucional, fazendo-se em campo no qual o procedimento é inadmissível, isto é, no das exceções, estando em jogo a liberdade do cidadão assegurada constitucionalmente.

Ainda que se pudesse colocar em plano secundário os limites constitucionais, a afastarem, a mais não poder, a possibilidade de subsistir a garantia da satisfação do débito como meio coercitivo, no caso de alienação fiduciária, que é a prisão, tem-se que essa, no que decorre não da Carta Política da República, que para mim não a prevê, mas do Decreto-Lei nº 911/69 já não subsiste na ordem jurídica em vigor, porquanto o Brasil, mediante o Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao chamado Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. É certo que somente o fez cerca de vinte e dois anos após a formalização. Entrementes, a adoção mostrou-se linear, consignando o artigo primeiro do Decreto mediante o qual promulgou a citada Convenção que a mesma há de ser cumprida tão inteiramente como nela se contém. Ora, o inciso VII do artigo 7º revela que: "ninguém deve ser detido por

dívida". Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. Constata-se assim que a única exceção contemplada corre à conta de obrigação alimentar. A promulgação sem qualquer reserva atrai, necessariamente e no campo legal, a conclusão de que hoje somente subsiste uma hipótese de prisão por dívida civil, valendo notar a importância conferida pela Carta de 1988 aos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. A teor do disposto no § 2º do artigo 5º, tais documentos geram direitos e garantias individuais:

> "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

De qualquer forma, no magistério de FRANCISCO REZEK, veiculado em *Direito dos Tratados*, uma vez promulgada, a convenção passa a integrar a ordem jurídica em patamar equivalente ao da legislação ordinária. Assim, a nova disciplina da matéria, ocorrida a partir de 6 de novembro de 1992, implicou a derrogação do Decreto-Lei nº 911/69, no que se tinha como abrangente da prisão civil na hipótese de alienação fiduciária. O preceito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos limitador de prisão por dívida passou a viger com estrutura de legislação ordinária, suplantando, assim, enfoques em contrário, relativamente a essa última, até então em vigor.

A não se entender desta forma, assentar-se-á a convivência de dispositivos conflitantes: o primeiro, o do Decreto-Lei nº 911/69, relativo à possibilidade de chegar-se à prisão por dívida no caso de financiamento, simples financiamento, mediante alienação fiduciária, o segundo, em vigor a partir de 1992 e, portanto, posterior, contendo o limite exaustivo à citada prisão, jungindo-a apenas às obrigações de alimentar. A óptica discrepa da ordem jurídica em vigor. Reconhecida a igualação dos diplomas – tanto o Decreto-Lei quanto a Convenção estão no âmbito da legislação ordinária – forçoso é concluir que a última, disciplinando a matéria de forma contrária, resultou na revogação do primeiro.

Em síntese: hoje não mais subsiste o Decreto-Lei nº 966/69 na parte em que dispunha sobre a prisão civil quando não pagas as prestações ajustadas e ausente a devolução do bem por aquele que, a um só tempo, em mesclagem de qualificações, o adquiriu e o alienou ao credor fiduciário.

Quanto ao conteúdo do parecer da Procuradoria-Geral da República, encontro dificuldades em endossá-lo relativamente à fundamentação, muito embora chegue ao mesmo resultado que é o de afastar o ato de constrangimento, ou seja, a prisão do Paciente-devedor. É que a presunção fez-se no sentido do ordinário, do dia-a-dia, da postura padrão considerada a vida gregária. Assim, no tocante ao Código do Consumidor, somente posso presumir a observância respectiva, mesmo porque a sede própria para questionar a matéria não é a revelada pelo Supremo Tribunal Federal ao atuar por força de *habeas corpus*. O desrespeito ao que nele previsto consubstanciaria, se ocorrido, matéria de defesa passível de ser empolgada na ação proposta em face do inadimplemento do Paciente.

Registro, ainda, que em momento algum restou demonstrado haver o Consórcio anuído à transferência do bem a terceiro o que, sem dúvida, exigiria a alteração subjetiva do ajuste primitivo.

Por tais razões, concedo a ordem para afastar a possibilidade de o Paciente vir a ser preso em virtude da ação de depósito intentada a partir do contrato de alienação fiduciária firmado. (*Habeas Corpus* nº 72.131-1/RJ, julgado pelo Plenário em 23 de novembro de 1995, quando restou designado para redigir o acórdão o Ministro Moreira Alves)."

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro **Maurício Corrêa**: Sr. Presidente, peço vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio para entender que, no caso, cabe recurso extraordinário, pois na verdade, é o único procedimento de que dispõe o Ministério Público como titular da ação penal.

No caso específico, o Superior Tribunal de Justiça concedeu o *habeas corpus*, admitindo que não seria o caso de decretar-se a prisão civil, contrariando, como se sabe – ainda não estou entrando no mérito –, a jurisprudência predominante conhecida nesta Corte. Ora, o *Parquet*, sim, tem legitimidade para interpor recurso extraordinário para que o Supremo Tribunal Federal verifique se há ou não a ocorrência de violação ao dispositivo da Constituição suscitado.

O Sr. Ministro **Marco Aurélio** (Relator): A pergunta que faço é única: podemos, julgando o *habeas corpus*, chegar a uma sentença determinando a prisão?

O Sr. Ministro **Maurício Corrêa**: A meu ver, sim!

O Sr. Ministro **Néri da Silveira** (Presidente): Cassa-se a decisão que concedeu o *habeas corpus*, isto é, que mandou pôr em liberdade o paciente ou que determinou o trancamento da ação, para que se prossiga no feito.

O Sr. Ministro **Nelson Jobim:** V. Exa. tem razão, Ministro Maurício Corrêa. No caso, está-se substituindo o *habeas corpus* ao recurso; então, teríamos a seguinte hipótese: deixaríamos transitar em julgado a decisão de primeiro grau, interporíamos o *habeas corpus* para evitar exatamente o reconhecimento em grau de recurso.

Lamento, mas, no caso terei de rever meu voto, no sentido de não acompanhar o eminente Ministro Marco Aurélio, mas sim as considerações do eminente Ministro Maurício Corrêa.

VOTO

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: Sr. Presidente, ao que apreendi, de acórdão do Superior Tribunal de Justiça que concedeu a ordem de *habeas corpus*, o Ministério Público, na condição de *custos legis*, interpôs recurso extraordinário. Pergunta-se: teria o Ministério Público legitimidade para interpor esse recurso? Respondo, Sr. Presidente, positivamente. O *custos legis*, o fiscal da lei, que oficia no processo do *habeas corpus*, tem legitimidade para recorrer e poderá fazê-lo, ordinária ou extraordinariamente. No caso concreto, o recurso cabível é o extraordinário, dado que o ordinário constitucional somente é admissível da decisão denegatória do *habeas corpus*.

Com essas breves considerações, peço licença ao Sr. Ministro Relator para, afastado o óbice suscitado por S. Exa., conhecer do recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 250.917 – MG – Rel.: Min. Nelson Jobim. Recte.: Ministério Público Federal. Recdo.: Vivaldo Curi (Advs.: Francisco Lacerda de Almeida e outro).

Decisão: após o voto do Ministro Relator não conhecendo do recurso extraordinário, o julgamento foi adiado, em virtude de pedido de vista do Ministro Nelson Jobim.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto.

Brasília, 2 de dezembro de 1997 – Carlos Alberto Cantanhede, Secretário.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro **Nelson Jobim:** O Tribunal de Alçada indeferiu *Habeas* que tinha por objetivo evitar a prisão civil do paciente (fls. 72/77).

Impetraram outro *Habeas* perante o STJ.

Este deferiu o *Habeas* (fl. 197).

Julgou incabível "(...) a prisão civil do devedor-fiduciante, porquanto não estar ele equiparado ao depositário infiel" (fl. 197).

O Ministério Público interpôs Recurso Extraordinário (CF, art. 102, III, alíneas **a** e **b**; fls. 200/208).

O STJ admitiu o Recurso (fl. 213).

A PGR opinou pelo provimento do Recurso (fl. 222).

1. Voto do Relator

O Relator, quanto à preliminar, entende que o Recurso Extraordinário é inadequado (fl. 04 do voto).

A decisão concessiva da ordem de *Habeas*, no seu entender, é irrecorrível (fl. 04 do voto)

Entretanto, superada esta preliminar, no mérito vota pela impossibilidade da prisão civil do devedor fiduciário.

Citando precedentes seus, diz:

> "(...)
>
> Por tais razões, concedo a ordem para afastar a possibilidade de o Paciente vir a ser preso em virtude da ação de depósito intentada a partir de contrato de alienação fiduciária, firmado. (Habeas Corpus nº 72.131/RJ, julgado pelo Plenário em 23 de novembro de 1995, quando restou designado para redigir o acórdão o Ministro Moreira Alves. (Fl. 16 do voto).
>
> Examino."

2. A legitimidade do Ministério Público

O Ministério Público tem legitimidade para interpor Recurso contra sentença que concede *Habeas*.

Nesse sentido o entendimento da doutrina e da jurisprudência.

Na doutrina, leio ADA PELLEGRINI GRINOVER:

> "Legitimados para a interposição de tal recurso, em caso de **denegação**, serão o impetrante ou o próprio paciente, pelos motivos anteriormente apontados (v. *supra*, nº 236); na hipótese de concessão, tanto o coator, como o Ministério Público, como representante do interesse estatal na persecução, poderão recorrer." (*Recursos no Processo Penal* - p. 381).

Na jurisprudência, o Plenário deste Tribunal pacificou a matéria, ao julgar o RE 206.482 (**Maurício Corrêa**).

Leio:

> "(...)
> O Tribunal, por votação majoritária, reconheceu a plena legitimidade do Ministério Público Federal, para recorrer extraordinariamente contra acórdão concessivo de *habeas corpus*, (...)"

Passo a examinar a matéria de fundo.

3. A prisão civil do depositário infiel

É matéria igualmente pacificada nesta Corte.

No referido RE 206.482, o Plenário reconheceu a legitimidade constitucional da prisão civil do depositário infiel:

> "(...) o Tribunal, também por votação majoritária, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário, **reconhecendo** a plena legitimidade constitucional da prisão civil do depositário infiel, nos casos de alienação fiduciária em garantia, (...)"

Nesse mesmo sentido o Plenário já havia julgado o HC 72.131, Moreira Alves, em 23-11-95:

"(...)

'Esta Corte, por seu Plenário (HC 72.131/RJ, de23.11.1995) firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do art. 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derrogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel' (STF, 1ª T., HC 75.306-0/RJ, 19-8-1997, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 12-9-1997, p. 43715; e muitos mais: *Habeas Corpus* 74.381-1, *DJ* de 26-9-1997, p. 47476; 70.718-11; 74.739-6; 74.473-7; 70.718-1; Recursos Extraordinários 201.820-1; 199.782-6)." (*Prisão civil do depositário infiel, em face da derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de São José da Costa Rica* — PAULO RESTIFFE NETO e PAULO SÉRGIO RESTIFFE, pp. 39/40)

4. Voto Vista

Na linha dos precedentes, reconheço a adequação do Recurso e a legitimidade do Ministério Público para intentá-la.

No mérito, mantenho a orientação do Tribunal e reconheço a possibilidade da prisão civil do depositário infiel em decorrência de alienação fiduciária.

Conheço do recurso e dou provimento.

EXTRATO DA ATA

RE 250.917 — MG — Red. P/ o acórdão: Min. Nelson Jobim. Recte.: Ministério Público Federal. Recdo.: Vivaldo Curi (Advs.: Francisco Lacerda de Almeida e outro).

Decisão: Preliminarmente, por maioria, a Turma conheceu do recurso, vencido o Ministro Relator. Também por maioria, a Turma deu provimento ao recurso, vencido o Ministro Relator, que o desprovia. Redator para o acórdão o Ministro Nelson Jobim, 2ª Turma. 11-5-99.

Decisão: Por unanimidade, a Turma deliberou corrigir a proclamação da decisão no Recurso em *Habeas Corpus* nº 75.752, Relator originário o Ministro Marco Aurélio, Redator para o acórdão o Ministro Nelson Jobim, recorrente o Ministério Público Federal, recorrido Vivaldo Curi, para que conste o seguinte: Preliminarmente, por maioria, a Turma conheceu do recurso como extraordinário, vencido o Ministro Relator, que não conhecia do recurso. Também por maioria,

a Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, vencido o Ministro Relator, que dele não conhecia. Redator para o acórdão o Ministro Nelson Jobim.

Presidência do Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto.

Brasília, 29 de junho de 1999 – Carlos Alberto Cantanhede, Secretário.

***Agravo de Instrumento* N° 337.615 (AgRg) – SP**
(Segunda Turma)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Velloso*
Agravante: *Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP*
Agravado: *Condomínio Edifício Aeroporto I*

Constitucional. Recurso extraordinário. Sociedade de economia mista. Competência. Súmula 556-STF. CF, art. 170, § 1°, ou art. 170, § 1°, II, EC 19/98.

I – É competente a Justiça Comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista, cujo foro é o das empresas privadas e não o foro da Fazenda Pública. Súmula 556 - STF. CF, art. 173, § 1°, ou art. 173, § 1°, II, CF, com a EC 19/98.

II – Agravo não provido.

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 decisão unânime, negar provimento ao agravo regimental. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Brasília, 11 de dezembro de 2001 - **Néri da Silveira**, Presidente - **Carlos Velloso**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: Trata-se de agravo regimental da decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto da decisão denegatória do processamento de recurso extraordinário. O acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu pela competência da Justiça

Comum para julgar causa em que figure como parte sociedade de economia mista.

No recurso extraordinário sustenta-se ofensa ao artigo 173 da Constituição.

A decisão agravada negou seguimento ao recurso, dada a incidência, no caso, da Súmula 279-STF.

Alega a agravante que não se trata de discussão acerca de matéria fática, mas, sim, de evidente violação ao artigo 173 e seus parágrafos, em face da equivocada interpretação que lhe foi atribuída pelo acórdão. Afirma que "a atribuição de competência às Varas de Fazenda Pública para julgarem causas em que for parte sociedade de economia mista não configura privilégio concedido a tais entes, em detrimento das empresas privadas. Trata-se de mera norma de organização judiciária, que apenas leva em consideração a especialização do juízo, tendo em vista a natureza híbrida das sociedades de economia mista, e o interesse público que reveste as atividades que desempenham" (fl. 64)

Por essas razões, espera a reconsideração do agravo ou o seu provimento pela Eg. Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Carlos Velloso** (Relator): A agravante, numa sociedade de economia mista, sustenta que deve ser demandada no foro da Fazenda Pública.

O acórdão barrou-lhe a pretensão. Destaco do mesmo:

> "(...)
>
> De acordo com a Constituição da República, as sociedades de economia mista, bem como 'outras entidades que explorem atividade econômica' sujeitam-se *ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias* (artigo 173, § 1º), dispondo a seguir o parágrafo segundo que essas sociedades 'não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado'.
>
> É por isso que não tendo privilégios só poderão auferir prerrogativas administrativas, tributárias e processuais *que lhes forem concedidas especificamente por lei.*
>
> A título de exemplo é oportuno lembrar que as sociedades de economia mista não estão sujeitas à falência porque o artigo 242 a exclui desse sistema de execução, mas não haverá recurso necessário nos

processos em que se envolverem, nem prazos em dobro e outros benefícios próprios das entidades públicas.

Desta forma, não se justifica a outorga de privilégio no tocante à competência, pois não têm privilégios de ordem processual, reitere-se à vista dos preceitos constitucionais acima citados.

Sobre tais entidades torna-se oportuno trazer à colação os ensinamentos do Doutor M. T. DE CARVALHO BRITO, em sua alentada obra —*"Tratado das Sociedades de Economia Mista"* —, que no vol. II dessa obra destaca que: ' a opinião dominante no direito brasileiro é a que nega o privilégio de foro especial às sociedades de economia mista'. E o autor citado refere-se a acórdão do Colendo Supremo Tribunal Federal, cuja ementa assim dispõe: 'A sociedade de economia mista não tem foro especial, não havendo como aplicar-lhe o correspondente às autarquias' (cf. RE nº 25.589).

Remata o tratadista mencionado que, 'efetivamente, é incensurável esta decisão de nossa mais alta Corte de Justiça' (volume II, página 770).

Finalmente, é relevante destacar que a matéria sumulada, tanto no Colendo Supremo Tribunal Federal (Súmula 556) como no Egrégio Superior Tribunal de Justiça (Súmula 42).

Eis os enunciados dessas Súmulas — nº 556 do STF: 'É competente a Justiça Comum para julgar as causas em que é parte Sociedade de Economia Mista'; — nº 42 do STJ: 'Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte Sociedade de Economia Mista e os crimes praticados em seu detrimento'. (...)" (fls. 15/16).

Está-se a ver, portanto, que o acórdão recorrido assenta-se em Súmula do Supremo Tribunal Federal, que deu boa interpretação ao disposto no art. 173, § 1º, CF.

Na verdade, o foro das sociedades de economia mista é o foro das empresas privadas e não o foro da Fazenda Pública. É o que deflui do disposto no art. 173, § 1º, da Constituição Federal, ou art. 173, § 1º, II, CF, com a EC 19/98.

O acórdão recorrido, pois, deu boa interpretação à norma constitucional mencionada.

Nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA ATA

AG 337.615 (AgRg) – SP – Rel.: Min. Carlos Velloso. Agte.: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP (Advs.: Carlos José Elias Júnior e Nilo Daraya Pascoal e outros). Agdo.: Condomínio Edifício Aeroporto I (Advs.: Carlos Rosseto Júnior e outro).

Decisão: Por unanimidade, a Turma negou provimento ao agravo regimental. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello.

Presidência do Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Ministros Carlos Velloso, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. João Batista de Almeida.

Brasília, 11 de dezembro de 2001 – Antonio Neto Brasil, Coordenador.

***Agravo Regimental no Recurso Extraordinário* N° 234.010 – RJ**

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Velloso*
Agravante: *Maria de Lourdes da Silva*
Agravada: *Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU*

Constitucional. Administrativo. Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. CF, art. 37, § 6º.

I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, é abrandada ou excluída pela culpa da vítima.

II - No caso, o acórdão recorrido, com base na prova, que não se reexamina em sede de recurso extraordinário, concluiu pela culpa exclusiva da vítima.

III - Agravo não provido.

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 votação unânime, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Nelson Jobim.

Brasília, 25 de junho de 2002 - **Celso de Mello** , Presidente - **Carlos Velloso**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: Trata-se de *agravo regimental* interposto por *Maria de Lourdes da Silva* da decisão (fls. 67/69), que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto de acórdão que dera pela *ocorrência de culpa exclusiva da vítima em acidente* em estação ferroviária.

Sustenta a agravante, em síntese, a *existência de culpa concorrente da concessionária transportadora*, "ao permitir que o passageiro viajasse em local inadequado, deixando patente sua culpa *in vigilando* conseqüente do dever legal do transportador de levar o passageiro são e salvo a seu destino" (fl. 79), certo que a mesma tem a obrigação de exercer seu poder de polícia em todos os recintos da ferrovia, em especial os freqüentados pelo público, como estações e comboios, impedindo que os usuários cometam qualquer falta ou coloquem-se em situação de risco. Nesse sentido: Ag 145.622/RJ, Marco Aurélio, *DJ* de 3-5-93.

Requer, ao final, a reforma da decisão ora agravada, com o conseqüente provimento do recurso extraordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Carlos Velloso** (Relator): É deste teor a decisão agravada, ora sob exame:

> "(...)
> Assim equacionou a controvérsia o ilustre Subprocurador-Geral Paulo de Tarso Braz Lucas:
>
> '(...)
> **1.** Trata-se de recurso extraordinário (fls. 22/32) que Maria de Lourdes da Silva, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional e sob alegação de contrariedade ao art. 37, § 6º, da CF/88, formalizou em face do v. acórdão que se encontra reproduzido às fls. 12/14, pelo qual a 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro negou provimento à apelação da ora recorrente, assim decidindo pelas razões sintetizadas na seguinte ementa:
>
> '***Ação Sumária de Indenização. Acidente em estação ferroviária.*** Tendo o réu falecido em decorrência de queimaduras de 3º grau, nove dias após, é de concluir-se que não

podia estar no interior da composição, mas que viajava pelo lado de fora e em cima, por sua conta e risco.

Ocorrendo o acidente por culpa exclusiva da vítima, não cabe indenização da Companhia Ferroviária.

Sentença que se mantém.'

2. Embora processado por força de provimento de agravo de instrumento, na forma do art. 544, § § 3º e 4º, do CPC (v. r. despacho de fls. 57/59), o presente recurso extraordinário não merece prosperar. Uma vez assentado que tanto a Constituição atual como a anterior não adotaram a 'teoria do chamado risco integral' (RE nº 91.376-SC, Relator Exmo. Sr. Min. Xavier de Albuquerque, *DJ* de 14.09.79, *RTJ* 91/377) e definido que a última instância ordinária concluiu pela existência de culpa exclusiva da vítima, não resta outro caminho senão o do não conhecimento do recurso, nos exatos termos da Súmula 279-STF. Para indagar sobre ' insuficiência dos meios de transporte ou falta de fiscalização da regularidade deste', ou a aferir se a concessionária deixou 'de exercer o poder de polícia que lhe é inerente', seria necessário, sim, que esse Colendo Tribunal procedesse a reexame de provas, o que contraria frontalmente a referida súmula.

3. Nesse sentido, confira-se, independentemente de maiores considerações, o aresto prolatado no RE nº 120.924-1-SP (Relator Exmo. Sr. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, *DJ* de 27.08.93), com ementa do seguinte teor:

'—***Responsabilidade objetiva do Estado. Ocorrência de culpa exclusiva da vítima.***

—Esta Corte tem admitido que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público seja reduzida ou excluída conforme haja culpa concorrente do particular ou tenha sido este o exclusivo culpado (Ag. 113.722-3-AgRg e RE 113.587).

— No caso, tendo o acórdão recorrido, com base na análise dos elementos probatórios cujo reexame não é admissível em recurso extraordinário, decidido que ocorreu culpa exclusiva da vítima, inexistente a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público, pois foi a vítima que deu causa ao infortúnio, o que afasta, sem dúvida, o nexo de causalidade entre a ação e a omissão e o dano, no tocante ao ora recorrido.

Recurso extraordinário não conhecido.'

4. Aliás, essa mesma orientação foi recentemente adotada em caso idêntico ao presente (RE nº 209.137-5-RJ, Relator Exmo. Sr. Min. Moreira Alves, *DJ* de 05.02.99), em que também foi recorrida a Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU.

5. Pelo exposto, somos pelo não conhecimento do presente recurso extraordinário.

(...)' (Fls. 64/65)

Autos conclusos em 19-6-2001.

Decido.

Correto o parecer, que adoto. Em conseqüência, nego seguimento ao recurso (arts. 557, *caput*, do *CPC*, 38 da Lei 8.038/90 e 21, § 1º, do *RI/STF*)." (Fls. 67/69).

A decisão é de ser mantida, porque assentada na jurisprudência da Casa. Na verdade, tanto a *Constituição* pretérita, quanto a *Constituição de 1988*, não adotaram a teoria do risco integral. Reporto-me, no ponto, ao decidido no RE 179.147/SP, por mim relatado, cujo acórdão porta a seguinte ementa:

"EMENTA: ***Constitucional. Administrativo. Civil. Dano moral. Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Ato omissivo do Poder Público: morte de presidiário por outro presidiário: responsabilidade subjetiva: culpa publicizada: Faute de Service. CF, art. 37, § 6º.***

I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado

prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa.

II - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

III - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses.

IV - Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da *faute de service*.

V - RE não conhecido."

Esclareça-se, ademais, que a conclusão do acórdão, pela culpa exclusiva da vítima, assentou-se na prova, cujo reexame não é possível em sede de recurso extraordinário.

Nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA ATA

Re 234.010 - AgR/RJ — Rel.: Ministro. Carlos Velloso. Agravante.: Maria de Lourdes da Silva (Advogados: Pedro Paulo Antunes de Siqueira e outros). Agravada: Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU (Advogados: Paulo Moisés Carvalho Pessanha e outros).

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo , nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Nelson Jobim.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Carlos Velloso, Maurício Corrêa e Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Nelson Jobim. Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Brasília, 25 de junho de 2002 — Antonio Neto Brasil, Coordenador.

Habeas Corpus n. 18.745 – ES
(Registro n. 2001.0125592-3)

Relator: *Ministro Jorge Scartezzini*
Impetrante: *Luiz Carlos Mathias Soares*
Impetrada: *Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo*
Paciente: *Marcos Antônio Barbosa (preso)*

EMENTA: ***Penal e Processual Penal – Homicídio qualificado – Pronúncia – Exclusão de qualificadoras – Impossibilidade.***

– Conforme entendimento desta Corte, as qualificadoras do homicídio só devem ser rejeitadas, na pronúncia, quando manifestamente improcedentes. Havendo indícios da imputação, devem ser mantidas.

– Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em denegar a ordem. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, Felix Fischer e Gilson Dipp. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 7 de março de 2002 (data do julgamento). Ministro Felix Fischer, Presidente. Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no *DJ* de 2. 9. 2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Jorge Scartezzini**: Trata-se de *habeas corpus*, impetrado por *Luiz Carlos Mathias Soares*, em benefício de *Marcos Antônio Barbosa*, contra o v. acórdão proferido pela egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que, à unanimidade, denegou a ordem ali impetrada, nos termos da seguinte ementa (fl. 5), *verbis*:

> *"Habeas corpus.* ***Pronúncia. Qualificadoras. Fundamentação. Linguagem compatível com o momento processual. Custódia cautelar. Necessidade de se manter a medida. Denegação da ordem.***

Ao juiz-pronunciante cabe, no momento da decisão, ater-se a uma linguagem comedida sob pena de invadir indevidamente a competência do juiz natural da causa, qual seja, o Conselho de Sentença. Essa sobriedade é perfeitamente válida, também, no que concerne às qualificadoras imputadas na denúncia, de sorte que basta, para tanto, que o magistrado se convença da existência do crime qualificado e de indícios suficiente de autoria, sem adentrar em pormenores, para tornar a sentença plenamente válida.

Presentes os motivos da manutenção da custódia cautelar, deve o Réu ser mantido na prisão que se encontra, *ex vi* do art. 408, § 1°, do Código de Processo Penal.

Ordem denegada, à unanimidade."

Consta dos autos que o Paciente foi denunciado como incurso no *art. 121, § 2°, II e IV, c.c. art. 14, inciso II, duas vezes, ambos do Código Penal*, porque, após uma discussão entre a sua esposa e a vítima, envolvendo seus respectivos filhos, com 10 e 5 anos de idade, efetuou cinco disparos contra a vítima, logrando atingi-lo por três vezes, deixando-o paraplégico, atingindo também outra pessoa por duas vezes.

Devidamente processado, o Paciente foi pronunciado. Inconformada com a r. sentença de pronúncia, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal *a quo*. A ordem restou denegada nos termos supramencionados.

Daí, o presente *writ*, no qual o Impetrante pleiteia a exclusão das qualificadoras consideradas na pronúncia, bem como a revogação da prisão preventiva do Paciente.

Liminar indeferida à fl. 79.

Sem pedido de informações.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer, às fls. 81/88, opina pela denegação da ordem, sob o fundamento de que, sendo a pronúncia mero juízo de admissibilidade, na dúvida acerca da ocorrência ou não das qualificadoras, o magistrado deve pronunciar o Réu. Por outro lado, salienta a necessidade da prisão processual.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Jorge Scartezzini** (Relator): Sr. Presidente, como relatado, o Impetrante pretende, com o presente *writ*, a exclusão das qualificadoras

consideradas na pronúncia, sob o argumento de ausência de fundamentação, bem como a revogação da prisão preventiva.

É cediço que a decisão de pronúncia encerra conteúdo meramente declaratório (*v.g.* JOSÉ FREDERICO MARQUES, **in** *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. III, p. 723, e ADRIANO MARREY, ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO, **in** *Teoria e Prática do Júri*, 6ª ed., pp. 218/219, *entre outros*). Assim sendo, cabe ao magistrado utilizar-se de prudência, evitando manifestação própria quanto ao mérito da acusação, restringindo-se, somente, à verificação de admissibilidade. Sob essa ótica, tem-se que as qualificadoras só poderão ser excluídas em casos excepcionalíssimos, quando, de forma incontroversa, mostrarem-se totalmente improcedentes ou infundadas.

Neste diapasão, é firme a jurisprudência desta Corte, da qual permito-me destacar:

> ***"Penal e Processual Penal. Homicídio qualificado. Júri. Exclusão da qualificadora.***
>
> I - As qualificadoras do homicídio só devem ser rejeitadas, na pronúncia, quando manifestamente improcedentes (precedentes). Havendo indícios da imputação, é de se manter a qualificadora no *iudicium accusationis*.
>
> II - No caso de dúvida, em fase de pronúncia, esta corre em desfavor do réu por força do princípio do *in dubio pro societate*.
>
> Ordem denegada." (HC n. 16.273 - PR, rel. Ministro Felix Fischer, *DJ* de 29.10.2001).

Destarte, na dúvida, a qualificadora deve ser incluída na pronúncia, o que, acertadamente, fez o magistrado de 1º grau.

De outro lado, o pedido de revogação da prisão preventiva já foi objeto de exame por esta Corte, quando do julgamento do **HC n. 15.498 - ES**, de *minha relatoria*. Na oportunidade salientei:

> "Compulsando os autos, observo que o acusado permaneceu sob cárcere durante toda a instrução criminal.
>
> Na pronúncia, o magistrado local manteve a constrição do acusado, sob o fundamento de que persistiam os motivos que fundamentaram o decreto de prisão preventiva, salientando sua permanência em cárcere durante toda a instrução criminal. O r. *decisum* censurado foi proferido, na parte que interessa, nos seguintes termos:

'Mantenho o acusado preso face à sua periculosidade e no resguardo da própria sociedade, recomendando-o na cadeia onde se encontra.'

Esta Corte, reiteradamente, tem proclamado que, *inexistindo fato novo a ensejar a soltura do réu, tem-se como desnecessária a fundamentação, na oportunidade da pronúncia, para que seja mantida a custódia de quem já se encontrava preso durante a instrução. Esse é o caso dos autos*: o acusado foi preso preventivamente pela prática de homicídio qualificado, tendo assim permanecido até a sentença de pronúncia, que manteve a sua prisão, sem que qualquer fato novo viesse abonar a conduta do Réu.

Outrossim, a primariedade e a ausência de antecedentes criminais são circunstâncias que, isoladamente, não inviabilizam a manutenção da custódia, se há outros elementos que a recomendem.

Nessa esteira, à guisa de ilustração, destaco os seguintes precedentes:

> *'Habeas corpus* ***substitutivo de recurso ordinário. Tentativa de homicídio qualificado. Réu que permaneceu preso preventivamente no curso da instrução criminal. Pronúncia. Manutenção da custódia. Excesso de linguagem. Inocorrência.***
>
> Inexistindo fato a ensejar a soltura do réu, tem-se como desnecessária nova fundamentação, quando da pronúncia, para que seja mantida a custódia de quem já se encontrava preso durante a instrução. Não obstante, a segregação cautelar do paciente foi mantida fundamentadamente, tendo o magistrado assinalado a subsistência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar.
>
> Primariedade, bons antecedentes e ocupação lícita. Circunstâncias que, isoladamente, não inviabilizam a custódia preventiva, quando fundada nos requisitos do artigo 312 do CPP.
>
> Decisão de pronúncia que não padece do alegado excesso de linguagem, tendo o juiz-prolator apenas dado os motivos de seu convencimento para pronunciar o réu, nos termos

do art. 408 do CPP, e do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Ordem denegada' (HC n. 12.830 - SP, rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 9.10.2000).

'***Processual Penal. RHC. Prisão preventiva. Falta de fundamentação. Inexistência. Ordem pública. Pronúncia. Crime hediondo.***

1. Não há falar em insubsistência do decreto de prisão preventiva, tendo sido demonstrados, inclusive, a materialidade do delito e indícios de autoria. Além do mais, não traz a impetração nenhum fundamento capaz de ensejar a revogação ou anulação da medida constritória.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de modo uniforme, inclina-se no sentido de que não há maltrato à presunção de inocência e nem representa ilegal constrangimento, a recomendação na prisão em que se achar o acusado, pela sentença de pronúncia, uma vez subsistentes os motivos e fundamentos ensejadores do decreto de preventiva, com apoio na manutenção da ordem pública, em face do clamor geral, representado pela gravidade do delito, além de tratar a espécie de crime hediondo, insusceptível, em princípio, de liberdade provisória. A manutenção da custódia nestas circunstâncias visa, sobretudo, impedir ou mesmo desestimular a prática de novos crimes.

3. A circunstância de se encontrar o réu preso preventivamente, mediante decisão fundamentada e, nesta condição, haver se desenrolado todo o sumário de culpa, recomenda, salvo a ocorrência de fato novo modificativo da situação, a manutenção da medida restritiva de liberdade, **ut** § 1º do art. 408 do Código de Processo Penal.

4. RHC improvido.' (*RHC* n. 10.008 - RN, rel. Ministro Fernando Gonçalves, *DJU* de 21.8.2000)."

Por tais fundamentos, *denego a ordem*.

É como voto.

Habeas Corpus n. 19.316 – GO
(Registro n. 2001.0164814-2)

Relator: *Ministro Edson Vidigal*
Impetrante: *Gilmair José de Souza e outro*
Advogado: *Orcalino Batista de Queiroz*
Impetrada: *Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás*
Pacientes: *Gilmair José de Souza e Vando Teixeira Rodrigues (presos)*

EMENTA: *Habeas corpus – **Quadrilha fortemente armada – Roubo de Caminhão – Excesso de Prazo – Princípio da razoabilidade***

1. Dentro do princípio da razoabilidade, não configura constrangimento ilegal o excesso de prazo provocado por fatores decorrentes da complexidade do caso, onde interrogatórios e inquirição de testemunhas são realizados mediante carta precatória.

2. *Habeas corpus* conhecido, pedido indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em denegar a ordem. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 5 de março de 2002 (data do julgamento). Ministro Felix Fischer, Presidente. Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no *DJ* de 15. 4. 2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Edson Vidigal:** Apontados como possíveis partícipes do roubo de dois caminhões carregados de medicamentos, Gilmair José de Souza e Vando Teixeira Rodrigues foram presos em 29.6.2001 e 3.7.2001, respectivamente.

Sob a alegação de excesso de prazo na formação, foi impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça de Goiás.

A ordem foi negada, ficando assim ementada a decisão:

"*Habeas corpus*. ***Negativa de autoria. Prova. Valoração. Incompatibilidade. Prisão preventiva. Pressupostos. Atributos pessoais. Liberdade desautorizada.***

I - A sede da ação mandamental não comporta análise valorativa da prova da autoria que, até por garantia aos direitos constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, deve ser produzida e amplamente discutidos na ação de conhecimento, sob o crivo do contraditório.

II - Atributos pessoais do paciente não bastam, por si só, para a concessão da liberdade provisória, se persistem os motivos que autorizaram a edição do ato de segregação cautelar.

III - Ordem denegada."

Daí a impetração deste novo *writ*, em substituição ao recurso ordinário próprio, onde se reitera a reclamação de excesso de prazo na instrução criminal.

Informações prestadas às fls. 38/51.

Manifesta-se o Ministério Público pelo indeferimento do pedido (fls. 53/56).

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro **Edson Vidigal** (Relator): Sr. Presidente, em razão da complexidade da trama que se busca esclarecer - uma quadrilha para a realização de roubos, fortemente armada -, a instrução do processo é efetivamente complicada.

Assim consignou o Tribunal de Justiça de Goiás, ao negar a ordem (fls. 42/44):

"Ocorre que as circunstâncias que envolvem a instrução justificam a dilação do feito quando, além de apreciar matéria complexa relativa a delitos graves (formação de bando ou quadrilha armada e roubo duplamente qualificado), envolve multiplicidade de réus (oito, no caso), a maioria detida em comarca distinta, exigindo-se a expedição de carta precatória para a citação e interrogatório, ato processual que, não cumprido, não autoriza o início da instrução criminal.

(...) Não bastasse isso, revela o decreto de prisão

preventiva (fls. 56/60) que os Pacientes são considerados de alta periculosidade e os crimes que praticaram em concurso com seis outras pessoas, dentre elas, policiais militares, são graves e foram cometidos com audácia desmedida e com uso de forte armamento de grosso calibre, inclusive AR-5. Em veículos roubados, tomaram de assalto caminhões de carga de medicamentos e artigos de perfumaria e, desde o desbaratamento da quadrilha, a comunidade da cidade e adjacências vive sobressaltada até mesmo em razão das manobras procrastinatórias dos indiciados durante a fase inquisitorial, que tudo fizeram para destruir provas e evitar a identificação de outros envolvidos, tudo com o propósito de obstar a futura instrução criminal, pelo que deve a prisão ser mantida 'presentes materialidade e indício da autoria, lastreado pela periculosidade do agente, uma das situações passíveis de sua imposição' (TJGO, Segunda Câmara Criminal, *Habeas corpus* n. 13.817-9/217), sendo impossível a liberdade provisória quando 'presente algum dos motivos que justificam a prisão preventiva'." (TJGO, Segunda Câmara Criminal, *Habeas corpus* n. 14.156-0/217).

Por conseguinte, tendo em vista o princípio da razoabilidade, não obstante os Pacientes estarem sob custódia por mais de sete meses, entendo que a demora na instrução encontra-se devidamente justificada, face à própria complexidade do processo, com vários réus e com a necessidade de expedição de carta precatória para a realização de interrogatórios, bem assim para a oitiva de testemunhas.

Nesse sentido:

> "***Processual Penal. Roubo e extorsão. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Descabimento.*** *Habeas corpus.* ***Constrangimento ilegal. Inexistência. Excesso de prazo. Razoabilidade.***
>
> (...)
>
> — A construção jurisprudencial que estabeleceu o prazo de 81 dias para a formação do sumário de culpa na hipótese de réu submetido à prisão processual, deve ser concebida sem rigor, sendo admissível o excesso de tempo em circunstância razoavelmente justificadas.
>
> — Recurso ordinário desprovido." (*RHC* n. 8.377-SP, rel. Min. Vicente Leal, *DJ* de 10.5.1999).

> "***Processual Penal.*** *Habeas corpus* ***substitutivo de recurso ordinário. Excesso de prazo justificado. Processo complexo.***
>
> I - É de se entender razoável o excesso de prazo, em feito complexo, com diversos réus, se as testemunhas, até da defesa, são ouvidas por precatória (...)." (*HC* n. 7.274-MS, rel. Min. Felix Fischer, *DJ* de 17.8.1998).

Assim, conheço do *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário, mas indefiro o pedido.

É o voto.

Habeas Corpus n. 22.858 – SP
(Registro n. 2002.0068955-3)

Relator: *Ministro Paulo Gallotti*
Impetrante: *Renato Isnard Khair (Defensor Público)*
Impetrada: *Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado do São Paulo*
Pacientes: *C. S. dos S. (internado) e Carlos Silva dos Santos*

> EMENTA: ***Habeas corpus – Medida sócio-educativa de internação – Ato infracional equivalente ao delito de porte ilegal de arma – Pedido de progressão para liberdade assistida denegado – Decisão fundamentada – Exame de matéria probatória inviável na via estreita do writ.***
>
> **1.** Resta devidamente fundamentada a decisão que denegou ao paciente, autor do ato infracional equivalente ao delito de porte ilegal de arma, o direito de progressão da medida de internação para a de liberdade assistida, já que aquela é que ainda melhor se ajusta à situação do menor, dada a necessidade de sua completa recuperação, tendo sido aplicada à vista do cometimento anterior de atos infracionais equiparados ao crime de roubo.
>
> **2.** *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 15 de outubro de 2002 (data do julgamento). Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no *DJ* de 9. 12. 2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Paulo Gallotti**: Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pelo Doutor Renato Khair, Procurador do Estado de São Paulo, em favor de Carlos Silva dos Santos, contra acórdão do Tribunal de Justiça que denegou o *writ* ali formulado.

O Paciente cumpre medida sócio-educativa de internação resultante da prática do ato infracional equivalente ao delito de porte ilegal de arma, sendo-lhe negado o pedido de progressão para o regime de liberdade assistida.

Sustenta a impetração a nulidade dessa decisão, "uma vez que não respeitou os princípios da excepcionalidade e proporcionalidade das penas e medidas sócio-educativas e muito menos o princípio constitucional da brevidade, previsto no artigo 227 da Constituição Federal".

Indeferida a liminar e prestadas as informações de estilo, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Paulo Gallotti** (Relator): A ordem não deve ser concedida.

O acórdão hostilizado restou devidamente fundamentado quanto à impossibilidade, por ora, da progressão para o regime de liberdade assistida, já que a internação do Paciente é a medida que melhor se adapta à espécie, dada a necessidade de sua recuperação, tendo sido aplicada à vista do cometimento anterior de outros atos infracionais, não havendo a internação ultrapassado ainda o prazo legal de 3 anos.

Veja-se, no que interessa, o provimento atacado:

> "Consta dos autos que o Paciente foi institucionalizado em agosto de 2000 em razão da prática de ato infracional correspondente ao crime de porte ilegal de arma. Anteriormente já cumprira medidas sócio-educativas de internação e liberdade assistida em decorrência do cometimento de outras infrações graves, ambas equivalentes ao delito de roubo.
>
> Após ser submetido à avaliação pelos técnicos da Febem e receber parecer favorável à sua progressão ao regime aberto (fls. 66/71), teve o adolescente negado esse

benefício, por considerar o julgador, com apoio em relatórios da equipe técnica do Juízo (fls. 63/65), que o processo de ressocialização ainda está em curso, sendo prematuro o retorno do Paciente ao convívio social.

Não obstante o esforço do Impetrante, não se vislumbra qualquer ilegalidade nos autos que autorize o deferimento da ordem.

Com efeito, o art. 121, § 3°, do Estatuto da Criança e do Adolescente, autoriza a custódia do adolescente por até três anos. No caso dos autos, o Paciente está institucionalizado há quase dois anos, pelo que não se pode falar em ofensa à ordem legal. Ademais, a natureza dos atos infracionais praticados recomenda melhor observância do infrator antes de seu retorno ao convívio social.

Sob esse prisma, importante a transcrição de parte da decisão que optou por postergar temporariamente a liberação do Paciente:

> 'Observo que o jovem, por duas vezes, já esteve internado na Febem com posterior inserção em medidas de liberdade assistida. Voltou a infracionar. Os relatórios da equipe do Juízo são preocupantes. É certo que noticia-se que hoje a genitora do jovem está recebendo acompanhamento pela Fundação Criança em São Bernardo do Campo-SP. Contudo, a situação é complicada. Aponta-se falta de crítica, impulsividade e agressividade, baixa tolerância a frustrações e imediatismo. Relatam os autos que o jovem teria se envolvido em rebeliões com enquadramento de funcionários, sendo autor de atos de indisciplina, liderança negativa e agressões.' (fl. 72).

Desta forma, inexiste o alegado constrangimento ilegal, porque o indeferimento do benefício deu-se em procedimento que obedeceu aos trâmites legais, ausente qualquer vício formal que pudesse inquinar sua validade e contra o qual era cabível a interposição de recurso.

Por essa razão, somente pela via procedimental própria a matéria posta aqui em debate poderá ser reexaminada, não sendo viável a utilização do *habeas*

corpus como sucedâneo desta, uma vez que inviável, nos limites estreitos do remédio heróico, travar análise aprofundada a respeito dos fatos e provas do processo, com vista à alteração das conclusões do julgado atacado." (fls. 6/8).

Nada há a acrescentar, impondo-se ressaltar apenas a circunstância de não ser viável em *habeas corpus* um exame mais aprofundado do que operado no acórdão atacado.

Diante do exposto, denego o *habeas corpus*.

É como voto.

Recurso Especial n. 357.083 – MT
(Registro n. 2001.0127994-4)

Relator: *Ministro Felix Fischer*
Recorrente: *Ministério Público Federal*
Recorrido: *Marcelo Baldissera*
Advogados: *Mirelle Neme Buzalaf e outro*

EMENTA: ***Penal e Processual Penal – Recurso especial – Sursis processual – Concurso de crimes – Súmula n. 243-STJ.***

I - No art. 89 da Lei n. 9.099/1995, ao contrário do contido no art. 119 do CP, verifica-se a *existência de mérito*, no liminar da *persecutio criminis*, para a concessão do *sursis* processual. Não se pode, outrossim, equiparar a prática de um crime com a de vários. *Por outro lado*, no caso da apuração do prazo prescricional, a majorante do crime continuado (ou do concurso formal) é extirpada sob pena de, *por incoerência*, a contagem no concurso material se tornar, aí, benéfica, situação esta que não guarda a menor semelhança com a do art. 89 da Lei n. 9.099/1995.

II - Incidência da *Súmula n. 243-STJ*.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 14 de maio de 2002 (data do julgamento). Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no *DJ* de 10. 6. 2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Felix Fischer**: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Parquet* com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da *Lex Fundamentalis* contra v. julgado do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região em sede de *sursis* processual (art. 89 da Lei n. 9.099/1995). O retrospecto está delineado às fls. 350/352, *in verbis*: "Os autos dão conta de que o Recorrido foi denunciado como incurso nas penas do art. 304 do CP, em concurso material, e, por ocasião do recebimento da exordial, requereu a aplicação do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, sendo o pedido indeferido pelo MM. Juiz Federal substituto da 3ª Vara da Seção Judiciária-MT, sob o fundamento de ser o benefício incompatível com o concurso material. Diante disso, os autos dão ciência de que foi impetrado *habeas corpus*, em favor do Recorrido, embasado nos seguintes argumentos:

a) que o requisito objetivo do *sursis* processual consistente na obrigatoriedade de que a pena mínima cominada ao delito seja igual ou inferior a um ano, deve ser averiguado em relação a cada incidência criminosa, aplicando-se analogicamente o art. 119 do CP, para desconsiderar o cúmulo decorrente do concurso material;

b) que possuindo o *sursis* processual o *status* de direito subjetivo do acusado, sua inaplicação, quando presentes os requisitos objetivos e subjetivos, constituir-se-ia em coação ilegal ao acusado.

O v. acórdão, ao julgar o *writ*, concedeu a ordem, restando assim ementado (fl. 288):

> '***Penal e Processual Penal.*** *Sursis* ***processual. Concurso de delitos.***
>
> **1.** Para fins de suspensão condicional do processo (*sursis* processual), à luz do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, a pena mínima em abstrato deve ser considerada em relação ao crime isolado, sem eventuais aumentos, por força do concurso material ou do crime continuado (arts. 69 e 71, Código Penal).
>
> **2.** Ordem de *habeas corpus* que se concede.'

Nas razões especiais, alega o ilustre representante do *Parquet* Federal violação ao art. 89 da Lei n. 9.099/1995, bem como divergência jurisprudencial.

Sobre a ofensa ao aludido dispositivo legal, o ilustre Procurador Regional da República discorre sobre a natureza jurídica do instituto em tela, expondo, nesse sentido, que caberia ao nobre colegiado, tão-somente, determinar que o

Ministério Público se manifestasse sobre a possibilidade de suspensão do processo, e não impor-lhe a formulação da proposta respectiva, defendendo que a palavra final sobre a possibilidade da aplicação do *sursis* processual sempre caberá ao órgão ministerial, e não ao Magistrado.

Além disso, defende, também, que o instituto em apreço é *faculdade processual* concedida ao *Parquet* e não direito subjetivo do acusado, apontando que o próprio dispositivo legal traz em seu texto a expressão poderá, que sugere faculdade e não obrigação.

Expõe, ainda, que o *ius accusationis*, segundo disposição constitucional expressa, é função do *Parquet*, ente que, na qualidade de *dominus litis*, é o único habilitado a dispor do direito de ação na seara criminal, trazendo doutrina a esse respeito.

Conclui, assim, que, em se tratando de discordância entre Promotor de Justiça e Juiz, acerca da aplicação do *sursis* processual, a questão resolver-se-ia pela aplicação analógica do art. 28 do CPP, segundo entendimento do STF.

Defende, ainda, que o v. acórdão violou também o art. 89 da Lei n. 9.099/1995, ao aplicar a suspensão condicional do processo em hipótese de concurso material de crimes, em que o somatório das penas mínimas cominadas ultrapassa de um ano.

Defende, também, que o direito subjetivo ao aludido benefício encontra-se especificado pelo art. 77 da Lei n. 9.099/1995, no qual exige que as condições pessoais do acusado sejam favoráveis, ou seja, possua bons antecedentes, culpabilidade diminuta, conduta social adequada e personalidade sadia. Aponta que o acusado não detém essas condições, antes, "a reiteração da prática criminosa, seja ela entendida como concurso de crimes ou crime continuado, denota que a delinqüência não é meramente eventual, sugerindo maus antecedentes, culpabilidade acentuada e conduta social voltada para o crime" (fl. 316).

Registra, ainda, que 'o instituto em tela somente se aplica em relação aos crimes de menor potencial ofensivo, característica ausente quando a atividade criminosa não se exaure num único delito, prolongando-se em razão de concurso material ou continuidade delitiva' (fls. 316/317).

Sobre a divergência, o Recorrente traz em confronto ao v. aresto impugnado, os seguintes acórdãos, da egrégia Quinta Turma do STJ: *RMS n. 8.719-MG* - que, diversamente do acórdão impugnado, entendeu que a suspensão condicional do processo não pode ser aplicada *ex officio* pelo Magistrado, sendo necessária a concordância do representante ministerial, havendo, ainda, no caso do HC, a determinação da aplicação analógica do art. 28 do CPP, para que a decisão final sobre o assunto ficasse a cargo da Procuradoria-Geral de Justiça, no sentido de preservar a unidade da instituição do Ministério Público –, e *HC n. 7.584-SP* - que, por unanimidade, decidiu pela inaplicação do *sursis* processual, em caso de concurso material".

Sem contra-razões.

O recurso foi admitido no provisório juízo de prelibação do egrégio Tribunal *a quo*.

O parecer da douta Subprocuradoria Geral da República é pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Felix Fischer** (Relator): O recurso merece ser acolhido. De início, o v. acórdão increpado diverge do entendimento por ora pacificado tanto no Pretório Excelso como nesta Corte no sentido de que a divergência quanto ao oferecimento do *sursis* processual deve ser, inicialmente, solucionado através do mecanismo do *art. 28 do CPP* (tal como no recurso de aditamento, onde, também, não há previsão legal expressa).

Para que possa ocorrer a suspensão condicional do processo, é básico que estejam preenchidos os requisitos do *art. 89 da Lei n. 9.099/1995*. E, em assim sendo, *as majorantes* (circunstâncias legais de aumento da pena) devem ser computadas. *Primeiro*, não há que se confundir ou mesclar a hipótese aventada com aquela prevista no *art. 119 do Código Penal*. *Nesta*, por óbvio, a *prescrição* se mede por delito, sob pena de tornar o concurso material, *ad absurdum*, mais benéfico que o crime continuado; *naquela, da suspensão*, o raciocínio não se aplica, dada a diversidade dos fundamentos, ou seja, o benefício legal já existe pela majorante (crime continuado, suscitado em 2º grau), evitando o concurso material, e, portanto, o desdobramento careceria de sentido. Seria um duplo benefício. Um *bis in idem* destituído de conteúdo jurídico e axiológico. No art. 89 da Lei n. 9.099/1995, ao contrário do conteúdo do art. 119 do CP, a valoração se dá em razão de *mérito*. *Segundo*, se a pena mínima é superior a um ano, então, o caso não se ajusta ao disposto no art. 89. *Terceiro, ad argumentandum*, se os delitos *considerados* como em continuação delitiva estivessem sendo apurados em comarcas ou varas distintas, o oferecimento da suspensão encontraria óbice no *caput* do art. 89 (cf. *STF, HC* n. 73.793-5, rel. Ministro Maurício Corrêa, *DJU* de 20.9.1996, p. 34.536; *STJ, RHC* n. 5.571-RS, rel. Ministro Edson Vidigal, *DJU* de 25.11.1996, p. 46.212). Pelo menos, este é o texto legal. Além do mais, não poderia o mero efeito da unidade do processo ditar a possibilidade da suspensão. *Quarto*, a carga de reprovação - ainda que, repetindo, provisória - em relação a um injusto não pode ser nivelada com a de dois ou mais. Seria igualar o que - em qualquer grau de conhecimento - é desigual. *É o mesmo que asseverar que "tanto faz" um como vinte crimes*. O escape, por outro lado, para as condições subjetivas, *data venia*, é propiciar uma incerteza denotativa que acarreta situações totalmente alheias ao controle judicial.

A questão jurídica tem precedentes nesta Corte, conforme se vê:

"Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Lei n. 9.099/1995. Suspensão condicional do processo. Majorante (crime continuado).

I - Para verificação dos requisitos da suspensão condicional do processo (art. 89), a majorante do crime continuado deve ser computada.

II - A eventual divergência entre o agente do *Parquet* e o órgão julgador, acerca do oferecimento da suspensão se resolve, analogicamente, com o mecanismo do art. 28 do CPP.

Precedentes.

Recurso desprovido." (RHC n. 7.779-SP, Quinta Turma, *DJU* de 13.10.1998).

"Processual Penal. Recurso Especial. Homicídio culposo. Denúncia. Suspensão do processo. Lei n. 9.099/1995 (art. 89). Pena mínima cominada. Concurso de crimes.

– A expressão pena mínima cominada não superior a um ano, requisito necessário para a concessão do *sursis* processual, deve ser compreendida de modo restrito, sendo inadmissível o favor legal na hipótese de concurso de delitos, em que o somatório das penas mínimas ultrapassa o citado limite.

– Recurso especial conhecido e provido." (REsp n. 185.798-SP, Sexta Turma, rel. Min. Vicente Leal, *DJU* de 15.5.2000).

"RHC. Penal e Processual Penal. Prisão preventiva. Nulidade por carência de fundamentação. Alegação prejudicada. Lei n. 9.099/1995. Art. 89. Suspensão condicional do processo. Concurso de crimes. Soma das penas mínimas superior a um ano. Impossibilidade de aplicação do benefício legal.

Superada a alegação de nulidade do decreto de prisão preventiva ante o encerramento da instrução criminal, sendo certo que, em caso de sentença condenatória, o Magistrado forçosamente reavaliará a conveniência da manutenção da prisão, permitindo, ou não, que os réus apelem em liberdade.

'Afasta-se da esfera de aplicação da suspensão condicional do processo os crimes com pena mínima não

superior a um ano, mas cometidos em concurso formal, material ou em continuidade delitiva, se a soma das penas mínimas cominadas a cada delito ultrapassar aquele *quantum*.' (EREsp n. 164.847-SP, rel. Min. José Arnaldo, *DJ* de 29.11.1999).

Recurso conhecido, mas desprovido." (*RHC* n. 9.090-RJ, Quinta Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 10.4.2000).

"***Processual Penal. Crimes funcionais. Notificação prévia (CPP, art. 514). Ausência. Nulidade relativa. Suspensão do processo (Lei n. 9.099/1995, art. 89). Concurso de crimes. Impossibilidade. Dosimetria da pena. Fundamentação.*** *Habeas corpus.* ***Recurso.***

1. A falta da notificação para que o funcionário público apresente defesa preliminar (CPP, art. 514) é causa de nulidade relativa, sendo imprescindível para sua decretação a alegação em tempo oportuno e a demonstração do prejuízo sofrido.

2. A suspensão do processo, prevista na Lei n. 9.099/1995, art. 89, não tem aplicação em relação aos crimes cometidos em concurso formal ou material e aos chamados crimes continuados, se a soma das penas mínimas cominadas a cada crime, computado o aumento respectivo, ultrapassar o limite de um ano.

3. Não se altera, em *habeas corpus*, reprimenda fixada em plena observância das circunstâncias judiciais do CP, art. 59.

4. Recurso a que se nega provimento." (RHC n. 8.770-SP, Quinta Turma, rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* de 3.11.1999).

"***Recurso ordinário em*** *habeas corpus*. ***Nulidade da citação. Retirada da proposta de conciliação para suspensão do processo anterior ao ato. Inocorrência de nulidade. Concurso formal de crimes. Consideração do aumento mínimo. Inaplicabilidade da Lei n. 9.099/1995. Recurso desprovido.***

I - Não se reconhece alegação de nulidade do ato citatório se a retificação da denúncia - retirando proposta de suspensão do processo, além de não ter modificado o

conteúdo ou a narrativa do fato, mas, apenas, o aspecto formal foi feito, ainda ocorreu anteriormente à citação do acusado para interrogatório.

II - A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, é inaplicável aos crimes cometidos em concurso material, formal, ou em continuidade, se a soma das penas mínimas cominadas a cada crime, a consideração do aumento mínimo de 1/6, ou o cômputo da majorante do crime continuado, conforme o caso, ultrapassar o *quantum* de um ano. Precedentes.

III - Recurso desprovido." (*RHC* n. 8. 420-RS, Quinta Turma, rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* de 21.6.1999).

E o *Pretório Excelso* apresenta este entendimento, como se vê no *RHC n. 80.143-SP*, rel. Min. Sydney Sanches, (j. 13.06.2000) e no *HC n. 77.242-SP* (j. 18.3.1999), ambos indicados no Informativo STF, 193.

Por derradeiro, o v. acórdão reprochado entra em choque com o teor *da Súmula n. 243-STJ.*

Voto pelo provimento do recurso.

***Recurso em Habeas Corpus* n. 12.469 – SP**
(Registro n. 2002.0024950-0)

Relator: *Ministro Vicente Leal*
Recorrentes: *Maurício Tassinari Faragone e outro*
Advogados: *Maurício Tassinari Faragone e outro*
Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*
Paciente: *Marcelo Zaidan*

EMENTA: ***Processual Penal – Crime falimentar – Inquérito judicial – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Recebimento da denúncia – Decisão fundamentada – Denúncia – Alegação de inépcia – Trancamento da ação – Descabimento.***

- Em tema de crime falimentar, o inquérito judicial é, como o inquérito policial comum, peça meramente informativa, cujos eventuais defeitos não consubstanciam nulidade capaz de invalidar a ação penal já instaurada.

- A jurisprudência deste Tribunal já consagrou o entendimento de que o prazo do art. 106, da Lei de Falências corre em cartório, independentemente de intimação pessoal.

- Não merece reparo decisão judicial que, ao receber a

denúncia por crime falimentar, expende longa fundamentação, susceptível de pleno exercício do direito de defesa.

– Não contém o vício da inépcia a denúncia que, em sede de crime falimentar, descreve adequadamente os fatos, permitindo o pleno exercício do direito de defesa.

– Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 17 de outubro de 2002 (data do julgamento). Ministro Vicente Leal, Relator.

Publicado no *DJ* de 4. 11. 2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Vicente Leal**: Trata-se de recurso ordinário interposto pelos advogados Maurício Tassinari Faragone e Antônio Ângelo Faragone em favor de Marcelo Zaidan, denunciado por suposta prática de crime falimentar, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, denegatório de *writ* em que se postulava o trancamento da ação penal por falta de justa causa, inépcia da denúncia e nulidade do inquérito judicial.

Nas razões de recurso, pugnam os Recorrentes pelo trancamento da ação penal, sustentando nulidade do inquérito falimentar, visto que durante o seu curso o Paciente não foi intimado para manifestar-se e produzir provas, ferindo, assim, o seu direito de defesa. Verberam, ainda, que a denúncia é inepta, por não individualizar a conduta do Paciente, e que o despacho que recebeu a denúncia carece de fundamentação capaz de sustentar o prosseguimento da ação penal com relação ao Paciente.

Apresentadas as contra-razões, subiram os autos a esta Corte.

Nesta Instância, a douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Vicente Leal** (Relator): O presente recurso funda-se, essencialmente, em três argumentos básicos: (a) nulidade do inquérito judicial, porque não foi o indiciado pessoalmente intimado para oferecer defesa, com respeito ao contraditório e ao devido processo legal; (b) nulidade do despacho de recebimento da denúncia, porque desprovido da adequada fundamentação, e (c) inépcia da denúncia, por não individualizar a conduta do Paciente.

Tenho, todavia, que nenhum dos argumentos encerram razão jurídica para invalidar a ação penal em curso.

Por primeiro, é de se salientar que, de regra, o inquérito é mera peça informativa, desprovida de rito formal, pois destina-se tão-somente a servir de base para a apresentação da denúncia, peça inaugural da ação penal.

Tal assertiva vale também para o inquérito judicial previsto na Lei de Falências, em razão do que eventuais defeitos nele contidos não consubstanciam nulidade capaz de invalidar uma ação penal já instaurada. É, portanto, peça inquisitória, que não se sujeita, obrigatoriamente, ao contraditório. Por isso, não há que se falar de devido processo legal.

E, no tocante ao alegado cerceamento de defesa, também não prospera a tese do recurso. Este Tribunal, em diversos julgamentos, tem reafirmado o entendimento de que o prazo do art. 106 da Lei de Falências corre em cartório, independentemente de intimação pessoal. Neste sentido, merece registro precedente desta Turma, de que foi relator o ilustre Ministro Adhemar Maciel, *verbis*:

> "***Processual Penal e Comercial. Crime falimentar. Inquérito judicial. Desnecessidade de intimação pessoal do falido para se defender no prazo de cinco dias (arts. 106 e 204 do Decreto-Lei n. 7.661/1945). Precedentes do STJ.***" (REsp n. 33.069, in *DJ* de 31.5.1993).

O precedente supracitado dispensa maiores comentários sobre o tema.

Também não merece acolhimento a alegação de que o despacho de recebimento da denúncia seria pouco fundamentado. Compulsando-se os presentes, encontra-se cópia do questionado *decisum* à fl. 78, do qual destaco apenas o seguinte excerto, *verbis*:

> "(...) a descrição dos atos na petição inicial se enquadra dos dispositivos legais acima referidos e estão demonstrados no relatório do Síndico e documentos dos autos, em tese."

Apesar de sucinto, o referido despacho é suficiente para garantir ao Paciente o direito de defesa.

Registre-se, por fim, precedente do Excelso Pretório, invocado no parecer do Ministério Público, que bem se ajusta à hipótese dos autos:

> "O inquérito judicial, mero incidente do processo de falência, é inquisitório.
>
> Não se exige a intimação do falido para os fins do art. 106 da Lei de Falências.
>
> Despacho de recebimento da denúncia que, nos termos do § 2º do artigo 109 da Lei de Falências, contém fundamentos suficientes.
>
> Recurso ordinário improvido." (*RHC* n. 60.030-PR, Segunda Turma, Relator Sr. Ministro Djaci Falcão).

Tal precedente contempla as duas teses agitadas no recurso.

Por fim, no que diz respeito à alegação de inépcia da denúncia, as longas razões expendidas pelos Recorrentes não destruíram os sólidos argumentos lançados no acórdão recorrido, ao afirmar que "no caso de crimes societários, não se exige especial descrição da conduta dos agentes, face ao caráter da autoria coletiva. A denúncia, por sua vez, não é inepta, eis que menciona que "antes de passar a ter denominação com a qual impetrou os benefícios da moratória em 21 de maio de 1996 (Vinasto Industrial S/A), a empresa denominava-se Vinasto Mangotex S/A. Em dezembro de 1995, essas duas sociedades, transferindo quotas sociais de que tinham a titularidade, construíram a Indústria Mangotex Ltda. Ambas as empresas se confundem, estando nítida a ingerência de uma sobre a outra, o que impõe a responsabilidade dos sócios quer de uma, quer de outra empresa". (fl. 104).

Incensurável o julgamento, cujos termos adoto como razão de decidir.

A denúncia, de fato, contém os requisitos próprios, contidos no art. 41 do CPP. O fato típico encontra-se razoavelmente descrito, comportando o exercício pleno do direito de defesa pelo Paciente.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

***Recurso em Mandado de Segurança* n. 11.741 – SP**
(Registro n. 2000.0022471-5)

Relator: *Ministro Paulo Gallotti*
Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*
Tribunal de Origem: *Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*
Impetrado: *Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Penha de França - SP*
Recorrido: *José Aurino da Silva*

Procuradores: *Vera Martins Luz da Cunha e outros*

EMENTA: ***Processo Penal — Recurso em mandado de segurança — Réu revel — Suspensão do processo — Produção antecipada de prova testemunhal — Possibilidade — Artigo 366 do CPP.***

1. Na linha da jurisprudência predominante nesta Corte, mostra-se razoável ter como de natureza urgente a prova testemunhal a ser produzida em processo penal suspenso, pela revelia do réu, com base no artigo 366 do CPP, redação dada pela Lei n. 9.271/1996, tendo em conta a possibilidade da inquirição em época muito distante no tempo do fato delituoso ficar comprometida em seu conteúdo, prejudicando a apuração da verdade real.

2. Recurso em mandado de segurança provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 14 de maio de 2002 (data do julgamento). Ministro Fernando Gonçalves, Presidente. Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no *DJ* de 24. 6. 2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Paulo Gallotti**: O Ministério Público do Estado de São Paulo impetrou mandado de segurança contra a decisão do Juiz da 2ª Vara Criminal de Penha de França que, em ação penal, ao decretar a revelia do réu José Aurino da Silva e suspender o curso do processo, calcado no artigo 366 do CPP, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.271/1996, indeferiu a produção antecipada de prova testemunhal por não considerá-la de caráter urgente.

A Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal daquele Estado denegou o *writ* sob o fundamento de que "nada, absolutamente nada, há, nos autos, a comprovar a urgência da oitiva das testemunhas, pelo que a pretensão caiu no vazio. Ademais, de sabença que a produção antecipada de prova só se justifica ante o perigo de desaparecimento da situação de provar, o que não revelado no caso ora em exame" (fls. 73/74).

Irresignado, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpõe o presente recurso ordinário, sustentando que "se trata de medida contrária ao espírito da lei impedir que se antecipe a colheita de prova testemunhal, que, como se sabe, sofre os efeitos deletérios do tempo, podendo, mesmo, por outras circunstâncias fortuitas, tornar-se impossível de ser produzida posteriormente" (fl. 88).

A Subprocuradoria Geral da República manifestou-se pelo provimento do recurso.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro **Paulo Gallotti** (Relator): A irresignação deve ser acolhida.

Na verdade, na linha da jurisprudência predominante nesta Corte, mostra-se razoável ter como de natureza urgente a prova testemunhal a ser produzida em processo penal suspenso, pela revelia do réu, com base no art. 366 do CPP, redação dada pela Lei n. 9.271/1996, tendo em conta a possibilidade da inquirição em época muito distante no tempo do fato delituoso ficar comprometida em seu conteúdo, prejudicando a apuração da verdade real.

Veja-se os precedentes:

> **A** – *"Penal. Processual. Réu revel. Prova testemunhal. Produção antecipada. Possibilidade.*
>
> **1.** Havendo fundado receio de que a demora e a incerteza quanto ao comparecimento do réu possam determinar o perecimento da prova testemunhal, caracterizada está a urgência.
>
> **2.** A produção cautelar da prova oral não ofende as garantias da ampla defesa e do contraditório, servindo, tão-somente, como garantia da aplicação da lei penal.
>
> **3.** Recurso especial provido." (REsp n. 195.675-SP, relator o Ministro Edson Vidigal, *DJU* de 10.5.1999).

> **B** – *"Processual Penal. Ação penal. Revelia. Produção antecipada de prova oral. Necessidade. CPP, artigos 92 e 366.*
>
> – Na hipótese de suspensão do processo em face da revelia do réu, a memória testemunhal deve ser colhida no tempo mais próximo do fato, em face do fenômeno humano do esquecimento, sendo de rigor a sua produção antecipada.

– Exegese dos artigos 92 e 366 do Código de Processo Penal.

– Recurso ordinário provido. Segurança concedida." (*RMS* n. 10.494-SP, relator o Ministro Vicente Leal, *DJU* de 6. 11. 2000).

C – *"Penal. Produção antecipada de prova testemunhal. Artigos 92 e 366 do Código de Processo Penal. Lei n. 9.271/1996.*

1. O tempo é também determinante da produção antecipada da prova testemunhal na letra da própria lei e na força de sua natureza, porque, com ele, se exaure a memória dos fatos.

2. Recurso provido." (REsp n. 218.148-SP, relator o Ministro Hamilton Carvalhido, *DJU* de 27.8.2001).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para conceder a segurança.

É como voto.

Recurso Especial **n. 28.529 – SP**
(Registro n. 92.0026701-7)

Relatora: *Ministra Laurita Vaz*
Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*
Advogada: *Maria Elisabeth Rolim*
Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

EMENTA: ***Processo Civil – Execução fiscal – Falência – Embargos do devedor – Ministério Público – Legitimidade.***

1. O Ministério Público possuí amplo poder de atuação no processo falimentar, conferido pelo art. 210 do Decreto-lei n. 7.661/1945, em razão de relevante interesse social, baseado no dever de agir como fiscal da lei. Fiscalização essa que não se exaure com a sentença de falência.

2. O *Parquet* é o curador e fiscal de massas falidas, obrigado a defender o patrimônio remanescente, em proteção aos interesses socioeconômicos envolvidos. Nesse contexto, é evidente a sua legitimidade ativa para opor embargos, único meio de defesa na execução fiscal, visando a impedir a aplicação de multa manifestamente indevida.

3. Recurso especial conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto.

Brasília-DF, 25 de junho de 2002 (data do julgamento). Ministra Eliana Calmon, Presidente. Ministra Laurita Vaz, Relatora.

Publicado no *DJ* de 26. 8. 2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra **Laurita Vaz**: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça da mesma unidade Federativa que, confirmando a decisão de 1° grau, negou provimento à apelação para considerar o Ministério Público parte legítima para opor embargos à execução fiscal promovida contra a massa falida da Distribuidora de Artigos para Cabeleireiros Galiza Ltda.

Alega a Recorrente, nas razões do especial, violação aos arts. 3°, 6° e 12, inciso III, do Código de Processo Civil, ao art. 16 da Lei n. 6.830/1980 e ao art. 210 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, insistindo na ilegitimidade do Ministério para figurar como parte nos referidos embargos. Argúi também ofensa ao art. 267, inciso VI do Código de Processo Civil, asseverando que o processo deveria ter sido extinto sem o julgamento do mérito.

O *Parquet* Estadual ofereceu as contra-razões às fls. 50/51, sustentando que:

> "O art. 210 do Decreto-Lei n. 7.661/1945 (Lei de Falências) não limita a atividade do Ministério Público como pretende o Recorrente. Além de *ser ouvido* em toda ação proposta pela massa ou contra ela, como reconhece a Recorrente, estabelece o dispositivo: 'Caber-lhe-á o dever, em qualquer fase do processo, de requerer o que for necessário aos interesses da Justiça...'
>
> Vê-se, portanto, que a lei não apenas faculta ao Ministério Público a intervenção em todas as causas de que participe a massa falida. A ele impõe a *obrigação* de atuar em defesa dos interesses da Justiça." (fl. 50).

Admitindo o recurso especial na origem, ascenderam os autos a esta Corte.

A colenda Segunda Turma proferiu decisão às fls. 58/62, sem a oitiva do Ministério Público Federal, que, por sua vez, opôs embargos de declaração às fls. 64/66, visando à anulação do *decisum*, ao argumento de que, *in casu*, "a ausência de sua oitiva constitui nulidade absoluta, estatuída no art. 84 da lei processual".

Sob a relatoria do eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, a egrégia Segunda Turma acolheu os embargos declaratórios, a fim de anular o acórdão embargado e abrir vista ao Ministério Público Federal, nos termos da decisão de fls. 103/107.

Foram também opostos embargos de divergência pelo Ministério Público Federal, julgados prejudicados pelo eminente Ministro Demócrito Reinaldo (fl. 111).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 114/122, pelo conhecimento e improvimento do recurso, em parecer assim ementado:

> "I – Embargos de divergência considerados prejudicados. Autos que devem ser reclassificados como recurso especial.
>
> II – Embargos em execução fiscal movida contra massa falida, em que a síndica é omissa na discussão de multa obviamente inaplicável, com entendimento inclusive assentado em súmula do egrégio STF. Possibilidade. Atuação do *Parquet* que não deve, após o advento da Constituição Federal de 1988, limitar-se a intervenções, notadamente quando, atuando na qualidade de *custos legis*, visa à correta aplicação da lei.
>
> III – Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 210, ademais, que permite essa interpretação. Recurso especial a que merece ser negado provimento." (fl. 114).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra **Laurita Vaz** (Relatora): Prequestionados os dispositivos legais considerados violados e ventilados no acórdão recorrido, passo ao exame do recurso especial.

Não assiste razão à Recorrente.

De início, cumpre ressaltar que, ao contrário do que faz crer a Recorrente, o Decreto-Lei n. 7.661/1945 alicerça a ampla manifestação do Ministério Público

no processo falimentar, conforme deixa claro o disposto no referido diploma, *in verbis*:

> "**Art. 210.** O representante do Ministério Público, além das atribuições expressas na presente lei, será ouvido em toda ação proposta pela massa ou contra ela. *Caber-lhe-á o dever, em qualquer fase do processo, de requerer o que for necessário aos interesses da Justiça*, tendo o direito em qualquer tempo de examinar todos os livros, papéis e atos relativos à falência ou à conduta." (grifei).

Ora, diante do citado artigo, não parece sustentável o argumento de que a intervenção do *Parquet* restringe-se à emissão de parecer, já que, dessa forma, estaria incapacitado de zelar pelos interesses da sociedade, o que é função precípua do Órgão.

Com efeito, o art. 210, para conceder amplo poder de atuação ao Ministério Público, baseou-se no seu dever de agir como fiscal da lei. Não se compreenderia fiscalização, nos processos regidos pelo Decreto-Lei n. 7.661/1945, exercida pela metade, que se esgotasse com a decisão, sem que o Ministério Público – curador fiscal da massa falida – tivesse legitimidade para os embargos.

Esse aspecto foi bem ressaltado em trecho da manifestação ministerial de fls. 11/12 dos autos, *in verbis*:

> "...é indiscutível que a função primordial do curador fiscal de massas falidas é a defesa do patrimônio da falida, em benefício da universalidade dos credores. Se, como quer a Fazenda Nacional, não tivesse legitimidade o curador, para os embargos, estaria manietado e impedido de zelar pelos direitos dos credores, que é a preservação da massa falida.
>
> A razão é simples. A defesa, na execução fiscal, é exercida por meio de embargos, nos termos do referido artigo 16, inexistindo outro procedimento legal para a impugnação de verbas ou parcelas indevidas, bem como para a argüição de matérias processuais em favor da Executada. Sendo essa a forma possível de defesa, e estando o curador fiscal de massas falidas obrigado a defender o patrimônio da falida, em benefício da massa e dos credores, é evidente a sua legitimidade ativa para os embargos." (fls. 11/12).

Da mesma forma, o artigo 66 da Lei de Falências confirma a responsabilidade do *Parquet* para zelar pelo devido processo falimentar, que é de interesse público, em razão de causar, quando usado como meio de exploração econômica, dano à ordem econômico-social. Confira-se:

> "**Art. 66.** O síndico será destituído pelo juiz, de ofício, ou a requerimento do representante do Ministério Público ou de qualquer credor, no caso de exceder qualquer dos prazos que lhe são marcados nesta lei; de infringir quaisquer outros deveres que lhe incumbem ou de ter interesses contrários aos da massa."

No caso em testilha, o *Parquet* atuou para impedir a aplicação de uma multa manifestamente indevida, como ficou esclarecido no parecer do Ministério Público Federal, *in verbis*:

> "a questão em torno da inaplicabilidade da multa era patente, tanto que reconhecida pela sentença e confirmada pelo Tribunal, sobre estar embasada em súmula do egrégio STF, o que, em seus embargos, o *Parquet* demonstra, em óbvia defesa à correta aplicação da lei. Seria, portanto, de se adotar o procedimento indicado na norma em questão, com a destituição do síndico, eis que, consoante o Promotor de Justiça encarregado dos embargos esclarece, '... após a penhora, foi citada a massa falida, deixando a síndica de apresentar embargos' (fl. 1). A síndica foi omissa; o Ministério Público, até por uma questão de celeridade processual, buscou sanar a omissão, mesmo porque, *existia um prazo a respeitar.*" (fl. 121).

Vê-se, portanto, que impedir o Ministério Público de apresentar embargos, no caso em questão, seria permitir evidente prejuízo à massa falida, além de usurpar-lhe a possibilidade de exercer seu mister.

Ante o exposto, conheço do recurso especial, mas nego-lhe provimento.

É o voto.

Recurso Especial n. 315.944 – SP
(Registro n. 2001.0038562-1)

Relator: *Ministro Ruy Rosado de Aguiar*
Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*
Recorrido: *Padaria e Confeitaria Flor das Oliveiras*
Sustentação oral: *Parecer oral pela representante de Ministério Público*

EMENTA: ***Ação civil pública – Acidente no trabalho – Legitimidade do Ministério Público Estadual – Meio ambiente***

O Ministério Público Estadual tem legitimidade para promover ação civil pública destinada a evitar acidentes no trabalho. Precedentes.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 25 de setembro de 2001 (data do julgamento). Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator.

Publicado no *DJ* de 29. 10. 2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**: O Ministério Público do Estado de São Paulo propôs ação civil pública acidentária contra a Padaria e Confeitaria Flor das Oliveiras, porque a Ré teria descumprido diversas normas de segurança e higiene do trabalho, conforme apurado nos autos de Investigação Prévia n. 126/1996, do Setor de Prevenção da Promotoria de Justiça de Acidentes do Trabalho da Capital. Citou vários dispositivos legais: art. 109 da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público (Lei n. 734/1993), arts. 3º e 5º, § 6º da Lei n. 7.347/1985, Portaria n. 3.214/1978 do Ministério do Trabalho, arts. 154 a 201 da CLT, art. 7º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988, Código Sanitário, Código de Obras, Normas da ABNT, art. 19, § § 1º e 2º, da Lei n. 8.213/1991 (Plano de Benefícios da Previdência Social) e Lei n. 6.938/1981. Pediu fosse a Ré condenada a eliminar os danos causados ao meio ambiente do trabalho com o cumprimento de obrigação de fazer, sob pena de multa diária.

A petição inicial foi indeferida, extinto o processo sem julgamento de mérito. O Ministério Público apelou, e a egrégia Quinta Câmara do 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso:

> *"Ação civil pública. Descumprimento de norma regulamentadoras de saúde, higiene e segurança do trabalho. Competência afeta à Justiça do Trabalho. Inquérito civil e ação civil pública. Iniciativa para apuração e fixação de responsabilidade. Atribuição do Ministério Público do Trabalho e não da instituição similar estadual.*
>
> Compete à Justiça do Trabalho conhecer e julgar infrações às normas regulamentadoras relativas às condições de saúde, higiene e segurança do trabalho.
>
> Constitui atribuição do Ministério Público do Trabalho a instauração de inquérito civil e o ajuizamento de ação civil pública com vistas à apuração de infrações às normas regulamentadoras da saúde, higiene e segurança do trabalho, não dispondo de legitimidade para a prática de tais atos, o Ministério Público Estadual" (fl. 85).

Colhe-se do voto do eminente relator da apelação:

> "Ao cuidar da organização do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75, de 20.5.1993), esse diploma legal conferiu expressamente ao Ministério Público do Trabalho legitimidade exclusiva para 'promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos' (art. 83, inciso III), e para tanto foi dotado de poderes para '...instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores'(cf. artigo 84, inciso II)" (fl. 86).

O Autor opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados.

Irresignado, o Ministério Público do Estado de São Paulo ingressou com recursos extraordinário e especial, este pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando ofensa ao art. 129, inciso II, da Lei n. 8.213/1991 e divergência jurisprudencial. Esclarece que a lei, ao atribuir competência à Justiça Comum para o processamento de ações que visem a prevenir acidentes de trabalho, autoriza também o Ministério Público Estadual a promover ações perante o juízo em que oficia. Portanto, o Ministério Público Estadual tem

atribuição para o ajuizamento de tais ações, e assim o faz com base no art. 129 da Lei n. 8.213/1991, que dispõe que os litígios "relativos" a acidentes de trabalho serão processados pela Justiça dos Estados. Entende que a expressão "relativa a acidente de trabalho" abrange, também, ações visando ao cumprimento de normas de segurança do trabalho, que existem para prevenir a ocorrência dos acidentes laborais. Argumenta, ainda, que convivendo o juiz da vara de acidentes de trabalho com os milhares de feitos relacionados aos infortúnios laborais, encontra-se preparado para identificar os pontos de riscos ocupacionais, e, portanto, é o mais indicado para julgar as ações relativas à prevenção desses acidentes. Por fim, alega que a melhor forma de interpretar o art. 83, inciso III, da Lei Complementar n. 75/1993 é atribuir ao Ministério Público do Trabalho a promoção de ação civil pública para a defesa de interesses coletivos, uma vez desrespeitados direitos constitucionalmente assegurados, excetuando-se as ações relativas a acidentes de trabalho que não se encontram no âmbito da Justiça do Trabalho. Cita os arts. 109, inciso I; 114 e 128, § 5º, da CF/1988; 1º, XIII e XX, da Lei Complementar Estadual n. 832/1997 (Código Judiciário do Estado de São Paulo); 1º, I da Resolução n. 98/1996 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e 295, II da Lei Complementar Estadual n. 734/1993. Colaciona julgados deste egrégio Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça de São Paulo e do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, para demonstrar o dissídio jurisprudencial.

Sem as contra-razões, foi o recurso admitido na origem, vindo-me os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Ruy Rosado de Aguiar** (Relator): Decorre do sistema o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público estadual para promover ação civil pública em matéria acidentária, tema que também é da competência da Justiça Estadual. Este Tribunal já examinou questão assemelhada à dos autos, e a egrégia Primeira Seção e a colenda Terceira Turma já se manifestaram favoravelmente à tese sustentada pelo Recorrente:

> "***Ministério Público Estadual. Inquérito civil. Segurança do trabalho.*** Tem o Ministério Público legitimidade para ajuizar ação coletiva, tendente a obter condenação a indenizar lesões resultantes de acidente de trabalho, envolvendo direitos individuais homogêneos, desde que presente interesse social relevante. Competindo tais ações à Justiça Estadual, a legitimidade será do Ministério Público Estadual que poderá instaurar inquérito civil, visando a reunir os elementos necessários a justificar sua atuação." (RMS n. 8.785-RS, Terceira

Turma, rel. eminente Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* de 22.5.2000).

"***Conflito de competência. Ação civil pública, de natureza cautelar, visando a prevenir acidentes de trabalho. Competência da Justiça Estadual.*** A Constituição Federal excluiu da competência da Justiça Federal as ações de acidentes de trabalho (artigo 109, inciso I), sem distinguir entre as que visam a prevenilos daquelas que têm o propósito de repará-los; todas são processadas e julgadas pela Justiça Estadual. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do egrégio 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo ." (*CC* n. 16.243-SP, Primeira Seção, rel. eminente Min. Ari Pargendler, *DJ* de 17.6.1996).

Embora registrando o julgado dissidente da egrégia Primeira Turma (RMS n. 5.563-RS, da relatoria do eminente Ministro Cesar Asfor Rocha hoje presidindo esta Quarta Turma), não encontro razão legal para que se altere esse entendimento.

Na verdade, o trabalho desenvolvido pelo Ministério Público Estadual na sua tarefa legal de oficiar nas questões acidentárias se dá sem prejuízo da competência do Ministério Público do Trabalho e da própria Justiça do Trabalho em matéria trabalhista. A competência funcional do Ministério Público do Trabalho está referida no art. 83, II e III, da Lei Orgânica do MPU (Lei Complementar n. 75/1993):

"**Art. 83.** Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

...

II - manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz e por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção;

III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos".

Já a definição do que se atribuir ao Ministério Público Estadual, nessa área, está no art. 129 da Lei n. 8.213/1991:

"**Art. 129.** Os litígios e medidas cautelares relativos a acidentes do trabalho serão apreciados:

I - na esfera administrativa, pelos órgãos da Previdência Social, segundo as regras e prazos aplicáveis às demais prestações, com prioridade para conclusão; e

II - na via judicial, pela Justiça dos Estados e do Distrito Federal, segundo o rito sumaríssimo, inclusive durante as férias forenses, mediante petição instruída pela prova de efetiva notificação do evento à Previdência Social, através de Comunicação de Acidente do Trabalho - CAT.

Parágrafo único. O procedimento judicial de que trata o inciso II deste artigo é isento do pagamento de quaisquer custas e de verbas relativas à sucumbência."

Uma vez que existe a relação acidentária, e sendo ela de competência da Justiça Estadual, nenhuma razão de ordem legal pode justificar a exclusão de sua atividade processual apenas porque a ação é coletiva, e não individual.

Ainda pondero a importância do trabalho desenvolvido pelo Ministério Público de São Paulo nessa área, assim como relatado nos autos:

> "Desde então (1991) já foram propostas, na Capital, quase 200 (duzentas) ações civis públicas acidentárias, estando hoje em curso na Promotoria de Justiça de Acidentes do Trabalho da Capital cerca de 800 (oitocentos) inquéritos civis. Destaque-se que nesses quase 7 (sete) anos de trabalho centenas de empresas regularizaram seu meio ambiente de trabalho mediante compromisso de ajustamento firmado com o Ministério Público, no bojo de inquéritos civis já encerrados.
>
> Destaque-se, ainda, que mais de uma centena dos inquéritos civis em andamento no Setor de Prevenção da Promotoria de Justiça de Acidentes do Trabalho da Capital foram instaurados mediante representação do Delegado Regional do Trabalho de São Paulo, em casos onde a atuação administrativa da DRT não surtiu efeito, o que demonstra de forma clara que a atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo é desejada e absolutamente necessária, sendo ela solicitada até mesmo pela 'autoridade máxima na área', segundo o entendimento do juiz que julgou este caso."(fl. 59).

Não há nenhuma vantagem social em impedir e restringir a fiscalização que se faz sobre as condições do trabalho. A manutenção da decisão desautorizará trabalho efetivo e eficaz, reconhecido mesmo pelos órgãos do Ministério do Trabalho. É evidente que existe aí uma área cinzenta, em que se entrelaçam aspectos eminentemente trabalhistas com acidentários (nem poderia ser diferente, porque o acidente ocorre no ambiente de trabalho), mas essa circunstância não pode levar a que se impeça o exercício de diversa atividade dos órgãos do Ministério Público, cada um atuando perante a Justiça respectiva, acentuando o ponto de sua competência específica, mas isso para ampliar a intervenção fiscalizadora, não para restringi-la.

Assim, reconhecendo a competência da Justiça Estadual para as causas acidentárias, entre elas a ação civil pública destinada a evitar acidentes, tenho por legítima a sua propositura pelo Ministério Público Estadual, que aí atua na defesa de interesse coletivo, eis que presentes interesses individuais homogêneos relevantes.

Posto isso, conheço do recurso e lhe dou provimento, para que prossiga a ação.

É o voto.

***Recurso Especial* n. 363.939 – MG**
(Registro n. 2001.0117474-5)

Relatora: *Ministra Nancy Andrighi*
Recorrente: *Roberto Soares de Souza Lima*
Advogados: *Danilo Fernandes Rocha e outro*
Recorrida: *Fiat Automóveis S/A*
Advogados: *Daniel Ribeiro Pettersen e outros*

EMENTA: ***Consumidor – Recurso especial – Publicidade – Oferta – Princípio da vinculação – Obrigação do fornecedor***

– O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado.

– Constatado pelo egrégio Tribunal *a quo* que o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega de veículo objeto de contrato de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos termos da oferta apresentada.

– Diante da declaração de falência da concessionária, a responsabilidade pela informação ou publicidade divulgada recai integralmente sobre a empresa fornecedora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer, em parte, do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com o Sra. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Sustentou, oralmente, a Dra. Sara de Sousa Coutinho, pelo recorrido.

Brasília-DF, 4 de junho de 2002 (data do julgamento). Ministro Ari Pargendler, Presidente. Ministra Nancy Andrighi, Relatora.

Publicado no *DJ* de 1. 7. 2002.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial, interposto por Roberto Soares de Souza Lima, contra acórdão exarado pelo egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

O ora recorrente propôs ação de conhecimento sob o rito ordinário em face de Fiat Automóveis S/A. Sustentou que firmou contrato de compra e venda de veículo pelo sistema denominado "Palio On Line" com a Concessionária Scala Veículos S/A, representante da Recorrida em Bom Despacho-MG.

Comprometeu-se ao pagamento de 20% do valor do bem a título de reserva, ao mesmo tempo que a Concessionária-contratante se obrigou a entregar o veículo em dois meses da data de assinatura do contrato, ocasião em que os 80% restantes do preço, inclusive despesas e acréscimos relativos ao negócio, deveriam ser pagos pelo Recorrente.

Ocorreu que, na data aprazada, o veículo não fora entregue pela concessionária, embora o Requerente, segundo afirmou, houvesse quitado a totalidade do saldo devedor, mediante o pagamento de parcelas mensais, das quais juntou os respectivos comprovantes (fls. 16/21). A sua situação restou ainda mais agravada com a declaração de falência da concessionária com a qual havia celebrado o contrato.

Nos termos da oferta publicitária amplamente divulgada (fls. 58/60), a fornecedora Fiat S/A, ora recorrida, garantira a entrega do bem. Assim sendo, com lastro nos arts. 30, 34 e 35 do CDC, pugnou pela sua condenação ao cumprimento da obrigação, ainda que na condição de solidária à Concessionária, e nos termos da peça informativa a que teve acesso, e em razão da qual firmara

o contrato. Alternativamente, pugnou pela rescisão do contrato e restituição da quantia antecipada com a devida atualização monetária.

O douto Juízo *a quo* julgou o pedido procedente para condenar a Recorrida ao cumprimento da obrigação concretizada no contrato de reserva de veículo firmado entre as partes, determinando que fosse entregue ao Recorrente o veículo, devendo ele, contudo, arcar com o pagamento dos valores previstos na avença, ainda não pagos, a título de quitação integral do contrato.

Inconformadas, as partes recorreram ao egrégio Tribunal *a quo*. Ao recurso interposto pela Recorrida foi dado provimento, por maioria, para julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial, e prejudicado o recurso interposto pelo Recorrente, nos termos da ementa *infra*:

> *"Contrato de reserva on line de veículo. Falência da concessionária. Inadimplemento do contrato. Inexistência de obrigação solidária por parte do fabricante.*
>
> Não logrando a parte fazer prova de ser a concessionária preposta ou representante da fábrica de veículos, não há que se falar em responsabilidade desta por contrato com aquela firmado.
>
> A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes (art. 896 do CC)."

Aproveitando-se da não-unanimidade de julgamento, o Recorrente interpôs embargos infringentes, que foram rejeitados por maioria, nos termos da ementa abaixo:

> *"Embargos infringentes. Contrato com reserva de veículo. Concessionária e fábrica. Solidariedade. Ausência.*
>
> Ausente a prova de que seja a concessionária preposta ou representante da fábrica respectiva, não se há que falar na solidariedade desta pelo contrato firmado entre aquela e o autor, diante da falta de presunção a respeito.
>
> Recurso rejeitado."

Irresignado, o Recorrente interpôs recurso especial, com fulcro no art. 105, inc. III, alínea **a**, da Constituição Federal, sob a alegação de ofensa aos arts. 6º, VIII; 30, 34 e 35 do CDC.

Afirmou que a conclusão do acórdão contém manifesto erro de direito ao deixar de reconhecer a solidariedade existente entre a fornecedora, então recorrida, e a Concessionária, bem como que não seria dele o ônus de provar qual seria a relação jurídica estabelecida entre ambas para verificação da solidariedade. Tal incumbência seria da Recorrida.

Sustenta que, independentemente da forma característica da relação comercial entre as duas empresas, a Recorrida se obrigou à entrega do veículo objeto do contrato, por meio da publicidade que divulgara.

É o relatório.

VOTO

O presente recurso especial merece conhecimento, porquanto presentes todos os requisitos indispensáveis a sua admissibilidade.

A questão posta a desate pelo Recorrente consiste em aferir a responsabilidade da Fiat Automóveis S/A pelo inadimplemento do contrato de compra e venda de veículo firmado entre o Recorrente e uma das suas concessionárias.

A Recorrida, mediante ampla divulgação publicitária (fls. 58/60), levou ao conhecimento de todos os consumidores informações acerca da venda de veículos Palio pelo sistema *on line*.

De acordo com a peça publicitária veiculada, garantiu a entrega do automóvel que viesse a ser adquirido, por tal sistema, nos termos da cláusula V.1.1. do contrato de reserva de veículo firmado com a concessionária (fls. 10/14), do qual faz parte integrante, segundo a cláusula IX.1, o Regulamento do Programa "Palio On Line" às fls. 39/43, que na cláusula quinta, § 1°, possui estipulação no mesmo sentido.

No caso, despicienda se faz qualquer discussão acerca da solidariedade existente entre o fornecedor e seus prepostos ou representantes para o fim de responsabilização, nos termos do art. 34 do CDC.

A responsabilidade da Recorrida há de ser constatada diante das práticas comerciais que utilizara para promover a venda de seu produto. Acrescente-se que, no caso dos autos, tal responsabilidade deve se dar de forma integral, diante da declaração de falência da concessionária com a qual o Recorrente assinou o contrato.

As práticas comerciais abrangem as técnicas e métodos utilizados pelos fornecedores para fomentar a comercialização dos produtos e serviços destinados ao consumidor. Acabam, pois, por alimentar a sociedade de consumo. Entre essas encontram-se o *marketing*, que além dos mecanismos de incentivo às vendas (liquidações, promoções, descontos, cupons, ofertas combinadas, *etc*), compreende também a publicidade.

Na medida em que, na sociedade de consumo, as relações jurídicas travadas ascendem do nível pessoal ao social, inserido em seu contexto interesses comuns, se tornou imperiosa a intervenção do Estado nessas relações, de modo a compatibilizar o exercício do *marketing* pelo fornecedor com a defesa do consumidor.

A publicidade realizada pelo fornecedor tem o objetivo de divulgar seus produtos e/ou serviços e ofertá-los aos consumidores. A oferta, nesse caso, difere

da oferta a que faz alusão o art. 1.080 do CC. Porquanto destinada à sociedade de consumo, fez-se necessário atribuir à publicidade certo valor contratual, ainda que não fosse instrumento do contrato e tivesse mero conteúdo indicativo.

Atento à possibilidade de que a veiculação desvirtuada da publicidade viesse a prejudicar os consumidores, o legislador assegurou a tutela da sociedade de consumo através do preceito legal insculpido no art. 30 do CDC, *verbis*:

> "Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado."

Trata-se do princípio da vinculação, um dos princípios informadores do *marketing*, que se aplica não somente à oferta, mas, também, à publicidade. Segundo o escólio de Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin (*Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1995, pp. 176/177).

> "dois requisitos básicos devem estar presentes para que o princípio atue. Em primeiro lugar, inexistirá vinculação se não houver 'exposição'. Uma simples proposta que, mesmo colocada no papel, não chegue ao conhecimento do consumidor, não obriga o fornecedor. Em segundo lugar, a oferta (informação ou publicidade) deve ser suficientemente precisa, isto é, o simples exagero (*puffing*) não obriga o fornecedor.
>
> (...)
>
> A vinculação age de duas maneiras: obrigando o fornecedor mesmo quando ele se nega a contratar ou, diferentemente, introduzindo-se em contrato eventualmente assinado."

No caso *sub examine*, o egrégio Tribunal *a quo* reconhecera a declaração da Recorrida no sentido de garantir a entrega do veículo, independentemente de qualquer fato atinente às relações jurídicas operadas entre os consumidores e suas concessionárias, o que se infere pela análise dos seguintes excertos do v. acórdão recorrido:

> "De fato, incontroverso é o fato de que a propaganda veiculada pela Ré afirmava que a entrega do veículo era garantida pela fábrica, sob pena de multa moratória, o

> que aliás, é previsto pela cláusula sétima do Regulamento do Programa Palio 'On Line', pela qual a Fiat Automóveis S/A 'declara que o veículo será entregue pelo concessionário contra o pagamento do saldo do preço'." (p. 122).
>
> "Pelo que se depreende dos autos, pretendeu o Recorrente atribuir a responsabilidade solidária à Fiat Automóveis S/A, ora recorrida, pelo contrato que firmou com a empresa Scala Veículos Ltda, para entrega do veículo identificado na inicial, mediante o pagamento de um sinal, que teria resultado da publicidade veiculada pela mesma no sistema de vendas *on line*, em que garante a entrega dos veículos, vendidos pelas suas concessionárias, nesta modalidade de negócio jurídico." (p. 162).

Verifica-se, pois, que a oferta foi suficientemente precisa, sem qualquer exagero ou absurdidade, e chegou ao conhecimento do Recorrente que, seguro da garantia de entrega do veículo pela própria Recorrida, firmou contrato de compra e venda com uma de suas concessionárias.

Dada a força vinculativa da oferta divulgada pela Recorrida, aplica-se ao caso em análise o art. 35, I ou III, do CDC, nos termos dos pedidos sucessivos formulados pelo Recorrente na petição inicial (fls. 6/7).

Contudo, também restou decidido pelo egrégio Tribunal *a quo* que Recorrido não procedera à completa quitação do valor do contrato para que tivesse direito ao recebimento do veículo. Confira-se:

> "Por outro lado, ao contrário do que quer fazer crer o Autor, não há, também, prova de que tenha ele quitado o preço avençado entre as partes contratantes.
>
> Os documentos de fls. 16/21-TA não têm o condão de dar a quitação do preço por ele pretendida. Vários são os defeitos desses documentos.
>
> Primeiramente, verifica-se que, não obstante o contrato *sub examine* ter sido firmado aos 11.7.1997, vários recibos têm data de vencimento anterior, começando em 25.3.1996. Portanto, nenhum recibo anterior ao negócio jurídico *sub judice* tem a eficácia que lhe pretende imprimir o autor.
>
> Mesmo que todos os recibos fossem posteriores ao contrato analisado, ainda assim não poderiam surtir efeito em relação a ele, pois, da forma como trazidos

aos autos, não guardam qualquer prova de relação com o negócio jurídico, o que deveria ser explícito, haja vista que a forma de pagamento pactuado não fora aquela alegada pelo Autor.

Ademais, muitos desses recibos sequer apresentam autenticação mecânica comprobatória do pagamento do valor nele contido, o que invalida totalmente a sua eficácia. (*sic*).

Por fim, até mesmo o cheque de fl. 21-TA não serve para demonstrar o pagamento alegado, pois não há prova de que ele tenha-se revertido em favor da concessionária (observe-se que apenas o verso foi apresentado, não existindo qualquer prova de sua apresentação ou compensação).

Portanto, em relação ao preço há, tão-somente, quitação em relação aos 20% do sinal, dada no próprio instrumento contratual.

De fato, o contrato firmado entre as partes previu que o restante do preço, inclusive os custos decorrentes de transporte, seguro e eventuais acréscimos, seria pago até o dia seguinte ao da confirmação da chegada do veículo no estabelecimento da concessionária, o que seria comunicado ao cliente por telegrama (cláusula IV.2 do contrato às fls. 10/14 e cláusula quarta do Regulamento do Programa Palio "On Line" às fls. 39/43). Não há notícia nos autos que tal comunicação tenha se efetivado.

Posta a situação nesses termos, ainda que a Recorrida deva submeter-se ao cumprimento forçado da obrigação, em virtude de publicidade pela qual garantiu a entrega do veículo, o Recorrente deve efetuar o pagamento do saldo devedor do contrato para que tenha direito ao recebimento do bem objeto da avença.

Na petição inicial, o Recorrente formulou pedido de cumprimento forçado da obrigação, nos termos da publicidade de oferta e, sucessivamente e de forma subsidiária, pedido de rescisão do contrato, com direito à restituição do preço pago e perdas e danos. Constatada a vinculação da Recorrida à entrega do veículo, impõe-se a procedência do primeiro.

Forte em tais razões, conheço do presente recurso especial pela alínea a do permissivo constitucional, e dou-lhe provimento, para julgar parcialmente procedente o pedido de cumprimento forçado da obrigação formulado pelo Recorrente, devendo ele, contudo, cumprir a sua obrigação de pagar, dentro do prazo convencionado, o saldo devedor previsto na cláusula IV.2. do contrato, a título de quitação integral, condicionando-se a entrega do veículo pela Recorrida ao pagamento do preço na forma avençada.

Em virtude da sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários advocatícios de seus patronos. Custas processuais *pro rata*.

É como voto.

Recurso Especial n. 416.298 – SP
(Registro n. 2002.0022017-0)

Relator: *Ministro Ruy Rosado de Aguiar*
Recorrente: *Banco Nossa Caixa S/A*
Advogados: *Wilson Cunha Campos e outros*
Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

EMENTA: ***Ação civil pública – Ministério Público – Contrato bancário – Financiamento imobiliário.***

O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública contra o banco que, na execução de contrato de financiamento para aquisição de casa própria, transfere e cobra do cliente despesas não autorizadas ou indevidas, tais como as de correio para a notificação do devedor e a tarifa pela emissão de documentos de compensação não autorizada.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Proferiu parecer oral a digna representante do Ministério Público Federal, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília-DF, 27 de agosto de 2002 (data do julgamento). Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator.

Publicado no *DJ* de 7. 10. 2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Ruy Rosado de Aguiar** : Nossa Caixa Nosso Banco S/A agravou da decisão proferida nos autos da ação civil pública que lhe move o Ministério Público do Estado de São Paulo, concessiva de liminar que determinou à Agravante abster-se de cobrar tarifas por aviso postal de prestação em atraso e pela emissão de ficha de compensação nos negócios celebrados relativamente a financiamentos imobiliários do Sistema Financeiro da Habitação.

Sustentou a ausência dos requisitos legais para a concessão da tutela, visto implicar antecipação do próprio mérito da ação. E, ainda, por não caracterizado o *fumus boni juris* ante a mera alegação de abusos, nem o *periculum in mora*, porquanto ausente a possibilidade de dano irreparável. Ponderou, ainda, que a r. decisão carece de fundamentação, inobservado o preceito do art. 93, IX, da CF.

A egrégia Quarta Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

> "***Agravo de instrumento. Ação coletiva. Liminar concedida. Legitimidade ativa do Ministério Público.*** Caracterização de hipótese de defesa coletiva de direitos individuais homogêneos de consumidores marcada por relevância social. Caracterização do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Recurso improvido." (fl. 252).

Inconformado, o Banco Nossa Caixa S/A, nova denominação de Nossa Caixa Nosso Banco S/A, interpôs recursos extraordinário e especial, este fundado no art. 105, III, **a** e **c**, da CF. Pede a extinção do feito sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por não ser o Ministério Público parte legítima para figurar no pólo ativo da ação civil pública. Aponta para violação aos arts. 127, *caput*, e 129, IX, da CF, bem como ao art. 81, III, c.c. art. 82 da Lei n. 8.078/1990, pois a defesa dos direitos no presente feito é de legitimidade do particular afetado, porquanto se trata de direitos individuais privados e disponíveis. Cita, ainda, julgados divergentes.

Admitidos os recursos, com as contra-razões, vieram-me os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Ruy Rosado de Aguiar** (Relator): **1.** O Ministério Público de São Paulo verificou que o Banco-recorrente estaria cobrando despesas de correio com o envio de correspondência ao mutuário em atraso, aos 15 e aos 30 dias depois do vencimento, cobrando a cada vez R$ 5,00. Também cobraria tarifa pela emissão de ficha de compensação bancária e incluía a despesa na prestação mensal, ainda que o mutuário não tivesse escolhido o pagamento da prestação por aquela forma.

É evidente que esse procedimento massificado, na execução de contrato de adesão, atinge o interesse de um grande número de pessoas. Individualmente, é de se presumir que nenhuma delas ingressaria em juízo para obter a sustação do que pode ser uma cobrança indevida. Sabe-se que, por despesa de R$ 10,00 – embora possa constituir parcela considerável para uma prestação de meio salário mínimo –, ninguém enfrentará os ônus, os encargos e a demora de um litígio judicial. Basta ver que esta ação já dura mais de dois anos, com diversos recursos.

Portanto, para a defesa do interesse coletivo, do fiel cumprimento dos contratos massificados de financiamento da casa própria, sem a transferência de despesas que são de conta do Banco-credor, independentemente de lei, de contrato ou de autorização administrativa, está o Ministério Público legitimado para promover ação civil pública.

Se não for aceita a participação do órgão público, organizado para essa atuação em juízo na defesa do interesse coletivo, dificilmente será exercida por outrem tal função, uma vez que individualmente a ação judicial seria um despropósito, e a defesa desses interesses por entidades não governamentais sofre as naturais dificuldades de organização, custeio e administração. Retirar do Ministério Público essa defesa é assegurar a continuidade da conduta abusiva, que lesa grande número de pessoas em contratos de adesão, sem qualquer perspectiva concreta de outra ação eficaz.

2. Por isso, esse Tribunal, na esteira do que tem decidido o egrégio Supremo Tribunal Federal, admitiu a legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública a fim de reconhecer a invalidade de cláusulas contratuais referentes a:

1) mensalidades escolares:

> ***"Ação civil pública. Reajuste de mensalidade escolar.***
>
> — O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública na defesa de interesses coletivos da comunidade de pais e alunos de estabelecimento escolar. Precedentes do STJ.
>
> Recurso especial não conhecido" (REsp n. 118.725-PR, Quarta Turma, rel. o eminente Min. Barros Monteiro, *DJ* de 11.3.2002).

> ***"Mensalidades escolares. Julgamento antecipado. Legitimidade ativa do Ministério Público.***
>
> **1.** Não viola o art. 33 do Código de Processo Civil o julgamento antecipado quando a questão, sendo de direito e de fato, dispensar a prova em audiência.
>
> **2.** O Ministério Público, como já está bem assentado em precedentes de ambas as Turmas que compõem a Segunda Seção, tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública com o fim de impedir a cobrança abusiva de mensalidade escolares, presente o art. 21 da Lei n. 7.347/1985.
>
> **3.** Recurso especial conhecido e improvido." (REsp n. 239.960-ES, Terceira Turma, rel. o eminente Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 18.6.2001).

2) contratos de locação:

"Processo civil. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade.

1. O Ministério Público Federal está legitimado a recorrer à instância especial nas ações ajuizadas pelo Ministério Público Estadual.

2. O Ministério Público está legitimado a defender direitos individuais homogêneos, quando tais direitos têm repercussão no interesse público.

3. Questão referente a contrato de locação, formulado como contrato de adesão pelas empresas locadoras, com exigência da taxa imobiliária para inquilinos, é de interesse público pela repercussão das locações na sociedade.

4. Embargos de divergência conhecidos e recebidos." (EREsp n. 114.908-SP, Corte Especial, rel.ª a em. Min.ª Eliana Calmon, *DJ* de 20.5.2002).

3) contratos bancários:

"Ação civil pública. Contratos de adesão. Legitimidade do Ministério Público. O Ministério Público possui legitimidade para promover ação civil pública tendo por objeto cláusulas de contratos bancários de adesão.

Recurso não conhecido." (REsp n. 175.645-RS, Quarta Turma, de minha relatoria, *DJ* de 30.4.2001).

4) contratos de compra e venda para a aquisição da casa própria:

"Processual Civil. Agravo no recurso especial. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. O Ministério Público tem legitimidade *ad causam* para a propositura de ação civil pública para tutelar interesses de consumidores envolvidos na celebração de contrato de adesão para a aquisição de bem imóvel. Precedentes." (AgRg no REsp n. 280.505-MG, Terceira Turma, rel.ª a em. Min.ª Nancy Andrighi, *DJ* de 18.2.2002).

5) contrato de financiamento imobiliário:

> *"Recurso especial. Processual Civil. Ministério Público. Legitimidade ativa. Ação civil pública. Direitos individuais homogêneos. Resíduo inflacionário. Construtora. Compromisso de compra e venda. Precedentes. Recurso provido.*
>
> —O Ministério Público Estadual tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição, como no caso, onde se discute acerca da cobrança, na vigência do Plano Real, de resíduo de correção monetária acumulada a cada período de 12 meses, além do reajuste da própria prestação, em contratos de promessa de compra e venda de imóvel celebrados pela construtora.
>
> — Recurso especial conhecido e provido." (REsp n. 182.556-RJ, Quarta Turma, rel. o em. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* de 20.5.2002).

3. Lembro a fundamentação que já expendi em caso assemelhado:

> "O v. acórdão recorrido, ao reconhecer a ilegitimidade do Autor, negou vigência ao disposto no artigo 82, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, que atribuiu ao Ministério Público legitimidade para promover a defesa dos interesses e direitos dos consumidores em juízo, através de ação coletiva, sejam eles interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, assim como definidos no parágrafo único do artigo 81.
>
> No plano constitucional, a Lei Maior atribuiu ao Ministério Público 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 (artigo 129, III). Ainda prescreveu que a ordem econômica está fundada, entre outros, no princípio de defesa do consumidor (artigo 170, inciso V), e que o ensino, sendo livre à iniciativa privada, está condicionado ao cumprimento das normas gerais da educação nacional (art. 209).
>
> Trata-se, no caso, de ação coletiva proposta para a defesa do interesse da comunidade de pais e alunos do Colégio Arnaldo, como o propósito de impedir o

aumento das mensalidades escolares. O interesse defendido é coletivo, assim como definido no artigo 81, parágrafo único, inciso II, do CDC; 'interesses transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base'. Discorrendo sobre eles, e acentuando a diferença com os interesses difusos, escreveu KAZUO WATANABE: 'Nas duas modalidades de interesses ou direitos coletivos, o traço que os diferencia dos interesses ou direitos difusos é a determinabilidade das pessoas titulares, seja através da relação jurídica-base que as une (membros de uma associação de classe ou acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola, *etc.*).' (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 506)

São interesse metaindividuais, que não são nem públicos nem privados, mas interesses sociais, como ensina a douta Prof.ª ADA PELLEGRINI GRINOVER: 'São interesses de massa, de configuração coletiva, caracterizados por uma conflituosidade, também de massa, que não se coloca no clássico contraste indivíduo *versus* indivíduo, nem indivíduo *versus* autoridade, mas que é típica das escolhas políticas' ... 'Novos grupos, novas categorias, novas classes de indivíduos, conscientes de sua comunhão de interesses, de suas necessidades e de sua fraqueza individual, unem-se contra as tiranias da nossa época, que não é mais exclusivamente a tirania dos governantes: a opressão das maiorias, dos interesses dos grandes grupos econômicos, a indiferença dos poluidores, a inércia, a incompetência ou a corrupção dos burocratas. E multiplicam-se as associações dos consumidores, defesa da ecologia, de amigos de bairros, de pequenos investidores' (*A Ação Civil Pública e a Defesa dos Interesses Individuais Homogêneos, Direito do Consumidor*, n. 5/206). Enquanto essas associações não se organizam, enquanto não se fortalece a consciência da cidadania, como recomenda a ilustrada mestra, oficia subsidiariamente o Ministério Público como titular das ações coletivas. Cortar a possibilidade de sua atuação, na fase em que vive a nossa sociedade, será cercear o normal desenvolvimento dessa tendência de defesa de

interesses metaindividuais e impedir, através da negativa de acesso à Justiça, o reiterado objetivo das modernas leis elaboradas no País.

A aversão a estes novos instrumentos processuais, que surgiram exatamente para atender a novas expectativas e necessidades sociais, mantém-nos sempre presos ao modelo clássico da ação individual, como se só houvesse o interesse individual. Lembro, a propósito, as palavras do eminente Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, no encerramento de sua aula inaugural na Universidade do Rio de Janeiro:

> "a filosofia do egoísmo, que impregnou a atmosfera cultural dos últimos tempos, não concebe que alguém se possa deixar mover por outra força que o interesse pessoal. Nem faltou quem ousasse enxergar aí a regra de ouro: a melhor maneira de colaborar na promoção do bem comum consistiria, para cada indivíduo, em cuidar exclusivamente de seus próprios interesses. O compreensível entusiasmo com que se acolheu há dois séculos e se cultua até hoje, em determinados círculos, essa lição de ADAM SMITH explica o malogro da sociedade moderna em preservar de modo satisfatório bens e valores que, por não pertencerem individualmente a quem quer que seja, nem sempre se vêem bem representados e ponderados ao longo do processo decisório político-administrativo, em geral mais sensível à influência de outros fatores.' (*A Tutela dos Interesses Difusos*, p. 105).

Tratando de caso assemelhado ao dos autos, escreveu o Prof. NELSON NERY JR.: 'O direito perseguido pelo Ministério Público nesse caso do AI n. 127.154-1, aqui analisado, poderia ser considerado coletivo, em face da relação jurídica-base que existe entre uma das partes (grupo mantenedor da escola) e alunos e seus pais. Mas não é só. O direito seria coletivo porque os alunos e seus pais, embora indeterminados, não são indetermináveis, porquanto serão sempre determináveis, na medida em que se tiver o controle do quadro completo do alunado ou em que se puder dimensionar o universo desses consumidores, quantificando-os e qualificando-os'

(*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 622)." (REsp n. 38.176-MG).

4. Posto isso, por não encontrar violação à lei, e já superada a divergência no âmbito deste Tribunal (Súmula n. 83-STJ), não conheço do recurso.

É o voto.

***Recurso Especial* n. 418.945 — SP**
(Registro n. 2002.0026936-3)

Relator: *Ministro Ruy Rosado de Aguiar*
Recorrente: *Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo*
Advogados: *Kalil Rocha Abdalla e outro*
Recorrido: *Herbert Telmo Varela e outro*
Advogado: *Silvério Bernardina Filipe Ferreira*

EMENTA: ***Usucapião — Bem com cláusula de inalienabilidade — Testamento — Art. 1.676 do Código Civil.***

O bem objeto de legado com cláusula de inalienabilidade pode ser usucapido. Peculiaridade do caso.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 15 de agosto de 2002 (data do julgamento). Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator.

Publicado no *DJ* de 30. 9. 2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**: Herbert Telmo Varella e s.m., Anna Vieira Varella, ajuizaram ação de usucapião extraordinário tendo por objeto o apartamento n. 2 do Ed. São Matheus, localizado na Av. Tiradentes, n. 338, Luz, São Paulo. Alegaram posse própria, iniciada em 1964, fundada em promessa verbal de venda feita pela proprietária, Rosa Stella Baffa, ocasião em que, com o consentimento desta, se instalaram no imóvel.

Realizadas as citações, inclusive por edital, bem como as cientificações das Fazendas Públicas, a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo contestou, e bem assim a Curadoria Especial, por negação geral, na defesa dos

réus certos, citados por edital.

A ação foi julgada improcedente, uma vez que a posse com ânimo de dono só poderia ser considerada após a morte da proprietária, ocorrida em março de 1976, sem completar o período de tempo necessário para a prescrição aquisitiva.

Os Autores apelaram, e a egrégia Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao agravo retido e acolheu o pedido dos Autores, nos termos da seguinte ementa:

> "***Usucapião extraordinário. Preenchimento dos requisitos legais exigidos para sua caracterização. Procedência.*** O fato de ser o imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade não impede a posse *ad usucapionem*. Recurso provido, improvido o agravo retido." (fl. 397).

Rejeitados os embargos declaratórios, Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo interpôs recurso especial (art. 105, III, **a** e **c**, da CF). Sustenta afronta aos arts. 550 e 1.676 do CC. Afirma que "o usucapião extraordinário somente pode ser concedido a quem demonstre ter exercido a posse do imóvel pelo prazo vintenário, com ânimo de dono e que referido imóvel não esteja gravado com cláusula de inalienabilidade", requisitos que devem ser atendidos concomitantemente. Cita julgados, RE n. 97.516-1-AM e RE n. 97.707-4-PR, para demonstrar o dissídio.

Admitindo o recurso apenas pela alínea **c**, com as contra-razões, vieram-me os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Ruy Rosado de Aguiar** (Relator): A Recorrente pretende ver aplicada a regra do art. 1.676 do Código Civil, para com ela impedir o reconhecimento da usucapião extraordinária em favor dos Recorridos, autores da ação.

Reza o art. 1676 do Código Civil:

> "A cláusula de inalienabilidade temporária ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública, e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por

atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade." (fl. 425).

Na literalidade do dispositivo, não seria possível reconhecer na sentença de usucapião a prescrição aquisitiva, porquanto também ela se constitui de um ato judicial não expressamente ressalvado.

Ocorre que tal norma deve ser interpretada de acordo com a sua razão. Constou do voto do eminente Ministro Cesar Asfor Rocha no REsp n. 10.020-SP:

> "A regra restritiva à propriedade encartada no art. 1.676 do Código Civil deve ser interpretada com temperamento, pois a sua finalidade foi a de preservar o patrimônio a que se dirige, para assegurar a entidade familiar, sobretudo aos pósteros, uma base econômica e financeira segura e duradoura. Todavia, não pode ser tão austeramente aplicada a ponto de se prestar a ser fator de lesividade de legítimos interesses, sobretudo quando o seu abrandamento decorre de real conveniência ou manifesta vantagem para quem ela visa proteger associado ao intuito de resguardar outros princípios que o sistema da legislação civil encerra, como se dá no caso em exame, pelas peculiaridades que lhe cercam."

Por isso, em oportunidade ainda anterior, esta Quarta Turma já decidira, no REsp n. 13.663-SP, relator o eminente Ministro Athos Carneiro:

> "A aquisição por usucapião e aquisição originária. Com relação ao usucapiente, importa a posse pelo prazo de vinte anos, pacífica e ininterrupta, com ânimo de dono. Nenhuma relação ou sucessão existe entre o perdente do direito de propriedade, e o que a adquire pelo usucapião. Com o usucapião, simplesmente extingue-se o domínio do anterior proprietário, bem como os direitos reais que tiver ele constituído, e sem embargo de quaisquer limitações a seu dispor."

A Recorrente traz para confronto r. acórdão do egrégio Supremo Tribunal Federal, em que se afirmou a inviabilidade do reconhecimento do usucapião quando o bem estava clausulado com disposições testamentárias. (RE n. 97.707-PR). Mas ali cuidou-se de ação de usucapião proposta pelo herdeiro beneficiado pelo legado testamentário, e neste havia expressa cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade. A ação de usucapião fora então usada para obter a

propriedade do bem sem qualquer restrição, o que permitiu a imediata alienação ao irmão do legatário, em evidente contrariedade ao propósito da proprietária e testadora. Em casos tais, certamente se justifica o uso do art. 1.676 do Código Civil, desde que, ainda nesse caso, seja aplicado com o tempero indicado no primeiro precedente acima citado.

Porém, quando inexiste a possibilidade de fraude, não há como deixar de atender à regra da usucapião. E essa hipótese ficou afastada pelo r. acórdão recorrido:

> "A existência de testamento deixado pela proprietária do imóvel, em nada altera tais características, na medida em que em nenhum momento dos autos, ficou esclarecido que os promoventes tivessem ciência daquele ato e tampouco de outros que pudessem demonstrar o questionamento quanto à posse por eles exercida." (fl. 400).

Finalmente, lembro que a aplicação rigorosa do disposto no art. 1.676 do Código Civil poderia ensejar a burla da lei se o proprietário instituísse o gravame sobre o imóvel possuído por terceiro, apenas para afastar a possível pretensão aquisitiva deste.

Posto isso, sem violação à lei e não demonstrada a existência de precedente que se ajuste ao caso dos autos, não conheço do recurso.

É o voto.

***Agravo Regimental no Agravo de Instrumento* n. 406.743 – SP**
(Registro n. 2001.0105068-8)

Relator: *Ministro Paulo Gallotti*
Agravante: *Romano Bertezini*
Advogados: *Gilseno Ribeiro Chaves Filho e outro*
Agravada: *Fazenda do Estado de São Paulo*
Procuradores: *Luís Cláudio Manfio e outros*

> EMENTA: ***Processo Civil – Agravo de instrumento – Agravo regimental – Apelação não-unânime – Mandado de segurança – Embargos infringentes - Não-cabimento.***
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser incabível a interposição de embargos infringentes contra decisão não-unânime proferida em sede de apelação em mandado de segurança.
>
> 2. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 03 de junho de 2002 (data do julgamento). Ministro Fernando Gonçalves, Presidente. Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no *DJ* de 2. 9. 2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Paulo Gallotti**: A hipótese é de agravo regimental desafiando decisão do seguinte teor:

> "Este Tribunal firmou entendimento no sentido de ser incabível a interposição de embargos infringentes contra decisão não-unânime proferida em sede de apelação em mandado de segurança (REsp n. 143.814-PE, relator o Ministro Adhemar Maciel, *DJU* de 6.10.1997; EDREsp n. 59.286-SP, relator o Ministro Felix Fischer, *DJU* de 14.12.1998).
>
> Referida orientação encontra-se cristalizada no enunciado n. 169 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:
>
> > 'São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança.'
>
> Ante o exposto, mesmo reconsiderando a decisão de fl. 49, nego provimento ao agravo de instrumento.' (fls. 57/58).

Sustenta, em síntese, que, a teor do disposto no artigo 530 do Código de Processo Civil, é cabível o recurso de embargos infringentes contra decisão não-unânime proferida em sede de apelação em mandado de segurança. Alega, ainda, que a decisão que negou provimento ao agravo constitui-se em verdadeira negativa da prestação jurisdicional.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Paulo Gallotti** (Relator): A decisão agravada deve ser mantida por seu próprio fundamento, qual seja, ser incabível a interposição de embargos infringentes contra decisão não-unânime proferida em sede de apelação em mandado de segurança, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte, como se vê dos seguintes precedentes:

> A – *"Processo Civil. Embargos infringentes. Mandado de segurança. Apelação. Decisão por maioria. Cabimento. Súmula n. 169-STJ.*
>
> – 'São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança.' (Súmula n. 169-STJ).
>
> – Recurso a que se nega provimento." (REsp n. 225.556-SC, relator o Ministro Felix Fischer, *DJU* de 14.2.2000).
>
> B – *"Processo Civil. Apelação em Mandado de segurança. Lei n. 1.533/1951. Art. 511 do CPC. Aplicação subsidiária.*
>
> – Segundo a iterativa jurisprudência deste egrégio Tribunal, o art. 511 do Código de Processo Civil é aplicado subsidiariamente à Lei n. 1.533/1951.
>
> – Os embargos infringentes não são cabíveis em apelação em mandado de segurança, de acordo com a Súmula n. 169-STJ, porque incompatível com o rito célere que a este deve ser imprimido, não tendo o pagamento de custas o condão de alterar tal movimento.
>
> – Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp n. 262.082-SP, relator o Ministro Francisco Falcão, *DJU* de 2.4.2001).

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

Relíquias do Júri

O Caso Cateysson
(Revisitado meio século após)

EVERARDO MOREIRA LIMA

1. Havia já algumas horas que o Conselho de Sentença estava reunido na Sala Secreta, quando a campainha soou e o povo espalhado pelos corredores voltou a ocupar seus lugares nos bancos atrás do cancelo do tribunal. De uma porta lateral surgiram o acusado e sua escolta, que se posicionaram diante do banco dos réus. Em seguida, entraram os advogados de defesa, os assistentes da acusação e o promotor. Novo toque da campainha. Todos se levantaram e entrou o juiz; numa das mãos o capelo de arminho, na outra, os autos da sentença. A solenidade litúrgica da cena eletrizou o auditório. O juiz acionou novamente a campânula e fez cessar o burburinho que crescia da ansiedade nervosa-da assistência. Silêncio. Todos de pé, o juiz olhou fixamente os circunstantes, levantou as folhas que trouxera, e iniciou a leitura da sentença.

2. O crime abalara a cidade. A vítima, André Jules Cateysson, francês aqui radicado, era a imagem do empresário bem sucedido, tranqüilo, sorridente, seguro de si, grande capacidade de liderança, elegante e charmoso, dirigia a Predial Corcovado, maior empresa do ramo de incorporações imobiliárias da época, que construíra os primeiros espigões em Copacabana. Trabalhador infatigável. Da diretoria de sua firma faziam parte David Nasser, jornalista famoso, Segadas Viana, que veio a ser Ministro do Trabalho, Antônio Marins Peixoto, mais tarde desembargador e presidente do Tribunal de Justiça.

3. O 2º Tribunal do Júri era situado na sólida construção colonial onde hoje está instalada a Casa Brasil-França. A Cidade do Rio de Janeiro, capital da República, vivia, naquele ano de 1954, momentos de intensa comoção. A oposição liderada pelo jornalista Carlos Lacerda movia tenaz campanha contra o Presidente Getúlio Vargas, acusando-o de ter sido o mandante do atentado sofrido por ele e pelo Major Vaz, vítima fatal, na Rua Tonelero, em Copacabana. André Jules Cateysson foi morto quando abastecia o seu Cadillac num posto de gasolina na entrada de Copacabana. A vida noturna fervilhante desse bairro imantava o imaginário da população. Rubem Braga escreve a crônica "Ai de ti, Copacabana!". O crime ocorreu em julho, Getúlio suicidou-se no mês seguinte.

4. O interrogatório foi longo e deixou perceber que as teses seriam legítima defesa e coação irresistível. Disse o acusado, Silvio Coelho, haver conhecido André em 1951, apresentado por amigo comum, surgindo daí o convite para a ele se associar na venda de apartamentos de sua empresa. O negócio prosperou, muitos imóveis foram vendidos. A Predial Corcovado Ltda. foi transformada em S.A., e ele, convidado, entrou com dois e meio milhões de cruzeiros para a sociedade, cujo capital realizado era de vinte milhões. Em razão de

desentendimentos entre os dois, André resolveu aproveitar um momento de dificuldade financeira de Silvio, e aumentou o capital da empresa para cinqüenta milhões, agüando sua participação. Foi aí, então, que André propôs sua retirada da sociedade, mas o que oferecia era insuficiente. Insatisfeito, procurara André para uma conciliação, e, quando o viu no posto Esso, parou e se dirigiu ao carro dele, mas, ao chegar perto, notou que André se debruçara para a direita, tentando apanhar uma arma. Foi, então, que tirou o revólver e atirou, não se lembrando do que aconteceu daí por diante.

5. Às 15h30m, o Juiz-Presidente Carlos Luiz Bandeira Stampa iniciou a leitura do processo, que se prolongou até às 22h, com duas interrupções para merenda dos jurados. Os advogados ali presentes, da defesa: Alfredo Tranjan e Humberto Teles, e os assistentes da acusação: Romeiro Neto e Evandro Lins e Silva, eram, sem favor, os maiores tribunos do júri daquele tempo. A expectativa era de um debate de proporções antológicas.

6. Às 22h30m, após demorada interrupção, reuniu-se novamente o Conselho de Sentença, e o Juiz-Presidente reencetou os trabalhos, dando a palavra ao Promotor de Justiça Everardo Moreira Lima. Postura hierática, voz firme e pausada, o promotor saudou o Presidente, os Jurados, os advogados de defesa e os da assistência da acusação, e leu o libelo-crime acusatório:

> "Por libelo-crime acusatório, diz a Justiça Pública, autora, por seu Promotor, contra o réu Silvio Coelho, por esta e melhor forma de Direito, o que a seguir é articulado.
>
> *E. S. N.*
>
> PROVARÁ:
>
> 1º que, no dia 16 de julho de 1954, cerca de 19 horas e 30 minutos, no Posto Esso, à Avenida Lauro Sodré nº 1, o réu fez disparos de arma de fogo contra André Jules Cateysson, matando-o, como positiva o auto de exame cadavérico de fls. 75/83;
>
> 2º que o réu praticou o crime por vingança, portanto, por motivo torpe;
>
> 3º que o réu praticou o crime em condições e mediante recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima;

4° que o réu é reincidente genérico;

5° que, nessas condições, deve ser o réu Silvio Coelho condenado nas penas do art. 121, incisos I, IV, do Código Penal, por ser de

JUSTIÇA "

7. Feita a leitura do libelo, iniciou o promotor sua oração, afirmando que aquele crime não era apenas o ato brutal de um homem ganancioso, mas o sinal de um tempo de transformações. Praticado às portas de Copacabana, o homicídio desvelara aos olhos da cidade o outro lado do bairro alegre e esportivo: Copasodoma, a cidade do vício e do pecado. O réu, cuja conduta desbragada fora objeto de censura da vítima, fez realizar, em edifício que a Predial Corcovado estava construindo na Rua Barata Ribeiro, um baile pré-carnavalesco, denominado Baile do Pissirico, em que predominou a mais baixa licenciosidade. Foi a gota d'água. Inconformado com a despedida, o réu não aceitou os termos do acordo que lhe fora proposto por Cateysson, e começou a propalar inverdades contra a empresa, dizendo-a em dificuldades financeiras, e contra a vítima, apontando-a como bissexual. Diante disso, a proposta foi retirada. Compra então o réu um revólver importado, calibre 38, cabo de madrepérola, e passa a dizer aos antigos colegas da empresa que ia matar André Cateysson. Este, advertido das ameaças, retrucara que Silvio não tinha coragem para tanto, que, se ele, André, o olhasse nos olhos, tiraria dele a arma e lhe daria umas palmadas.

8. A prova testemunhal, inclusive o depoimento do frentista que abastecia o carro da vítima, foi exaustiva no sentido de demonstrar que o réu aproximou-se do carro de André, que estava ao volante, junto à bomba de gasolina, e lhe desfechou cinco tiros pelas costas, que atingiram sua nuca, e da mesma forma sorrateira e fria retornou ao seu carro e fugiu.

O auto de exame cadavérico concluiu que a vítima fora morta logo no primeiro tiro que recebeu e que lhe transfixou a coluna cervical.

Os peritos que realizaram o exame do local do crime tiraram a chave da ignição e abriram o porta luvas, de onde retiraram vários objetos, inclusive um revólver, que se achava dentro do respectivo coldre.

A alegação de legítima defesa era insustentável.

9. A defesa sustentaria então que a vítima temia a concorrência do réu no mercado imobiliário, e por isso quis destruí-lo, lesando-o na participação que tinha na Corcovado, privando-o do conforto a que estava habituado, reduzindo-o à miséria e ao desespero. Essa versão que iria nutrir a tese da coação irresistível era juridicamente falaciosa, por lhe faltar a figura do coator, a menos que se admitisse o disparate de haver a vítima coagido o réu a matá-la. Assim, foi a versão desmantelada, não só pela prova testemunhal, como pela prova documental trazida aos autos e analisada em todos os seus pormenores por Evandro Lins e Silva.

10. O promotor qualificara de "miséria dourada" essa do réu, proprietário de vários apartamentos, dois automóveis e que comprara um revólver de cabo de madrepérola para matar seu desafeto, a pretexto de ter sido levado à miséria.

Não sustentou, entretanto, o promotor a alegação de reincidência do réu, porquanto não resultara condenação do fato de haver ele agredido o motorista de um carro que transportava a sua mulher para flagrá-lo em infidelidade.

Disse o promotor que o réu era como o sapo da fábula, inflou tanto que acabou estourando. Queria ser rico e poderoso como Cateysson, entretanto, vendo se lhe escaparem as chances que o seu criador lhe proporcionara, resolveu destruí-lo.

O ressentimento, a frustração, o malogro do projeto pessoal de grandeza, de ambição descomedida, envenenaram sua alma do desejo de vingança contra André. Não tendo coragem de olhá-lo nos olhos, de lhe dizer desaforos, de esbofeteá-lo, executou sua vingança de maneira fria e covarde. Troglodita do asfalto, afirmou o promotor.

11. Durante os debates, Romeiro Neto, no ardor do discurso, desce da tribuna, e, dirigindo-se ao réu, tacha-o de cínico, covarde e farsante.

Quando chegou a vez de a defesa se manifestar, Alfredo Tranjan, em atuação soberba, desce da tribuna, ocupa o mesmo lugar em que falara Romeiro Neto, e repete em voz estentórea, apontando também para o réu, os mesmos apodos: cínico, covarde, assassino, farsante. Volta para sua tribuna e diz aos jurados que daquela tribuna de acusação não se fizera outra coisa senão injuriar, caluniar, difamar e agredir o réu. No entanto, acrescenta Tranjan, não fazia muito tempo, ao defender Gregório Fortunato, havia aquele advogado reagido com energia às agressões verbais feitas ao seu cliente, exigindo maior respeito à figura do réu, que comparece ao Tribunal para se ver julgado e não para ser pessoalmente atacado. "*Reus res sacra est*", o réu é sagrado, bradara Romeiro; no entanto, ali estava ele agredindo verbalmente o seu constituinte.

Foi então que Romeiro reagiu, os ânimos se acirraram e o Juiz-Presidente teve de interromper a sessão, para acalmar os debatedores. Alta madrugada, reunidos no gabinete do Presidente, para um chá conciliador, o juiz, o promotor e os advogados, alguém lembrou que, às vezes, quando o réu usa terno recortado e gravata francesa, a acusação precisa usar desse recurso retórico para conjurar a empatia que às vezes se instala entre ele e os jurados.

12. Os debates foram realmente memoráveis. Às 7h50min da manhã de 16-XII-56, o MM. Juiz Presidente leu a sentença pela qual condenara o réu à pena de 13 anos de reclusão. O promotor recorreu da fixação da pena e o Tribunal de Justiça aumentou-a para 15 anos.

17/03/2004

Noticiário

XVI Concurso para ingresso no Ministério Público
(*Resgatando a Memória*)

Com a publicação do resultado final do XVI Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público completa-se o ciclo de resgate da memória de todos os concursos realizados no novo Estado do Rio de Janeiro, criado a partir da Fusão (1975), em número de 26, até o momento. A providência decorre do fato de que a nossa "*Revista do Ministério Público*" teve interrompida sua publicação no período compreendido entre 1991 e 1994. Portanto, durante quatro anos aqueles eventos, como muitos outros, ficaram sem registro na época oportuna em razão dos motivos expostos. Na *RMP-17* publicamos o resultado dos concursos de nºs. 12 e 13 e na de nº 18 constam os dados dos de nºs. 14 e 15. O 17º concurso e os que se seguiram passaram a ser noticiados, regularmente, a partir da *RMP* de nº 1, em sua nova fase.

XVI Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público

1. Constituição da Comissão de Concurso

Membros titulares: *Drs. Concelina Henrique de Souza, Hamilton Carvalhido, Julio Cesar de Souza, Mauro Campello* e *Paulo Ferreira Rodrigues.*

Membros suplentes: *Drs. Adolfo Borges Filho, Eduardo Othelo Gonçalves Fernandes, Leny Costa de Assis, Luiz Carlos Rodrigues da Costa* e *Mary Virginia Northrup.*

2. Bancas Examinadoras

2.1 Banca de Direito Penal

Presidente: *Dr. Sergio Demoro Hamilton.*

Direito Penal Comum

Dr. *Marfan Martins Vieira* (titular); Drs. *Helio José Ferreira Rocha* e *Antonio José Martins Gabriel* (suplentes).

Direito Penal Especial

Dr. *Carlos Antonio da Silva Navega* (titular); Drs. *Fernando Lúcio Lagoeiro de Magalhães* e *Wander Cezar Moreira* (suplentes).

Direito Processual Penal

Dr. *Sergio Demoro Hamilton* (titular); Drªs. *Elisabeth de Moraes Cassar Ferraz Alves* e *Ligia Portes Santos* (suplentes).

2.2 Banca de Direito Civil

Presidente: Dr. *Décio Luiz Gomes.*

Direito Civil

Dr. *Décio Luiz Gomes* (titular); Drªs. *Laiza de Paula Rossi* e *Maria Amélia do Couto Carvalho* (suplentes).

Direito Processual Civil

Drª. *Heloisa Helena Pires dos Santos* (titular); Drs. *Adolfo Borges Filho* e *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea* (suplentes).

Direito Comercial (*)

2.3 Banca de Direito Público

Presidente: Dr. *Ronaldo de Medeiros e Albuquerque.*

Direito Constitucional

Dr. *Luiz Otavio de Freitas* (titular); Drs. *Celso Benjó* e *Sergio Roberto Ulhoa Pimentel* (suplentes).

Direito Administrativo

Dr. *Ronaldo de Medeiros e Albuquerque* (titular); Drs. *Sergio Bastos Viana de Souza* e *Vera Maria Barreira Jatahy* (suplentes).

Princípios Institucionais do Ministério Público

Dr. *Carlos Roberto de Castro Jatahy* (titular); Drs. *Maria da Conceição Nogueira da Silva* e *Romero Lallemant Lyra* (suplentes).

3. Candidatos Inscritos: 850.

3.1 Que compareceram à prova preliminar: 706.

3.2 Candidatos Aprovados: 27

3.3 Candidatos Empossados: 27

4. Classificação Final dos Candidatos:

1º *Cristiane Gonçalo Soares*

2º *Lisângeli Alcântara Erthal Rocha*

(*) A banca não foi indicada pela Gerência de Suporte aos Concursos.

3º *Patrícia Mothé Glioche Béze*
4º *Carmem Eliza Bastos de Carvalho*
5º *Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho*
6º *Márcia Santos Capanema de Souza*
7º *Gianfilippo de Miranda Pianezzola*
8º *Ana Cristina Lesqueves Barra*
9º *Mario Moraes Marques Junior*
10º *Fernando Carlassara de Oliveira*
11º *Carla Rodrigues de Araujo*
12º *Ana Paula Baptista Villa*
13º *Rhohemara dos Santos Carvalho Arce dos Santos*
14º *Márcia Colonese Lopes Guimarães*
15º *Joel Cesar Dantas de Sampaio*
16º *Nizete de Azevedo Oliveira*
17º *Débora Maria Barbosa Sarmento*
18º *Américo Lúzio de Oliveira Filho*
19º *Sheila Cristina Vargas Ferreira*
20º *Anaiza Helena Malhardes Miranda*
21º *Augusto Vianna Lopes*
22º *Gloria Rocha Kayat*
23º *Ana Beatriz Villar da Cunha*
24º *Plínio de Sá Martins*
25º *Fátima Lúcia Alves Ferreira Nunes*
26º *Valéria Videira Costa*
27º *Ana Carolina Mendes Nogueira Gomes*

Homenagem aos novos Procuradores de Justiça

1. Uma das belas cerimônias que marcam o calendário de eventos do Ministério Público é, sem dúvida, a homenagem prestada aos colegas que chegam ao final da carreira.

No presente ano, a solenidade teve lugar no dia 13 de fevereiro, no auditório "Procurador de Justiça Simão Isaac Benjó", situado no 5º andar do edifício-sede do Ministério Público, perante o Órgão Especial do Colégio dos Procuradores de Justiça, presidido pelo Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Antônio Vicente da Costa Junior*.

2. A relação completa dos novos Procuradores e respectivos padrinhos é a seguinte:

Dra. *Silvia Maria Castelo Branco Siqueira* e seus padrinhos, Doutores *Sergio Demoro Hamilton* e *Maria Cristina Menezes de Azevedo*;

Dra. *Rosa Maria dos Reis Parise* e seus padrinhos, Doutores *Sergio Bastos Viana* e *Fátima Maria Ferreira Melo*;

Dra. *Maria Ignez Carvalho Pimentel* e seus padrinhos, Doutores *Luiz Carlos H. de Albuquerque Maranhão* e *Maria da Conceição Nogueira da Silva*;

Dr. *Guilherme Eugênio de Vasconcellos* e seus padrinhos, Doutores *Rogério Carlos Scatamburlo* e *Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque*;

Dra. *Nelcy Pereira Lessa* e seus padrinhos, Doutores *Pedro Elias Erthal Sanglard* e *Heloisa Maria Daltro Leite*;

Dr. *Carlos Cícero Duarte Júnior* e seus padrinhos, Doutores *Décio Luiz Gomes* e *Marly de Almeida Leite Perorázio Tavares*;

Dra. *Laíse Helena Silva Macedo* e seus padrinhos, Doutores *Roberto Abranches* e *Assy Mirza Abranches*;

Dr. *Talma Prado Castello Branco Junior* e seus padrinhos, Doutores *Cesar Romero de Oliveira Soares* e *Ariadne Mitrapoulos Esteves* e

Dra. *Cristina Maria Nogueira de Vasconcellos Costa* e seus padrinhos, Doutores *Carlos Roberto de Castro Jatahy* e *Maurício Assayag*.

3. A cerimônia teve início com a chamada nominal dos empossados, um de cada vez, para, na companhia dos seus padrinhos, assinar o termo de posse.

4. Seguiu-se a saudação gratulatória aos homenageados proferida, de improviso, pelo Procurador de Justiça, Dr. *João Baptista Lopes de Assis Filho*, cabendo à Dra. *Silvia Maria Castelo Branco Siqueira* falar em nome dos empossados. Transcrevemos, por oportuno, o seu pronunciamento:

"É um privilégio ter a oportunidade de falar em meu nome e de meus colegas, agradecendo as palavras tão delicadas de boas vindas.

Hoje chegamos, com muita alegria, ao ápice de nossa carreira. Carreira que abraçamos com o coração e com muito orgulho.

Temos uma característica comum: todos nós, à exceção da Dra. *Rosa Maria dos Reis Parise*, somos do mesmo concurso e fomos os primeiros Promotores de Justiça empossados após a promulgação da

Constituição de 1988. Ingressamos, pois, num Ministério Público fortalecido e independente.

Ingressamos num Ministério Público elevado constitucionalmente ao patamar de principal defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e todos nós, no exercício de nossas atribuições nos órgãos de execução de primeiro grau, trabalhamos com muita dedicação em defesa da Lei, do Direito e da Justiça. Não experimentamos as limitações outrora impostas como parte no processo penal e de *custos legis* nos processos cíveis. Entramos num Ministério Público já com titularidade de protagonistas da Justiça, defendendo, verdadeiramente, nossa sociedade.

Quando falamos em Justiça, queremos nos referir àquela Justiça tratada por ARISTÓTELES em sua obra *Ética a Nicômaco*. A Justiça definida como a disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, desejando e agindo neste sentido. A justiça considerada como a maior das virtudes - virtude completa. Este é o ideal dos Promotores e Procuradores - fazer a verdadeira Justiça.

Voltar no tempo e lembrar os primeiros anos, quando ingressamos no Ministério Público, após vencer um difícil concurso e após enfrentar lutas diárias, ultrapassando inúmeros obstáculos, com um trabalho intenso e constante estudo, é gratificante. Chegamos até aqui confiantes na nobreza de nossa missão e cientes das dificuldades do caminho, mas ainda apaixonados pela causa da Justiça.

O primeiro grau já é passado e agora, ao subirmos o último degrau de nossa carreira, podemos nos sentir orgulhosos de termos conseguido superar todas as dificuldades e temos a certeza de que vamos dar continuidade à nossa missão institucional. Sabemos que é uma fase de amadurecimento profissional e o coroamento de nossas carreiras, mas a luta prossegue, no esforço conjunto de bem exercermos as nossas funções, buscando engrandecer, a cada parecer acostado aos autos, nossa Instituição que cada vez mais desfruta de credibilidade junto a todos os segmentos da sociedade, graças ao esforço que vem sendo empreendido por todos nós, os integrantes do Ministério Público.

Cada um de nós trilhou uma estrada diferente, cada qual com as suas peculiaridades, mas todos os caminhos percorridos com coragem e dedicação. Vivenciamos experiências diversas, que se juntam neste dia, para enriquecer o Ministério Público de segundo grau com a diversidade de nossas experiências.

A partir desse dia nossa responsabilidade é ainda maior, pois, sem a pretensão de ensinar aos Promotores mais jovens, podemos abrir nossos corações para lhes contar sobre nossas vivências profissionais e como superamos nossos obstáculos. Achamos que é de suma importância essa troca de idéias entre Promotores e Procuradores, pois, sabemos que todos somos Promotores de Justiça, apenas com atuação em grau de jurisdição diferente.

Temos a certeza que cumprimos plenamente a relevante missão que o legislador constituinte nos confiou, trazendo para o Ministério Público o prestígio que o destaca.

Uma nova etapa foi vencida e é preciso continuar caminhando. E com o novo cargo que ora assumimos continuaremos a caminhar com passos fortes, a fim de deixarmos marcas na "areia" e sempre reafirmando o compromisso com os ideais do Ministério Público contribuindo para o aperfeiçoamento da Instituição.

Agradecemos a todos que nos ajudaram neste longo caminhar - aos nossos pais, maridos, mulheres, filhos, amigos e colegas.

Cumprimentamos e agradecemos a gentileza de nossos padrinhos e de todos os que aqui compareceram e que aceitem nossa promessa sincera de um bom desempenho no cargo ao qual fomos alçados.

Que Deus nos abençoe e nos ilumine sempre nesta caminhada.

Muito obrigada"

5. A solenidade viu-se encerrada com a palavra do Procurador-Geral de Justiça que, também de improviso, deu as boas-vindas aos novos Procuradores de Justiça.

6. O auditório do 5º andar encontrava-se lotado, contando com a presença de grande número de Procuradores de Justiça, inclusive inativos, bem como de familiares e amigos dos homenageados. Destaque-se, ainda, a presença do Dr. *Roberto Abranches*, Presidente do CEPROJUS, bem como dos desembargadores *Giuseppe Ítalo Brasilino Vitagliano* e *Mota Morais*.

7. Após a solenidade foi servido um coquetel no 4º andar do edifício-sede do Ministério Público.

Eleição no CEPROJUS

A Assembléia Geral ordinária do Centro dos Procuradores de Justiça - RJ elegeu, em 11 de março de 2004, por aclamação, a chapa única constante dos seguintes nomes:

Conselho Diretor

Presidente	*Roberto Abranches*
Vice-Presidente	*Hugo Jerke*
Primeiro Secretário	*Arilda Sandra da Silva Nunes*
Segundo Secretário	*Karla Maria da Cruz Carvalho*
Primeiro Tesoureiro	*Mary Virgínia Northrup*
Segundo Tesoureiro	*Heloisa Maria Alcofra Miguel*
Diretor Social	*Fátima Maria Ferreira de Mello*
Diretor Cultural	*Leny Costa de Assis*
Diretor de Relações Externas	*Luiza Thereza Baptista de Matos*
Diretor Assistencial	*Regina Lucia Natal de Carvalho*
Diretor de Turismo	*Gerson Nicácio Garcia*

Conselho Consultivo

Francisco Habib Otoch (Membro Nato)
Antônio Augusto de Vasconcelos Neto
Atamir Quadros Mercês
Danilo Domingues de Carvalho
Francisco Massá Filho
José da Silveira Lobo
Waldy Genuíno de Oliveira
Maria Lucia das Chagas Gomes de Sá
Marija Yrneh Rodrigues de Moura

Norton Esteves Pereira de Matos
Paulo de Salles Guerra

CONSELHO FISCAL

Efetivos:

Déa Araújo de Azeredo, Everardo Moreira Lima, Adilse de Oliveira Ramos, Márcio Klang e *Nader Couri Raad.*

Suplentes:

Mauro Campello e *Vera de Souza Leite.*

A posse ocorreu no dia 1 de abril do ano em curso, valendo o registro de que o mandato da nova direção do CEPROJUS será de dois anos (2004/2006).

Estágio Forense. Posse dos novos estagiários do Ministério Público

1. Teve lugar no dia 12 de março do corrente anos a cerimônia de assinatura do termo de compromisso dos candidatos aprovados e classificados no II Exame de Admissão ao Estágio Forense do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. A solenidade desenvolveu-se no auditório do 9º andar do edifício-sede do Ministério Público.

2. A Mesa dos trabalhos estava assim constituída: Dr. *Antonio Vicente da Costa Junior*, Procurador-Geral de Justiça e Presidente dos Trabalhos; Dra. *Denise Freitas Fabião Guasque*, Corregedora-Geral do Ministério Público; Dr. *Maurício Assayag*, Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais; Dr. *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento; Dr. *Celso Fernando de Barros*, Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Jurídicos; Dr. *Geraldo Antonio Rangel de Azeredo Coutinho*, Subcorregedor-Geral do Ministério Público; Dr. *Antônio José Martins Gabriel*, Subcorregedor-Geral do Ministério Público; Dr. *Hugo Jerke*, Diretor-Executivo da FEMPERJ; Dr. *José Luiz Martins Domingues*, Secretário-Geral de Administração da Procuradoria-Geral de Justiça, e Dr. *Sergio Demoro Hamilton*, Diretor da *Revista do Ministério Público*.

3. Com o ingresso, sob aplausos, dos estagiários aprovados, teve início a cerimônia, que obedeceu o seguinte desdobramento:

a) O Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Antonio Vicente da Costa Junior*, deu por aberta a sessão, convocando os presentes para, de pé, cantarem o Hino Nacional Brasileiro;

b) Usou da palavra, em seguida, o Procurador-Geral de Justiça, que, em comovido improviso, saudou os acadêmicos de Direito;

c) Ouviu-se, então, a fala da Corregedora-Geral do Ministério Público, aqui transcrito na íntegra:

> "Se é verdade que Deus imprime uma tendência em cada alma, creio que nasci com a vocação para o Ministério Público.
>
> Não há tarefa mais sedutora que a de Promotor de Justiça. Não é por certo a de maior destaque – pobre de nós! Mas é, seguramente, a de maior realização para quem alça vôo um pouco acima das coisas perecíveis.
>
> Não conheço maior ventura que a desse devotamento: o mister de promover a justiça. Eu não o troco por posição política alguma, não o permuto por outra e, sobretudo, não o barganho pelas passageiras e enganadoras benesses desse mundo.
>
> Para cúmulo de minha felicidade, eu pude não apenas estar como Corregedora-Geral, mas ainda participar do processo de estruturação do Estágio do acadêmico de Direito, iniciado na gestão de nossa querida e amiga ex-Corregedora-Geral, Procuradora de Justiça, Dra. *Dalva Pieri Nunes.*
>
> Para minha alegria, posso hoje ver o *Parquet* não como MACHADO DE ASSIS em relação a Corina:
>
> "Cheio de amor, vazio de esperanças."
>
> Mas como filha confiante que procura a mãe acolhedora. "Rica de amor e plena de esperanças".
>
> E vou desenterrando minhas memórias do fundo do passado, quando o nosso estágio ainda tinha um perfil eminentemente familiar, e percebo quão grandiosa é a idéia do nosso Procurador-Geral, Dr. *Antônio Vicente da Costa Júnior*, em criar a remuneração do estágio com uma regulamentação mais profissional e adequada a nossa realidade.
>
> Esta felicidade, este estado d'alma construído pelo gozo das coisas boas que já temos e pela esperança comedida das que nos são possíveis, há de ser cultivada e desenvolvida. Há de ser duradoura.

Não posso esquecer de externar minha gratidão a toda equipe da Corregedoria-Geral, principalmente a participação efetiva e indispensável do Subcorregedor-Geral, Dr. *Antonio José Martins Gabriel*, dos funcionários, Sra. *Elisabeth Cury Goyano Bastos*, Sra. *Maria de Fátima Noya da Silva*, Sra. *Honorina de Souza Melo*, Sr. *Amaury Pinto de Lemos*, da Procuradoria-Geral, o que faço na pessoa do nosso Procurador-Geral e dos funcionários de nossa casa, a quem homenageio na pessoa da Sra. *Vera Alice Teixeira de Abreu*.

A todos os colegas, deixo minhas desculpas por não haver conseguido atingir toda a grandeza da proposta iniciada pela nossa ex-Corregedora-Geral, pelo então Assessor da Corregedoria, o Promotor de Justiça, Dr. *Julio Roberto Costa da Silva* e do nosso Procurador-Geral de Justiça, pela carinhosa paciência com que tratou minha ansiedade em ver nascer este embrião.

Não posso deixar de registrar o meu especial agradecimento ao d. Presidente da FEMPERJ, Procurador de Justiça, Dr. *Hugo Jerke* e ao Diretor de Projetos, Procurador de Justiça, Dr. *Luiz Fabião Guasque*, os quais empenharam todos os esforços na organização e aplicação do exame de seleção, viabilizaram a programação dos cursos complementares à formação do estagiário, não só através de aulas expositivas, como também por meio de cursos "*on line*", disponibilizando também um espaço no site da FEMPERJ para criar um Fórum de Discussão permanente, possibilitando um acompanhamento contínuo sobre dúvidas do dia-a-dia.

O sonho de trilhar a vida profissional inicia-se para muitos aqui neste ato, e o sonho é indispensável para que possamos lutar por uma sociedade livre, justa e solidária, de forma a alcançar um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Deixo para todos as mais profundas congratulações pela vitória na aprovação do exame de seleção.

Despeço-me com uma mensagem de Madre Tereza de Calcutá:

"Muitas vezes, as pessoas são egocêntricas, ilógicas e insensatas.
Perdoe-as assim mesmo.
Se você é gentil, as pessoas podem acusá-lo de egoísta, interesseiro.
Seja gentil assim mesmo.
Se você é um vencedor, terá alguns falsos amigos e alguns inimigos verdadeiros.
Vença assim mesmo.
O que você levou anos para construir, alguém pode destruir de uma hora para outra.
Construa assim mesmo.
Se você tem paz, é feliz, as pessoas podem sentir inveja.
Seja feliz assim mesmo.
Dê ao mundo o melhor de você, mas isso pode nunca ser o bastante.
Dê o melhor de você assim mesmo.
Veja você que, no final das contas, é entre você e Deus.
Nunca foi entre você e as outras pessoas."
MADRE TEREZA DE CALCUTÁ

d) Seguiu-se o pronunciamento do Dr. *Antônio José Martins Gabriel*, Subcorregedor-Geral do Ministério Público, nos termos seguintes:

"É a vocês que direciono minha breve intervenção.

Antes, porém, gostaria de agradecer os elogios que me foram dispensados pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça e pela Exma. Corregedora-Geral do Ministério Público. O Dr. *Antônio Vicente da Costa Júnior* é reconhecidamente um homem generoso, razão pela qual os elogios devem ser creditados na conta corrente da generosidade e do carinho que o mesmo devota a todos os membros da instituição. Quanto à Dra. *Denise Freitas Fabião Guasque*, eu diria que sou apenas um executor das diretrizes traçadas por V. Exa, razão pela qual, em verdade, todos os méritos lhe pertencem de pleno direito e fato. Aliás, o brilho desta solenidade se deve muito ao seu empenho pessoal em fazer as coisas acontecerem.

Retomando minha fala direcionada aos estagiários, gostaria, inicialmente, em nome da instituição Ministério Público, na condição de Coordenador do Estágio Forense, de lhes dar as boas vindas e de os parabenizar pela competência demonstrada ao lograrem aprovação num exame de seleção aberto ao público de notório grau de dificuldade, envolvendo 50 questões, distribuídas por 7 matérias.

Ao contrário do que é usual em outras instituições, o Ministério Público faz questão de receber solenemente seus estagiários, em cerimônia pública prestigiada pela presença do Procurador-Geral de Justiça e da Corregedora-Geral do Ministério Público, certamente os dois cargos mais importantes na hierarquia institucional, exercitados na atualidade com competência e dinamismo, respectivamente, pelo Dr. Antônio Vicente da Costa Júnior e pela Dra. Denise Freitas Fabião Guasque.

E este ato solene não ocorre por acaso. Ao contrário, ele objetiva sinalizar à sociedade que o Estágio Forense foi guindado ao rol das prioridades do Ministério Público.

Neste ponto, é oportuno proceder-se a uma breve prestação de contas.

Nosso Estágio Forense passou a ser remunerado.

Em ação ousada e inovadora, o Ministério Público realizou seu exame de seleção aberto ao público de forma regionalizada. Para tanto, o Estado do Rio de Janeiro foi dividido em 5 áreas, sendo a prova realizada no mesmo dia e horário, simultaneamente em 6 cidades (Rio de Janeiro, Valença, Petrópolis, Nova Friburgo, Campos e Cabo Frio). E tudo se processou, com a graça de Deus, sem qualquer incidente. Isto nunca foi feito por nenhuma instituição.

Hoje, pela manhã, neste mesmo auditório, os estagiários tiveram oportunidade de escolher os órgãos de execução junto aos quais irão estagiar, sendo rigorosamente observada a ordem de classificação. A todos foi assegurado o direito de estagiar na comarca onde reside. Isto é transparência, isto é democracia.

O Ministério Público irá, ainda, proporcionar aos seus estagiários da capital, aos sábados, pela manhã, em regra, quinzenalmente, módulos de aulas que serão ministrados na Fundação Escola do Ministério Público (FEMPERJ) por Promotores e Procuradores de Justiça de renome na instituição, objetivando fornecer-lhes uma visão prática das diversas áreas de atuação do *Parquet*. Tampouco esquecemos de nossos estagiários do interior, na medida em que estamos preparando para eles, em substituição às aulas convencionais ministradas em sala, módulos *on line* ministrados à distância, com auxílio do computador, envolvendo o envio do resumo das aulas e de questões dissertativas, que serão posteriormente corrigidas pelos professores.

Finalmente, para não me alongar mais, gostaria de informar aos nossos estagiários que o Ministério Público irá empreender todos os esforços que estiverem ao seu alcance para implementar, o mais breve possível, um concurso anual de monografias dos estagiários do Ministério Público, nos moldes do já existente Prêmio *Luiz Carlos Cáffaro* que é destinado exclusivamente a membros da instituição. Trata-se de uma medida pioneira, que, a nosso sentir, se afigura fundamental para estimular a produção acadêmica dos nossos futuros juristas.

Enfim, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, através dos seus membros, Promotores e Procuradores de Justiça, e de seu gabaritado e dedicado corpo de funcionários, tudo fará para que cada um de vocês tenha orgulho em ser estagiário do Ministério Público e se sinta estimulado a enfrentar futuramente o concurso para ingresso na classe inicial do Ministério Público, para que, em sendo aprovado, passe a integrar em caráter definitivo nossa família.

Encerrando, gostaria de saudar os familiares dos estagiários aprovados que hoje aqui se encontram. Parabéns, os seus "meninos" e "meninas" são puro talento, e, certamente, irão continuar a proporcionar-lhes grandes alegrias, pois o sonho é o limite do homem e àqueles que não sonham, gostaria de citar um pequeno trecho de um poema intitulado "Pedra Filosofal", que depois veio a ser musicado, transformando-se num ícone da música popular

portuguesa:

"(...) Eles não sabem, nem sonham, que o sonho comanda a vida. E que sempre que um homem sonha, o mundo pula e avança, como uma bola colorida entre as mãos de uma criança (...)".

e) Falou, após, o estagiário Eugênio André da Silva Corrêa, para, em nome dos demais colegas, registrar sua mensagem. São suas palavras:

"Boa tarde a todos os presentes!

Peço licença aos colegas estagiários para proferir algumas poucas palavras, em nome de toda a turma.

Inicialmente, gostaria de dizer que nos sentimos honrados, prestigiados, com a presença, nesta cerimônia: do Dr. *Antonio Vicente da Costa Junior* (Procurador-Geral de Justiça); da Dra. *Denise Freitas Fabião Guasque* (Corregedora-Geral); do Dr. *Geraldo Antônio Rangel de Azeredo Coutinho* (Subcorregedor-Geral); do Dr. *Antônio José Martins Gabriel* (Subcorregedor-Geral e Coordenador de Estágio Forense); do Dr. *José Luiz Martins Domingues* (Secretário-Geral de Administração) e do Dr. *Hugo Jerke* (Presidente da FEMPERJ).

Obrigado pela presença de Vossas Excelências.

Aproveito esse momento para agradecer aos titulares de Promotorias e Procuradorias de Justiça, que se dispuseram a requisitar estagiários, com isso possibilitando aos acadêmicos de Direito que aqui, hoje, prestam compromisso, relevante oportunidade de aprendizado.

Faço um elogio à Coordenação de Estágio Forense e a toda sua equipe que, em parceria com a FEMPERJ, promoveu a seleção de estagiários de maneira irretocável. Certame que contou com a participação de mais de 1.500 candidatos, em todo Estado do Rio de Janeiro. E que culmina, hoje, com a assinatura do termo de compromisso, nesta cerimônia, em que contamos com a presença das mais importantes autoridades do *Parquet* estadual.

Percebo, por parte da coordenação de estágio, a intenção de privilegiar o aspecto pedagógico do

estágio jurídico, a vontade de fazer do Programa de Estágio do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro um programa de referência em termos de estágio forense.

De maneira que tenho a certeza que fizemos excelente opção por estagiar nesta instituição que, como reza a Constituição da República, é permanente e essencial ao exercício da função jurisdicional do Estado.

Senhores, finalizando minha participação, peço vênia para ler dois parágrafos de autoria do escritor uruguaio EDUARDO GALEANO.

Vamos à leitura.

"**Se Alice voltasse.**

Há cento e trinta anos, depois de visitar o país das maravilhas, Alice entrou num espelho para descobrir o mundo ao avesso. Se Alice renascesse em nossos dias, não precisaria atravessar nenhum espelho: bastaria que chegasse à janela.

O mundo ao avesso gratifica o avesso: despreza a honestidade, castiga o trabalho, recompensa a falta de escrúpulos e alimenta o canibalismo. Seus mestres caluniam a natureza: a injustiça, dizem, é a lei natural."

Meus colegas, num futuro breve, os senhores serão advogados, Defensores Públicos, Delegados de Polícia, Magistrados, quiçá, até, Promotores de Justiça. Não importa a função que escolherem. O que importa é que tenham caráter, que sejam éticos. Parabéns pela aprovação, sucesso.

E muito obrigado !"

f) Em prosseguimento deu-se a leitura do compromisso, prestado pela estagiária Kátia Mitsue Peters Takenaka, em nome dos demais aprovados. Resta transcrevê-lo:

"Assumo o compromisso de exercer as incumbências que me forem cometidas, com

probidade, zelo, discrição e eficiência, observando as disposições legais e regulamentares pertinentes, bem como a orientação dos órgãos de execução do Ministério Público que auxiliarei."

g) Por fim, houve a entrega de placas comemorativas do evento, homenageando as seguintes personalidades: Dr. *Antonio Vicente da Costa Junior*, Procurador-Geral de Justiça, placa entregue pelo Dr. *Antonio José Martins Gabriel*, Subcorregedor-Geral do Ministério Público; Procuradora de Justiça, Dra. *Dalva Pieri Nunes*, placa entregue pela Dra. *Denise Freitas Fabião Guasque*, Corregedora-Geral do Ministério Público; Promotor de Justiça, Dr. *Julio Roberto Costa da Silva*, placa entregue pelo Promotor de Justiça, Dr. *Celso de Andrade Loureiro*; Procurador de Justiça, Dr. *Hugo Jerke*, Diretor-Executivo da FEMPERJ, placa entregue pelo Dr. *Geraldo Antonio Rangel de Azeredo Coutinho*, Subcorregedor-Geral do Ministério Público; Sra. *Maria de Fátima Noya da Silva*, funcionária da Corregedoria-Geral do Ministério Público, placa entregue pelo Promotor de Justiça, Dr. *Orlando Carlos Neves Belém*.

Coube à funcionária *Iowanda de Azevedo Mendes Corrêa*, encerrando as homenagens, fazer a entrega de um ramalhete de flores à Corregedora-Geral do Ministério Público, Dra. *Denise Freitas Fabião Guasque*.

h) Com a fala do Procurador-Geral de Justiça a cerimônia ganhou encerramento.

4. Após a solenidade, foi servido um coquetel para todos os presentes.

5. Anote-se, por derradeiro, a presença de expressivo número de Procuradores e Promotores de Justiça, bem como de funcionários da Procuradoria-Geral de Justiça.

Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil (*)
(Fevereiro de 2004)

A "Associação Nacional dos Membros do Ministério Público" - CONAMP - encomendou ao IBOPE pesquisa sobre a imagem do Ministério Público junto à população, em cotejo com a de outras importantes instituições públicas.

O trabalho, levado a efeito entre os dias 7 e 11 de fevereiro de 2004, envolveu 2000 entrevistas realizadas em 145 municípios das 5 regiões do país, apresentando intervalo de confiança estimado em 95% e margem de erro máxima de 2,2 pontos percentuais para mais ou para menos sobre os resultados encontrados no total da amostra.

(*) Transcrito, em parte, da apresentação do livro editado pela CONAMP, sobre a pesquisa em questão, organizado pelo Procurador de Justiça, Dr. *Marfan Martins Vieira*, Presidente da CONAMP.

De acordo com a pesquisa, o Ministério Público é a quarta instituição com maior credibilidade, perante a população, superada, apenas, pela Igreja Católica, Forças Armadas e Imprensa, as três tecnicamente empatados na liderança.

Para a maioria dos entrevistados, o Ministério Público deve realizar *diretamente* investigações criminais. Segundo a opinião de 68% das pessoas consultadas, os promotores e procuradores deveriam investigar *todos* os crimes, contra o entendimento de apenas 4% que defendem a exclusividade da investigação pela polícia.

Os entrevistados elegeram, ainda, áreas prioritárias para a ação do Ministério Público. O combate geral ao crime liderou o *ranking*, seguido do combate à corrupção, da defesa à infância e juventude, idosos e deficientes; do combate ao trabalho infantil e do trabalho escravo; da defesa do consumidor e do meio-ambiente; da fiscalização dos processos relativos aos acidentes do trabalho, dos processos de família e da defesa do direito dos indígenas.

Outro dado significativo revelado na pesquisa é que a maciça maioria dos entrevistados não só *aprova* a atuação do Ministério Público como entende que ela deve ser *ampliada*.

Sobre a polêmica questão de poderem os promotores e procuradores divulgar à população dados a respeito das investigações ou processos em que o Ministério Público esteja atuando, salvo os protegidos pelo sigilo, a pesquisa revela que 78% dos entrevistados são favoráveis a essa *divulgação* e, portanto, *contrários a qualquer tipo de mordaça*.

Aniversário do Procurador-Geral (**)

1. A festa em homenagem ao aniversário do Procurador-Geral de Justiça talvez seja a mais tradicional comemoração do nosso *Parquet*. Contou-nos veterano colega que, pelo menos desde o início da década de sessenta do século passado, ela vem sendo realizada sem interrupção. Lembra-se o aludido colega de um jantar realizado na bela sede do "*Fluminense Football Club*" em homenagem ao então Procurador-Geral, Dr. *João Baptista Cordeiro Guerra*, como sendo a mais remota de que tem lembrança.

2. No presente ano, a AMPERJ, em parceria com a CAMPERJ, CEPROJUS e COOMPERJ, fez realizar no dia 21 de maio, na suntuosa sede social do "*Jockey Club Brasileiro*", situada na Avenida Presidente Antônio Carlos, no Centro, a festa comemorativa do aniversário natalício do Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Antonio Vicente da Costa Junior*.

3. O evento teve lugar no 11° andar, contando com a presença de expressivo número de Procuradores e Promotores de Justiça, bem como de funcionários da Procuradoria-Geral de Justiça.

(**) A relação completa de autoridades presentes não foi remetida à ***RMP*** para fim de publicação.

Da parte da Administração Superior do Ministério Público, compareceram, entre outros, os Drs. *Carlos Roberto de Castro Jatahy* (Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento), *Celso Fernando de Barros* (Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Jurídicos), *Denise Freitas Fabião Guasque* (Corregedora-Geral do Ministério Público) e *José Luiz Martins Domingues* (Secretário-Geral de Administração).

Destaque-se, ainda, a presença da Sra. Governadora do Estado do Rio de Janeiro, *Rosinha Garotinho*, do Vice-Governador do nosso Estado, *Luiz Paulo Fernandes Conde*, do Secretário de Estado de Segurança Pública, *Anthony Garotinho*, dos Deputados Federais *Antonio Carlos Silva Biscaia* (ex-Procurador-Geral de Justiça) e *Júlio Lopes*, do Desembargador *Angelo Moreira Glioche* e do ex-Procurador-Geral de Justiça *Atamir Quadros Mercês*.

Averbe-se, outrossim, o comparecimento dos membros do E. Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, *Marija Yrneh Rodrigues de Moura*, *Sergio Bastos Viana de Souza*, *Francisco Antônio Souto e Faria* e *Márcia Álvares Pires Rodrigues*, bem como dos integrantes do E. Conselho Superior do Ministério Público, *Décio Luiz Gomes*, *Maria Cristina Menezes de Azevedo*, *Kleber Couto Pinto* e *Cláudio Soares Lopes*.

Também presentes os Procuradores de Justiça *Marfan Martins Vieira*, Presidente da AMPERJ, *Roberto Abranches*, Presidente do CEPROJUS, e *Luiz Antônio Ferreira de Araújo*, Presidente da COOMPERJ.

Estágio Forense (segunda convocação)

1. No dia 1° de junho de 2004, 36 candidatos aprovados no II Exame de Admissão ao Estágio Forense, coordenado pela Corregedoria-Geral de Ministério Público, firmaram termo de compromisso, em solenidade realizada no auditório "Procurador de Justiça Simão Isaac Benjó", situado no 5° andar do edifício-sede do Ministério Público.

2. A Mesa dos trabalhos estava assim constituída: Dr. *Antonio Vicente da Costa Junior*, Procurador-Geral de Justiça (Presidente); Dra. *Denise Freitas Fabião Guasque*, Corregedora-Geral do Ministério Público; Dr. *Antônio José Martins Gabriel*, Subcorregedor-Geral do Ministério Público; Dr. *Geraldo Antonio Rangel de Azeredo Coutinho*, Subcorregedor-Geral do Ministério Público; os Promotores de Justiça, Drs. *Celso de Andrade Loureiro*, *Orlando Carlos Neves Belém*, *Ana Paula Rodrigues da Rocha* e *Nizete Azevedo Oliveira*, todos Assessores da Corregedoria-Geral do Ministério Público e Dr. *Sergio Demoro Hamilton*, Diretor da *Revista do Ministério Público*.

3. Formada a Mesa, deu-se o ingresso em plenário dos novos estagiários, recebidos com os merecidos aplausos.

4. Ouviu-se, então, a execução do Hino Nacional Brasileiro, por todos cantado.

5. Em seguida, usou da palavra o Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Antonio Vicente da Costa Junior*, que, em belo improviso, saudou os novos estagiários. Seguiu-se o pronunciamento da Corregedora-Geral do Ministério Público, Dra. *Denise Freitas Fabião Guasque*.

Por fim, falando de improviso, foi a vez do Procurador de Justiça aposentado, Dr. *Sergio Demoro Hamilton*, proferir saudação gratulatória aos empossandos.

6. Terminadas as homenagens, procedeu-se a convocação à Mesa, para assinar o termo de posse, do acadêmico Raphael Francisco Leite Pinto de Carvalho, representando todos os demais colegas.

7. Com a palavra do Procurador-Geral de Justiça, a sessão foi encerrada.

8. Após a solenidade foi servido um lanche aos presentes.

FEMPERJ auxilia a RMP

1. Por ocasião da edição da *Revista do Ministério Público* de nº 18, que, na realidade, representava o 70º número de nosso órgão cultural, fizemos acompanhar os exemplares distribuídos envoltos em uma cinta contendo os dizeres:

"70º número da Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (1967 - 2003)"

2. Na ocasião, prestamos aos leitores a explicação necessária para o entendimento da providência tomada.

3. Como a licitação então empreendida não previa aquela despesa, solicitamos o auxílio da Fundação Escola do Ministério Público (FEMPERJ), através de seu Diretor-Executivo, Dr. *Hugo Jerke*, que, prontamente, se dispôs a financiar o gasto decorrente do trabalho executado.

4. Fica registrado nosso profundo agradecimento para com o Dr. *Hugo Jerke* pela boa vontade com que atendeu ao apelo da Direção da *Revista do Ministério Público*, evitando que passasse *in albis* tão marcante acontecimento.

Medalha Pedro Ernesto (***)

Nosso colega, Procurador de Justiça *José Augusto de Araújo Neto*, foi agraciado, no dia 21 de outubro de 2003, com a "Medalha Pedro Ernesto", condecoração maior da Câmara de Vereadores da Cidade do Rio de Janeiro. A outorga da medalha deveu-se à proposta do Vereador Fernando Gusmão, acolhida por unanimidade pelo parlamentares daquela Casa.

(***) A presente notícia somente agora vem publicada por não haver sido comunicada à *RMP* aquele evento na época oportuna.

Quinto Constitucional

Nomeadas Desembargadoras no chamado "Quinto Constitucional", nas vagas destinadas aos membros do Ministério Público, as Procuradoras de Justiça*Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque* e *Helda Lima Meireles*. A primeira delas tomou posse no dia 28 de junho, ao passo que a segunda somente foi nomeada aos 29 de junho de 2004, através do Decreto da Exma. Sra. Governadora do Estado, Rosinha Garotinho, publicado no DOE de 30.06.2004.

Novos Procuradores de Justiça

No período compreendido entre 1° de janeiro a 30 de junho de 2004, foram promovidos ao cargo de Procurador de Justiça na carreira do Ministério Público os seguintes colegas:

Afranio Silva Jardim
Cristina Maria Nogueira de Vasconcellos Costa
Francisco Chagas Bruno

Vitaliciamentos

No período compreendido entre 1° de janeiro a 30 de junho de 2004, foram vitaliciados na carreira do Ministério Público os seguintes colegas:

Cristiane Branquinho Lucas
Daniel Favoretto Barbosa
Frederico Antonio Bonfatti Teixeira Monteiro
Karine Susan Oliveira Gomes
Patrícia de Oliveira Souza Fernandes de Castro
Paulo Roberto Mello Cunha Júnior
Rosana Rodrigues de Alves Pereira
Suzana Salgado Lopes

Aposentadorias

No período compreendido entre 1° de janeiro a 30 de junho de 2004, aposentaram-se na carreira do Ministério Público os seguintes colegas:

Marly de Almeida Leite Perorázio Tavares
Luiz Sergio Wigderowitz
Elyeth Costa Silva Jardim

Exonerações

No período compreendido entre 1º de janeiro a 30 de junho de 2004, foram exonerados, a pedido, da carreira do Ministério Público, os seguintes colegas:

Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque
Sergio Luiz Ribeiro de Souza

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 2004, o falecimento dos seguintes colegas:

Márcia Paiva Arellano
Tânia Maria Salles Moreira
Lourineide de Arruda Xavier
Pedro Paulo Geraldo Pires de Mello
Yolando Cardoso

Integrante do Superior Tribunal de Justiça oriundo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

(Em 30.06.2004)

Ministro Hamilton Carvalhido

Integrantes do Tribunal de Justiça oriundos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

(Em 30.06.2004)

Desembargadores:

Angelo Moreira Glioche

Antonio José Azevedo Pinto

Antonio Ricardo Binato de Castro

Ferdinaldo do Nascimento

Gizelda Leitão Teixeira

Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque

Luiz Eduardo Guimarães Rabello

Luiz Roldão de Freitas Gomes

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