

REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

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

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

CIRCULAÇÃO NACIONAL

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

Tiragem: 3.000 exemplares

ISSN 1413-3873

REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Repositório autorizado de jurisprudência
do Espírito Santo Tribunal de Justiça
Registro nº. 25/98 de 23/04/1998
D.J.U. nº. 25 de 10/04/1998 p. 1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Espírito Santo Tribunal de Justiça
Registro nº. 37
Processo nº. 1 de 26/10/1998
D.J.U. de 05/11/1998 p. 13

Revista do Ministério Público. - , n. 18 (jul./dez.2003)- . -
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. 18	jul./dez. 2003
----------------------	----------------	-------	----------------

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, 370/6º andar, CEP 20020-080, Centro, Rio de Janeiro, RJ, telefone (0xx21)2550-9061/Fax (0xx21)2550-9062, *para onde deve ser dirigida toda correspondência.*

ENDEREÇO NA INTERNET:

<http://www.pgj.rj.gov.br>

E-MAIL:

revista@mp.rj.gov.br

**PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

(Em 31.12.2003)

**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
MAURÍCIO ASSAYAG**

**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 31.12.2003)

ANTÔNIO VICENTE DA COSTA JUNIOR
Presidente

DENISE FREITAS FABIÃO GUASQUE
Corregedora-Geral

Titulares Natos

Luiz Sergio Wigderowitz
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
Márcia Paiva Arellano
Evangalina Fontelas Rosado Spinelli
Renato Pereira França

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 31.12.2003)

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

SUMÁRIO

DOCTRINA

Arnoldo Wald - A arbitragem e os contratos administrativos	21
Damásio de Jesus - Ali-Babá e o crime de lavagem de dinheiro	25
Emerson Garcia - A liberdade de expressão dos membros do Ministério Público	31
Flávia Ferrer - A redução da maioria civil e as medidas sócio-educativas - uma abordagem constitucional	49
Humberto Dalla Bernardina de Pinho - A dimensão da garantia do acesso à Justiça na jurisdição coletiva	61
Ives Gandra da Silva Martins - A inconstitucionalidade da norma anti-elisão	- 75
José Carlos Barbosa Moreira - Reformas processuais e poderes do juiz ...	83
José dos Santos Carvalho Filho - Regime falimentar para empresas públicas e sociedades de economia mista	97
José Marinho Paulo Junior - Da não-otiva do infrator em sede extrajudicial	107
Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho - Novas perspectivas da legislação falimentar - Visão geral do Projeto de Lei 4376, de 1993, que regula a recuperação e liquidação judicial de devedores pessoas jurídicas e pessoas físicas que exerçam atividades econômicas	119
Marcio Souza Guimarães - Aspectos coletivos das relações de consumo: interesses transindividuais e o Ministério Público.....	149
Patrícia Mothé Glicio Béze - A tentativa no flagrante provocado	169
Sérgio Bumashny - A legitimidade do Ministério Público para pleitear a antecipação dos efeitos da tutela em prol do incapaz	181
Sergio Demoro Hamilton - A revisão criminal - Cinco temas provocativos	215

PARECERES E RAZÕES

- Rejeição de aditamento de denúncia. Aplicação analógica, pelo Juiz, do art. 28 do Código de Processo Penal ao entendimento que a colocação diante do Judiciário de nova hipótese acusatória, via aditamento, gera a mesma eficácia da recusa pelo Juiz em aceitar o requerimento de arquivamento do inquérito policial. Impossibilidade de substituição, pelo Procurador-Geral de Justiça, do juízo acusatório formado pela Promotoria de Justiça, sob pena de ofensa ao princípio do Promotor natural. (Alexander Araujo de Souza) 231
- Ação rescisória. Procedência. Acórdão viciado por erro de fato na sua construção lógica. Acolhimento do pedido para restabelecer a valoração fática e jurídica posta na sentença reformada. (Celso Fernando de Barros) 237
- Direito Constitucional. Salário-educação. Contribuição recolhida pela União Federal e distribuída aos Estados para posterior redistribuição aos Municípios segundo a legislação regional. Verba fluminense recebida da União que não vem sendo repassada aos Municípios por ausência de lei dispondo a respeito. Inconstitucionalidade por omissão. (Eduardo Slerca) 245
- Suspensão condicional do processo. Art. 89 da Lei n. 9.099/95. A formulação da proposta de suspensão condicional do processo pressupõe que a pena cominada à infração penal se enquadre nos parâmetros legais. Pena cominada não guarda similitude com pena aplicada na sentença condenatória. (Emerson Garcia) 253
- Improbidade administrativa. Resolução n° 3.820/2001 da Câmara Municipal de Resende. Previsão de verba indenizatória por comparecimento a sessões extraordinárias. Afronta aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da razoabilidade. Desvio de finalidade. Ressarcimento ao Erário. Natureza jurídica. Dosimetria das sanções previstas no artigo 12 da Lei n° 8.429/92. (Francisco de Assis Machado Cardoso) 263
- Uso indevido de marca comercial registrada no INPI. Ação rescisória. Improcedência. (Heloisa Carpena Vieira de Mello) 275
- Filho de militar, universitário de entidade de ensino privado, cujo pai é transferido de um Estado para outro. Impossibilidade de matricular-se *ex officio* em uma entidade de ensino público, *maxime* frente a estabelecimento de renome, *in casu*, a UERJ, a fim de evitar-se expediente artificioso e/ou fraudulento (*lato sensu*). A exceção é se no local não

houver universidade particular, ou seja, entidade congênere na cidade para a qual foi transferido o pai do universitário. (José Antonio Leal Pereira)	279
– Direito social. Eficácia do acesso à saúde através de oferecimento de medicação apropriada. Direito constitucional de eficácia imediata. (Luiz Fabião Guasque)	285
– Duplo registro de nascimento. Prevalência do segundo registro, promovido pelo pai da registranda. (Marija Yrneh Rodrigues de Moura)	289
– Mandado de Segurança. Tribunal do Júri. Rejeição de aditamento à denúncia pelo Juiz-Presidente. Efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito ajuizado. Possibilidade. Princípio da indisponibilidade da ação penal pública incondicionada. Princípio acusatório. Violação de direito líquido e certo do Ministério Público. Deferimento de liminar. (Rodrigo de Almeida Maia)	299
– Cotas para negros e pardos na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Universidade Estadual Norte Fluminense (UENF) (Rogério Pacheco Alves)	307
– Homicídio simples - Regime de cumprimento de pena - Funcionário público - Efeito específico da condenação - Despicienda sua alegação em Plenário - Condenação superior a 04 anos de pena privativa de liberdade - Perda do cargo público. (Sílvia Cives Seabra)	315

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jurisprudência Criminal

- *Habeas Corpus. Alegação de nulidade de depoimento prestado por promotor de justiça que participou, na polícia, do ato da prisão em flagrante: inexistência. Princípio da isonomia processual comprometido pelo excesso de testemunha da acusação: inocorrência de prejuízo. Sentença fundamentada em outros elementos da prova: impossibilidade de exame no writ.*

1. O membro do Ministério Público estadual que assiste à lavratura do auto de prisão em flagrante, convidado pela autoridade policial para assegurar a legalidade do ato, não está impedido de prestar depoimento, na fase de instrução penal, reportando-se aos fatos que ouviu quando dos depoimentos prestados na fase investigatória.

2. Se a jurisprudência do STF já assentou que não configura impedimento de Promotor de Justiça, que acompanhou inquérito policial, para em seguida oferecer denúncia (RHC 61.110, *DJ* de 26-8-83, e HC 60.364, *DJ* de 13-5-83), com muito mais razão e propriedade poderá prestar depoi-

mento do que antes presenciara, se outro foi o Promotor de Justiça que firmara a peça acusatória.

3. Inaplicabilidade, no caso, da norma contida no artigo 252 do CPP, que diz respeito às hipóteses em que o juiz não poderá exercer a jurisdição.

4. Se o juiz ouviu uma testemunha a mais além do limite para acusação do que para a defesa, mas a essa facultou que também o fizesse, precluindo o direito, não pode alegar posteriormente cerceamento de defesa, se inclusive não emprestou qualquer valia ao depoimento deduzido pela testemunha excedente. Violação do princípio isonômico que não se caracterizou.

5. Sentença que se funda no conjunto probatório e não apenas no depoimento contraditado, para se avaliar que peso teve no convencimento do juiz, traduz-se em revolvimento probatório, circunstância que torna imprestável e inviável a via estrita do *habeas corpus*.

Habeas corpus que se conhece, mas a que se nega deferimento. (*Habeas Corpus* nº 73.425-PR, Segunda Turma, RTJ 179, pp. 338/350) 321

– *Penal. Processual penal. Habeas corpus. Recurso. Tempestividade. Dúvida. Livramento condicional. CP, art. 83, IV.*

I – O prazo para recurso do Ministério Público começa a fluir da data em que o referido órgão teve inequívoca ciência da decisão recorrida. Em caso de dúvida, deve-se decidir em favor de sua admissibilidade. Precedentes do STF: HC 70.719/BA, Néri, DJ 25-4-97; RE 132.031/SP, C. de Mello, RTJ 159/943 e HC 71.342/SP, Velloso, DJ 20-4-95.

II – Não havendo prova de que o representante do Ministério Público fora intimado da decisão em data anterior, há que prevalecer a data em que ele após o seu “ciente”.

III – Impossibilidade de se conceder o livramento condicional, porque não preenchidos todos os pressupostos para a sua concessão (CP, art. 83, IV).

IV – HC indeferido. (*Habeas Corpus* nº 77.144-SP, Segunda Turma, RTJ 179, pp. 712/718) 335

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jurisprudência Criminal

– **EMENTA:** *Processual Penal – Crime de falsidade ideológica – Obtenção de CPF com nome falso – Incompetência da Justiça Federal – Ausência de lesão a interesses, bens ou serviços da União.*

- A obtenção de CPF falso com o objetivo de ocultar a própria identidade e, assim, livrar-se de persecução penal, sem o propósito de lesar a Receita Federal, não atrai a competência da Justiça Federal, por inexistir na espécie lesão a bens, serviços e interesses da União. Precedentes do STF.

- *Habeas corpus* concedido. (*Habeas Corpus* n. 19.623-BA, Registro n. 2001.0183676-0, Sexta Turma, RSTJ 158, pp. 555/559, DJ de 13.5.2002) 343

– EMENTA: *RHC - Adolescente - Ato infracional - Violência e grave ameaça à pessoa - Medida de internação - Exame - Prova - Inviabilidade - Liberdade provisória - Impossibilidade - Apelação - Efeito.*

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069/1990 - autoriza a aplicação da medida de internação na hipótese de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa. Inteligência do art. 122, I, da Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990.

2. A análise da questão referente à nulidade da sentença, ao fundamento de a medida de internação não ter sido corretamente aplicada, tendo em vista o relatório psicossocial, bem como as provas testemunhais, que demonstram a menor participação da recorrente, importa em revolvimento do conjunto fático-probatório, vedado na via estreita do remédio heróico, devendo ser apreciada com maior profundidade quando do julgamento de apelação interposta.

3. Não representa constrangimento a manutenção da segregação até o julgamento final da apelação, pois na forma do art. 198, VI, do ECA o efeito suspensivo terá lugar (a) no deferimento de adoção por estrangeiro e (b) quando, a juízo da autoridade judiciária, houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

4. Recurso ordinário improvido. (*Habeas corpus* n. 11.180-SP, Registro n. 2001.0034499-2, Sexta Turma, *RSTJ* 157, pp. 591/595, *DJ* 04.02.2002)

346

– EMENTA: *Processual Penal - Inquérito policial - Dispensabilidade - Proposição de ação penal pública - Ministério Público - Investigação criminal - Possibilidade - Denúncia - Despacho de recebimento - Falta de fundamentação - Não-ocorrência - Inépcia - Inexistência - Crime em tese - Ação penal - Trancamento - Impossibilidade.*

1. Esta Corte tem entendimento pacificado no sentido da dispensabilidade do inquérito policial para propositura de ação penal pública, podendo o *Parquet* realizar atos investigatórios para fins de eventual oferecimento de denúncia, principalmente quando os envolvidos são autoridades policiais, submetidos ao controle externo do órgão ministerial.

2. O despacho que recebe a denúncia não contém carga decisória, examinando apenas as condições da ação e a caracterização, em tese, de infração penal, prescindindo, por isso mesmo, de fundamentação, assim entendida aquela preconizada pelo art. 93, IX, da Constituição Federal.

3. Revestida a denúncia dos requisitos do art. 41 do CPP, tendo sido suficientemente descritos os fatos delituosos, ensejando ao paciente possa, amplamente, exercer o seu direito de defesa, fica afastada qualquer alegação de sua inépcia.

4. Recurso improvido. (Recurso em *Habeas corpus* n. 11.670-RS, Registro n. 2001.0094038-0, Sexta Turma, *RSTJ* 158, pp. 563/569, *DJ* de 4.2.2002)

350

– EMENTA: *Processo Penal - Recurso especial - Crime hediondo - Comutação - Impossibilidade.*

Não é possível conceder a comutação de pena, que é uma espécie de indulto, aos crimes hediondos, a teor da vedação contida no art. 2º, inciso I, da Lei n. 8072/1990.

Recurso Especial conhecido. (Recurso Especial n. 328.982-RS, Registro n. 2001.0065705-7, Sexta Turma, RSTJ158, pp. 574/576, DJ de 24.6.2002)...

356

– EMENTA: *Conflito de competência - Juízos Federal e Estadual - Inquérito policial - Crime de concussão (art. 316, CP) - Médico do SUS - Afetação somente a particular - Competência da Justiça Estadual.*

A possível prática do crime de concussão (art. 316 do CP), praticado por médico do SUS, teria afetado somente o respectivo paciente, uma vez cobrados dele, indevidamente, os honorários relativos à cirurgia coberta pelo SUS.

Hipótese que não se enquadra na descrição de competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, IV, da CF, porquanto ausente qualquer prejuízo a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias e empresas públicas.

Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Estadual, suscitado. (Conflito de Competência n. 26.818-RS, Registro n. 1999.0062942-6, Terceira Seção, RSTJ 158, pp. 421/429, DJ de 12.3.2001)

358

Jurisprudência Cível

– EMENTA: *Falência - Não-cabimento como via substitutiva da ação de cobrança - Indeferimento da inicial - Irregularidade do protesto - Reexame do suporte fático - Precedentes.*

O protesto irregular justifica o não-seguimento da ação de falência, que não deve ser usada como instrumento coercitivo de pronto pagamento. O recurso especial não se presta ao reexame dos pressupostos fáticos da causa.

Recurso especial não conhecido. (Recurso Especial n. 138.396-SC, Registro n. 97.0045364-2, Quarta Turma, RSTJ 158, pp. 342/345, DJ de 20.5.2002)

367

– EMENTA: *Processual Civil - Execução fiscal - Falência - Penhora realizada antes da quebra - Garantia dos créditos preferenciais - CTN, artigos 186 e 187 - Lei n. 6.830/1980, arts. 5º e 29 - Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 63, XVI.*

1. A quebra, por si, não paralisa o processo de execução fiscal, não desloca a competência o juízo da falência, nem desconstitui a penhora realizada anteriormente à decretação da falência, continuando até a alienação dos bens sob constrição. O resultado é que se subordina à concorrência preferencial dos créditos, conforme a ordem estabelecida legalmente.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso provido. (Recurso Especial n. 164.874-RS, Registro n. 1998.0012223-0, Primeira Turma, RSTJ158, pp. 128/134, DJ de 19.11.2001)

370

- EMENTA: *Comercial - Concordata preventiva - Deferimento - Efeito sobre as execuções anteriormente propostas contra o devedor.*

Sobrevindo a quebra da devedora, a execução endereçada contra ela já não pode prosseguir, com a conseqüente insubsistência da penhora; se esta recaiu em dinheiro, o numerário deve ser imediatamente devolvido ao concordatário, que permanece administrando seu negócio, embora sob o controle judicial.

Recurso especial conhecido e provido. (Recurso Especial n. 343.798-SP, Registro n. 2001.0106707-5, Terceira Turma, RSTJ158, pp. 298/303, DJ de 10.6.2002)

375

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

- O Supremo Tribunal Federal e a impossibilidade de o Ministério Público praticar atos investigatórios preparatórios à ação penal: uma decisão infeliz e contrária à moderna tendência processual penal. (Alexander Araujo de Souza)

383

NOTICIÁRIO

- XIV e XV Concursos para ingresso no Ministério Público (Resgatando a Memória) 403
 408
- Academia Brasileira de Ciências Jurídicas 408
- Procuradora de Justiça Maria de Lourdes de Oliveira Ribeiro (*in memoriam*) 408
 408
- Posto de Atendimento da COOMPERJ 408
- Plano Geral de Atuação do Ministério Público Fluminense 409
- Posto de Atendimento da CAMPERJ 410
- Eleição para o OECPJ 411
- 1º Congresso Virtual do MPRJ 413
- CAMPERJ comemora 22 anos 413
- Posse dos novos membros do OECPJ 421
- Lançada a 2ª edição da Revista da CONAMP 421
- Posse nas Promotorias Eleitorais 428
- XXVI Concurso para ingresso no Ministério Público 431
- Novas instalações para o Ministério Público 431
- Cerimônia comemorativa de posse dos Promotores de Justiça aprovados no XXVI Concurso para ingresso no Ministério Público..... 438
- AMPERJ comemora o “Dia Nacional do Ministério Público” 438
- Dia Nacional do Ministério Público 447
- CAMPERJ homenageia os novos Promotores de Justiça 447
- Entrega das insígnias do Ministério Público aos novos Promotores de Justiça 453
- Colar do Mérito Judiciário 453
- 70º número da nossa Revista (1967-2003) 454
- Novos Procuradores de Justiça (Período 1º/jul. a 31.dez. 2003) 454
 455

– Vitaliciamentos (Período 1º/jul. a 31.dez. 2003)	456
– Aposentadorias (Período 1º/jul. a 31.dez. 2003).....	456
– Exoneração (Período 1º/jul. a 31.dez. 2003).....	459
– Falecimentos (Período 1º/jul. a 31.dez.2003)	471
– Lista de Antigüidade (Em 31.12.2003)	
– Lista dos inativos (Em 31/12/2003)	475
– INTEGRANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ORIUNDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Em 31/12/2003)	475
– INTEGRANTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ORIUNDOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Em 31/12/2003)	

DOCTRINA

A arbitragem e os contratos administrativos

ARNOLDO WALD (*)

Com o advento da Lei n.º 9307, de 23.9.1996, que regulamenta a arbitragem, uma nova fase se abre para o nosso Direito Comercial, ficando sedimentada uma forma alternativa de resolução dos conflitos de interesses, que se poderá caracterizar pela rapidez do julgamento, pelo conhecimento especializado dos árbitros e pelo sigilo em relação aos problemas suscitados e às soluções que lhes foram dadas.

Uma ampla bibliografia vê, assim, na arbitragem, como concebida pela nova lei, não uma substituição do Poder Judiciário, mas uma ampla abertura para um novo sistema flexível de resolução dos conflitos, que se torna mais relevante no momento em que os tribunais se encontram sobrecarregados, fazendo com que os litigantes só consigam uma decisão definitiva após longos anos de luta processual.

No campo internacional, a utilização da arbitragem adquire maior intensidade com a globalização da economia, ensejando, cada vez mais, a aplicação do direito estrangeiro – pouco conhecido pelos nossos magistrados – dos tratados bilaterais e multilaterais e da *lex mercatoria*, considerada uma espécie de Direito Comercial comum das nações civilizadas.

Em relação à área administrativa, foram suscitadas dúvidas quanto à possibilidade de utilizar a arbitragem diante do texto da Lei n.º 8666, que a ela não se refere, e que entende ser essencial do contrato a que considera competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, ressaltando o caso das licitações internacionais (art. 55 § 2º). As dúvidas surgiram não somente em virtude da posição do legislador, mas também da interpretação dada pelo Tribunal de Contas da União, que entendeu ser inadmissível o juízo arbitral nos contratos administrativos por ser, na sua visão, contrário aos princípios de Direito Público.

É, todavia, preciso salientar que tem havido uma evolução do Direito Administrativo diante das novas funções que o Estado assume, deixando de ser o comandante exclusivo da economia para se tornar, simultaneamente, o fiscal da iniciativa privada e o seu parceiro. A doutrina tem salientado essa evolução do Direito Administrativo moderno que, no mundo da incerteza e da descontinuidade, ao qual se referem GALBRAITH e PETER DRUCKER, adquiriu maior flexibilidade para adaptar-se às novas circunstâncias e compatibilizar-se com a

generalização do aleatório, como já tivemos o ensejo de salientar em estudos anteriores.¹

Por outro lado, na medida em que o Estado teve que intervir na economia, seja como fiscal, seja como operador, e passou a ser um dos agentes das grandes transformações, realizadas, muitas vezes, com a colaboração de capitais privados e sob gestão particular, embora no interesse público, ocorreu, em certo sentido, a comercialização do Direito Administrativo. O Direito Econômico realiza a simbiose dos elementos do Direito Privado e do Direito Público, fazendo com que, na época das nacionalizações do após-guerra, a doutrina européia reconhecesse que o Estado não só expropriou as grandes empresas dos capitalistas, mas também adotou as suas técnicas de *management*.²

Surgiram, assim, situações híbridas, como a sociedade de economia mista, a concessão e, mais recentemente, as múltiplas formas de associação e *joint-venture*. Poderíamos até dizer que há, atualmente, um Direito novo, que é o da parceria com princípios próprios, caracterizado por contratos dinâmicos de longo prazo, inspirados na boa-fé e nos quais as partes não só devem cumprir as obrigações por elas assumidas, mas incumbem-lhes, ainda, manter o espírito do contrato, adaptando-o diante de novas circunstâncias. Houve, pois, uma generalização da teoria da imprevisão e de uma ampliação da aplicação do conceito de boa-fé na execução do contrato.³

Tratando-se especialmente de contratos administrativos de longo prazo, a arbitragem é uma garantia necessária para que o contrato possa sobreviver às várias transformações que a sua economia pode sofrer. Por este motivo, o art. 23, XV, da Lei n.º 8987, de 13.2.1995, referente às concessões em geral, previu a possibilidade de se convencionar, nas mesmas, uma forma de composição amigável das divergências contratuais. Do mesmo modo, a recente Lei n.º 9478, de 6.8.1997, referente à política energética nacional, admitiu a conciliação mas, sendo mais específica, consagrou, no seu art. 43, X, a possibilidade de recurso à arbitragem.

Revedo o processo evolutivo ao qual estamos assistindo, com a promulgação da Lei n.º 9307 e as disposições especiais já referidas das várias leis referentes às concessões, já podemos admitir que desapareceu a vedação em virtude da qual, no passado, não permitia o uso da arbitragem nos contratos administrativos, regulamentados pela Lei n.º 8666.

Aliás, como foi lembrado pelo eminente Vice-Presidente Marco Maciel, autor do projeto que se converteu na atual lei de arbitragem, existe antiga tradição de arbitragem no Direito Público brasileiro, abrangendo, inclusive, a área internacional, desde a atuação gloriosa do Barão de Rio Branco.

¹ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL DE MORAES E ALEXANDRE DE M. WALD, *O Direito de Parceria*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 35 e seguintes.

²GEORGES VEDEL, "La technique des nationalisations". *Droit Social*, 1946, p. 96.

³YVES PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, 1989.

Mas, recentemente, os tribunais reconheceram, em ação movida pela Ordem dos Advogados do Brasil para anular a arbitragem nos acordos internacionais da recomposição da dívida externa, que se trata de forma de solução com amparo constitucional e legal, enquadrando-se nas práticas financeiras internacionais.

Mas, se podemos deduzir que, também no Direito Administrativo, a arbitragem é necessária e legítima, por se tratar de verdadeiro princípio geral de direito, deduzido das várias normas recentes que a autorizam, sem restrições, mais adequado seria termos regra específica a respeito, evitando-se a insegurança jurídica.

Assim, pensamos que o ideal seria, numa das Medidas Provisórias nas quais se modifica a Lei n.º 8666, incluir nova redação do art. 55, § 2º, que poderia ser a seguinte:

“§ 2º. Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas ou sediadas no exterior, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração ou estabeleça o regime do juízo arbitral, para dirimir qualquer questão contratual, podendo a arbitragem ser nacional ou internacional.”

Por outro lado, descabe aprovar emenda constitucional, que foi proposta no projeto de Reforma do Poder Judiciário (art. 11) incluindo no art. 98 da Constituição Federal o seguinte texto que impediria a utilização da arbitragem nos contratos internacionais:

“Art. 11. O art. 98 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 98

§ 1º

§ 4º. Ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei. “

Esta inclusão contraria contratos de concessão e tratados já firmados pelo Brasil para garantir os investimentos no país de investimentos estrangeiros.

Trata-se, pois, de emenda inútil e prejudicial ao desenvolvimento da arbitragem no país.

^(*) ARNOLDO WALD é advogado, sócio fundador da Wald e Associados Advogados, Professor Catedrático de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Ali-Babá e o crime de lavagem de dinheiro

PROF. DAMÁSIO DE JESUS

CARLOS HEITOR CONY contou-nos, em sua coluna, a história do irmão de Ali-Babá, chamado Cassim:

“ Todo mundo conhece a história de Ali-Babá. Numa deformação bem própria de nossa cultura, nós o associamos aos 40 ladrões como se ele fosse um deles. Na realidade ele roubou mesmo, só que roubou de ladrões e mereceu os cem anos de perdão de praxe. Mas todos nos esquecemos do irmão dele, que era rico, enquanto Ali-Babá era pobre. Chamava-se Cassim, Casimiro ou nome equivalente a isso, não importa. Esse irmão começou a invejar a fortuna que Ali-Babá trazia para casa. Acompanhou-o até a caverna dos ladrões, aprendeu a senha famosa (‘ abre-te, sésamo!’), mas, lá dentro, depois de encher sacos e sacos com ouro e jóias, esqueceu-se da senha para fechá-la. Dizia: ‘Fecha-te, sesgo; fecha-te isso e aquilo’ - e nada acontecia. Os ladrões voltaram, viram o estrago, mataram e esquartejaram o irmão de Ali-Babá. Desde criança tenho pena do irmão dele. Costumo esquecer senhas, caminhos, nomes de pessoas e, sobretudo, números de telefone. Compreendo o drama que o tal Cassim ou Casimiro viveu. Outro dia, deu um troço no meu computador, queria fechá-lo, no desespero, a solução final foi desligá-lo da tomada e chamar um técnico. Recursos que o irmão de Ali-Babá não teve. A moral da história é óbvia: roubar é coisa fácil. E cada vez mais fácil. O difícil, às vezes, é esconder o roubo. Mas nem sempre. Os casos mais notórios da nossa vida pública repetem monotonamente a aflição de Cassim ou Casimiro tentando fechar a caverna do tesouro, mas se esquecendo da senha mágica. Mas nem todos são distraídos como eu e como o irmão de Ali-Babá. Num caderninho ou na agenda eletrônica, levam o nome salvador. Muitos conseguem entrar e sair. Ganham nas

instâncias finais. Depois de saquearem a maravilhosa caverna do erário, alegam que enriqueceram na iniciativa privada.”¹

Na verdade ², Cassim, irmão mais velho de Ali-Babá, casou-se com uma moça rica, filha de abastado mercador. Morto este, o casal herdou toda a herança. Cassim-Babá ficou rico ³. Ali, ao contrário, casou-se com uma jovem pobre. Viviam mal, longe da cidade. Ali era lenhador e só possuía três burrinhos, com os quais levava lenha para vender na cidade ⁴.

Um dia, quando Ali-Babá estava cortando lenha perto de uma montanha, aproximaram-se numa grande poeira nada menos do que 40 ladrões ⁵. Um deles, Cogiá Hussein, o chefe ⁶, aproximou-se da parede da montanha e gritou:

- “Abre-te, sésamo!”

Abriu-se uma porta na rocha por onde entraram os 40 ladrões, cada um carregando uma grande sacola. Minutos depois, todos saíram, agora com as sacolas vazias. E Cogiá outra vez gritou:

- “Fecha-te, sésamo!”

E a porta se fechou.

Ali desceu de uma árvore, onde havia se escondido, e gritou na direção da parede:

- “*Open yourself*, sésamo!”

E a porta, atualizada pela globalização, abriu-se. Na caverna, Ali encontrou um grande tesouro: jóias preciosas, dólares, bônus do Governo, precatórios, recibos bancários de depósitos no exterior, holerites, confissões de dívida, carnês premiados do Baú da Felicidade, moedas e taças de ouro e prata, tape-

¹ O irmão de Ali-Babá, *Folha de São Paulo*, Seção Opinião, A2, 22.10.2001.

² *Vide Ali-Babá e os quarenta ladrões*, adaptação de ÉDSON ROCHA BRAGA, São Paulo: Scipione, 2000, de onde extraímos as informações sobre os irmãos Babá.

³ Cassim tinha até escrava, chamada Mogiana.

⁴ Já devastavam as florestas.

⁵ Naquele tempo eles eram felizes. Só havia 40 ladrões. Hoje, temos 40 ladrões por quilômetro quadrado. Além dos corruptos.

⁶ Ao contrário do que se pensa, Ali-Babá não era ladrão. Os 40 ladrões eram 40 mesmo: 39 e o chefe, Cogiá Hussein. O nome da história leva a imaginar erroneamente que os ladrões eram 40, mais um, Ali Babá, o chefe.

tes persas fabricados no Mercosul *etc.* Uma fortuna incalculável...

Ali encheu uma sacola de moedas de ouro, abriu a porta da caverna com a senha mágica e gritou:

- "Close yourself, sésamo!"

E a porta se fechou. Em casa, Ali e sua mulher inventaram de contar quantas moedas havia na sacola. Para isso, ela pediu uma vasilha emprestada à esposa de Cassim. Esta pensou:

"- Eles são tão pobres! O que teriam para ser contado?" Resolveu colocar um pouco de sebo no interior da vasilha. Assim, alguma coisa nela ficaria grudada e saberiam do que se tratava.

Não deu outra: uma moeda de ouro ficou pregada no fundo da vasilha.

No dia seguinte, Cassim, que, embora rico, era muito invejoso, "apertou" Ali-Babá, que acabou revelando o segredo dos ladrões e as palavras mágicas.

Cassim não perdeu tempo. Arriou 10 mulas e 20 cestos e rumou para a montanha.

- "Abre-te, sésamo!", disse.

A porta se abriu e Cassim carregou as mulas com uma grande fortuna. Mas aconteceu que, na hora de sair, esqueceu-se das palavras mágicas.

- "Abre-te, rabanete 7!", gritava.

- "Abre-te, beterraba! Abre-te, mostarda!" E nada de a porta se abrir.

Foi assim que Cassim, surpreendido com a boca na botija pelos 44 ladrões 8, acabou executado.

Creio que aí está a origem do crime de lavagem de capitais. CONY tem razão. Pelo que acontece por aí, não é tão difícil ficar rico ilicitamente. Difícil é esconder o produto do crime. Onde guardar milhões? Onde esconder apartamentos, edifícios e fazendas? Eis por que a criminalidade inventou a maneira de "lavar o dinheiro", obrigando o legislador a editar normas que incriminam o fato.

O Brasil já possui a sua Lei de Lavagem de Capitais, punindo como crime as condutas de "ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime" (Lei n. 9.613, de 3.3.1998).

⁷ Sésamo deriva do lat. *sésamon*, gergelim, planta originária do Oriente, cujos grãos são usados na culinária.

⁸ A criminalidade já havia aumentado.

De ver-se que se trata de uma lei tão mal feita que, se já existisse ao tempo dos irmãos Babá, Cassim jamais seria surpreendido pelos ladrões. Entre nós, para se entrar na caverna da impunidade da lavagem de dinheiro, nem é preciso conhecer a senha mágica. A porta já está entreaberta.

Ao “lavador”, para safar-se da persecução penal, basta caminhar pelas brechas da lei. Vamos percorrer alguns dispositivos da Lei n. 9.613/98, indicando falhas (notas em itálico):

“DOS CRIMES DE ‘LAVAGEM’ OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES

Art. 1.º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

NOTA: a infração antecedente deve ser crime. Tratando-se de bens provenientes de contravenção, como o jogo do bicho, não há delito de lavagem de capitais.

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II - de terrorismo;

NOTA: não possuímos lei ordinária definindo o delito de terrorismo. Assim, se for introduzido no Brasil bem proveniente de terrorismo cometido no estrangeiro, não incide a Lei n. 9.613/98.

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

NOTA: suponha-se que o dinheiro lavado provenha de crime de extorsão indireta (CP, art. 160). A lavagem não configura delito, tendo em vista que o inciso menciona extorsão mediante seqüestro (CP, art. 159).

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

NOTA: e se a lavagem de capitais for cometida contra a administração pública de país estrangeiro? Não haverá delito, uma vez que o tipo se refere à administração pública brasileira.

VI - contra o sistema financeiro nacional;

NOTA: e se a lavagem de dinheiro for praticada contra o sistema financeiro de país estrangeiro? Não existirá crime da Lei n. 9.613/98, tendo em vista que a figura típica faz referência ao sistema financeiro “nacional”.

VII - praticado por organização criminosa:

NOTA: não temos definição de “organização criminosa”. No Brasil, as duas leis que tratam do crime organizado (Lei n. 9.034/95 e Lei n. 10.217/01) não conceituam esse elemento normativo. E o Brasil ainda não ratificou a Convenção da ONU sobre a Delinquência Organizada

Transnacional. Além disso, a Convenção só cuida das organizações criminosas internacionais.

Questões:

1.ª) e se o fato antecedente não constituir crime no estrangeiro?

Resposta: não haverá crime de lavagem de dinheiro, uma vez que, não sendo delito no exterior, a obtenção do objeto material é lícita. Logo, se introduzidos bens no Brasil, inexistente delito.

2.ª) e os crimes de sonegação fiscal?

Resposta: não estão incluídos no rol, que é taxativo.

Pena - reclusão de três a dez anos e multa.

§ 1.º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2.º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

§ 3.º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal.

Nota: a disposição é prescindível (CP, art. 14, II, e parágrafo único).

§ 4.º A pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos I a VI do *caput* deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa.

CAPÍTULO II

DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS ESPECIAIS

Art. 2.º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

I - obedecem às disposições relativas ao procedimento comum dos crimes punidos com reclusão, da competência do juiz singular;

II - independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país;

III - são da competência da Justiça Federal:

a) quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou inte-

resses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas;

b) quando o crime antecedente for de competência da Justiça Federal.

§ 1.º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime.

§ 2.º No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal.

Nota: enquanto o § 2.º supra proíbe a aplicação do art. 366 do CPP, que disciplina a suspensão do processo criminal, observe que o § 3.º do art. 4.º a permite.

Art. 4.º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta Lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

§ 1.º As medidas assecuratórias previstas neste artigo serão levantadas se a ação penal não for iniciada no prazo de cento e vinte dias, contados da data em que ficar concluída a diligência.

§ 2.º O juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados quando comprovada a licitude de sua origem.

§ 3.º Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, nos casos do art. 366 do Código de Processo Penal."

EMERSON GARCIA (*)

I. Introdução. II. Natureza jurídica do direito à liberdade de expressão. III. A liberdade de expressão pode ser restringida pela lei? IV. As informações contidas em um processo judicial podem ser expostas ao público? V. Um veículo de comunicação tem o direito de divulgar as informações contidas em um processo judicial? VI. Síntese conclusiva.

I. INTRODUÇÃO

Não obstante as múltiplas dissonâncias existentes entre os povos, quer sejam de ordem cultural, social ou política, é freqüente a visualização de zonas de tangenciamento em relação aos efeitos decorrentes de determinadas rupturas da realidade fenomênica. Como verdadeira máxima de experiência universal, de ontem, de hoje e de sempre, é possível afirmar que períodos de exagerada restrição são normalmente sucedidos por outros de exagerada abertura, sendo a recíproca verdadeira. À fraqueza de Adão ao não resistir à sedução da serpente sucedeu-se a perda do paraíso e o imediato padecimento pelos prazeres da carne. À desenfreada perseguição ao Cristianismo testemunhou-se a sua aceitação pelos romanos e a ulterior transformação, em terra santa, dos caminhos nos quais Jesus fora impiedosamente aviltado e morto. À queda do nacional socialismo de Hitler constatou-se o surgimento, no seio do Tribunal Constitucional Alemão, de uma sólida dogmática constitucional defensora das liberdades civis. Os exemplos, enfim, são múltiplos.

A República Federativa do Brasil, como não poderia deixar de ser, viu-se recentemente envolta em fenômeno semelhante. Tão logo se constatou o inevitável declínio do regime de exceção que, por algumas décadas, calou, matou e "fez sumir" tantos quantos se insurgissem contra os dogmas então vigentes, buscou-se a reconstrução do Estado brasileiro - que, até então, só podia ser considerado "de Direito" em razão do atributo da coerção -, dando ensejo ao surgimento daquela que se convencionou chamar de "Constituição Cidadã". A Constituição de 1988, de natureza eminentemente programática, sedimentou a

concepção, há muito cristalizada em outras plagas, de que o homem é o ponto central de qualquer organização política, sendo a estruturação desta correlata à necessidade de satisfação dos anseios daquele. Nesta linha, e como consequência inevitável das abusivas restrições de outrora, consagrou-se um extenso rol de direitos e garantias, individuais e coletivos, com a natureza de cláusulas pétreas, logo, insuscetíveis de reforma ou supressão.

Dentre os direitos individuais assegurados, tem-se a denominada liberdade de expressão, que recebeu ampla e expressa proteção da Carta de 1988. Neste particular, merece referência o fato de que os quase três lustros que fluíram desde a promulgação do atual texto constitucional ainda não foram suficientes para sedimentar, de forma definitiva, a importância e a extensão de tal liberdade. Em razão da grande mutação que liberdades como esta implementaram no organismo social, cujo saldo, não obstante a presença de erros e acertos, certamente é positivo, muitos "saudosistas" clamam pelo volver ao regime de outrora, no qual a liberdade de expressão em muito se assemelhava a um mito do folclore brasileiro (*v.g.*: o saci pererê): todos o conhecem, todos são capazes de descrevê-lo, mas ninguém nunca o vê.

A existência de projetos de lei especificamente destinados à restrição da liberdade de expressão dos membros do Ministério Público nos levou a direcionar para essa vertente o plano deste estudo. O objetivo final, por evidente, é demonstrar a legitimidade, ou não, de tal restrição, sendo utilizado, como elemento de reflexão, dispositivo dessa natureza contemplado pela antiga Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, ora revogada pela Lei Complementar Estadual nº 106/03. Ao nosso ver, o correto equacionamento da questão pressupõe o deslinde de algumas proposições, nitidamente encadeadas entre si e indispensáveis à identificação da recepção de tal comando normativo ou à valoração da constitucionalidade de outros que venham a ser editados. Assim, questiona-se:

- a) Qual é a natureza jurídica do direito à liberdade de expressão?
- b) O direito à liberdade de expressão pode ser restringido pela lei?
- c) As informações contidas em um processo judicial podem ser expostas ao público?
- d) um veículo de comunicação tem o direito de divulgar as informações contidas em um processo judicial?

II. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Historicamente, a liberdade nem sempre foi um atributo inerente ao ser humano. Somente com o evoluir dos tempos, de forma lenta e progressiva, o flagrante descompasso existente entre o papel desempenhado pelo detentor do poder e os anseios da coletividade a si subjugada sofreu mutações. Estas tiveram como marcos significativos a Magna Carta Inglesa de 1215, o *Petition of Rights* de 1628 e o *Bill of Rights* de 1689, atingindo o ápice com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, não se olvidando a Constituição Norte-americana de 1787 e suas ulteriores emendas. Tais diplomas consagraram a existência dos denominados *direitos fundamentais*, estabelecendo princípios de limitação e de divisão dos poderes, o que culminou em erigir o princípio da legalidade à categoria de garantia dos direitos do homem, protegendo-o contra o absolutismo dos governantes e apresentando-se como verdadeiro alicerce da solidariedade e da interdependência sociais.

A positivação jurídica dos direitos fundamentais fez que os direitos do homem deixassem de ser esperanças ou meros impulsos não correspondidos na realidade fenomênica. Os direitos fundamentais, em verdade, são elementos condicionantes da própria legitimidade da ordem jurídica, pois seria inconcebível se falar em Estado de Direito sem que ao homem fossem assegurados direitos, liberdades e garantias oponíveis ao próprio ente estatal.

Direito, como se sabe, denota a possibilidade de se exigir de outrem determinado comportamento, cuja natureza pode ser positiva (ação) ou mesmo negativa (abstenção). A *fundamentalidade*¹, por sua vez, aponta para o especial relevo que deve merecer a proteção de tais direitos, cuja dignidade é correlata à própria essência do homem, concebido como ser racional e detentor do poder que originou o Estado de Direito.

Sensível a essa realidade, a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 26 de agosto de 1789, consagrou um rol de "*direitos do homem e do cidadão*", verdadeiros direitos fundamentais que contribuiriam "*para a manutenção da Constituição e felicidade de todos*", como ressalta a sua introdução. Dentre os direitos assegurados por essa Declaração, ainda em vigor por força do preâmbulo da Constituição francesa de 27 de outubro de 1946 e do art. 4º da Lei Constitucional de 3 de junho de 1958, merece realce o art. 11, *in verbis*:

"Art.11. A livre comunicação dos pensamentos do homem e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode, pois, falar, escrever e exprimir-se livremente, sujeito a

¹ Cf. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

responder pelo abuso desta liberdade nos casos determinados pela lei.”

No Direito Norte-americano, não obstante o silêncio de sua sintética Constituição, os *Fundamental Rights* foram objeto de previsão nas sucessivas emendas ao texto constitucional. Especificamente em relação ao objeto deste parecer, releva transcrever o teor da 1ª Emenda à Constituição, *in verbis*:

“O Congresso não editará nenhuma lei que atinja a instituição ou interdite o livre exercício de uma religião nem que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa ou o direito que tem o povo de se reunir pacificamente e de dirigir petições ao governo para solucionar suas queixas”.

No Brasil, a liberdade de expressão foi contemplada em todas as Cartas Constitucionais. No entanto, em duas delas, outorgadas durante regimes de exceção, a *expressão* foi assegurada, mas a tão propalada *liberdade* foi simplesmente aniquilada. Para a comprovação dessa assertiva, cumpre transcrever os respectivos preceitos da Constituição de 1937 e da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, *in verbis*:

“Art. 122 da Constituição de 1937 - “A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

15. todo o cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

A lei pode prescrever:

- a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;
- b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;
- c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.”

Art.153 da Emenda Constitucional nº 1/69 - "A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 8º. É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes."

Antes de adentrar o tratamento dispensado à liberdade de expressão pela Constituição de 1988, releva notar, desde já, que o art. 159, IV, da Lei Complementar Estadual nº 28/82 foi editado sob a égide de um regime de exceção, de triste memória para os brasileiros. A matéria, no entanto, será pormenorizadamente analisada no desenvolvimento deste estudo.

Mantendo a tradição constitucional pátria, mas desta feita com os olhos voltados à natureza democrática do Estado brasileiro, estabelece o art. 5º, IV, da Constituição de 1988, de forma clara e objetiva, no título pertinente aos direitos e garantias fundamentais, que "*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*". Em seqüência, o Constituinte originário estatuiu a regra salutar de que "*é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*" (art. 5º, V), verdadeira norma de contenção, pois liberdade não guarda sinonímia com abuso ou arbítrio.

Como consequência lógica do que até aqui foi dito, é inevitável a constatação de que é garantido a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País a liberdade de expressão, devendo responder pelos danos causados a outros direitos constitucionalmente garantidos, como a honra (art. 5º, X, da CR/88: "*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*").

A liberdade de expressão é considerada um direito fundamental de primeira geração, estando incluída no rol dos direitos e garantias individuais clássicos (liberdades públicas), que remontam à Magna Carta Inglesa². Discorrendo

² Cf. STF, Pleno, MS nº 22.164-SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 17.11.95, p. 39.206.

sobre as diferentes gerações de direitos fundamentais, ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ³ que “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar, o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade e fraternidade*”.

Chega-se, assim, à elucidação da primeira proposição: *a liberdade de expressão é um direito fundamental*.

III. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO PODE SER RESTRINGIDA PELA LEI?

Analisando a necessidade de especial proteção aos direitos fundamentais, observa CANOTILHO ⁴ que “a fundamentalidade formal, geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (cfr. CRP, art. 288.º *d e e*); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais”.

A exemplo do que ocorre no Direito português, no Direito Constitucional pátrio os direitos fundamentais também ocupam o ápice da pirâmide normativa, sendo insuscetíveis de serem suprimidos pelo legislador infraconstitucional ou, mesmo, pelo Poder Constituinte derivado, pois erigidos à categoria de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da CR/88 - “*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV. Os direitos e garantias individuais*”). Apesar disto, em situações específicas, podem sofrer limitações.

Basta um breve passar de olhos por sobre o rol dos direitos e garantias fundamentais contemplados na Constituição da República para se concluir que a sua coexistência torna imprescindível a fixação de determinados limites ao seu exercício, isto sob pena de comprometimento, ou mesmo supressão, de um direito em prol de outro. Não fosse assim, como seria possível, *verbi gratia*, conciliar a liberdade de expressão com o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, todas com esteio constitucional?

Como derivação direta do próprio Estado de Direito, todos têm o dever de respeitar os direitos alheios, sendo esta a máxima fundamental do *princípio da relatividade* ou da *convivência das liberdades públicas*, segundo o qual os direitos fundamentais são limitados pela proteção dispensada aos demais direitos igualmente consagrados pela Constituição.

³ *Direitos Humanos Fundamentais*, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 57.

⁴ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 355.

Por consagrar o princípio da relatividade dos direitos fundamentais, é oportuna a transcrição do art. 29 da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, *in verbis*:

“Toda pessoa tem deveres com a comunidade, já que somente nela pode desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades, todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei *com a única finalidade* de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, ser exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes à supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração” (grifo nosso).

Em razão de sua própria natureza jurídica, um direito fundamental somente poderá ser restringido para resguardar outro direito constitucionalmente assegurado. A correção do comportamento do legislador, em sua atividade de conformação das normas constitucionais, será devidamente valorada a partir da identificação do direito a ser restringido e do direito a ser resguardado, operação esta que será direcionada pelo princípio da proporcionalidade, muito em voga entre os publicistas pátrios e que permitirá aferir se a natureza do direito a ser protegido justifica a intensidade da limitação imposta a outro direito. Em obra intitulada *Improbidade Administrativa*⁵, assim nos pronunciamos sobre referido princípio:

“Partindo-se da concepção atualmente difundida entre os publicistas germânicos, pode-se dizer que determinado ato normativo estará em harmonia com o princípio da proporcionalidade em sendo observados seus três elementos constitutivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁶.”

⁵ 1ª ed., Rio: Lumen Juris, 2002, pp. 55/56. A 2ª parte da obra, relativa aos aspectos processuais, é de autoria de ROGÉRIO PACHECO ALVES.

⁶ Como frisou ROBERT ALEXY (in *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 111), as três máximas fundamentais que informam o princípio da proporcionali-

Consoante o primeiro elemento, a norma deve ser apta a alcançar a consecução do interesse público, o que denota ser imprescindível a presença de uma relação de adequação entre o meio utilizado e o fim visado, importando em nítida vedação ao arbítrio. Aqui, é analisada unicamente a adequação da norma, não sendo o momento oportuno para a valoração da eficácia do meio escolhido ou o grau de restrição aos direitos do cidadão, o que será objeto de aferição específica através do subprincípio da necessidade.

Observe-se, ainda, que a relação meios/fins (*Zweck-Mittel*) apresentará nuances distintas nas esferas legislativa e administrativa, pois à primeira é conferida maior discricionariedade que à segunda, o que é justificável por adotar medidas em relação a situações de risco potencial e abstrato, enquanto o administrador, em regra, atua frente a situações atuais e concretas.

A norma será necessária quando não exceder os limites indispensáveis à consecução do objetivo almejado, devendo-se preferir ao meio menos lesivo aos direitos fundamentais. Em havendo possibilidade de escolha de outro meio, com idêntica eficácia, passível de impor menores limitações ao direito do cidadão, a norma não será necessária e, conseqüentemente, será desproporcional. À necessidade ou exigibilidade da norma, de acordo com CANOTILHO⁷, devem ser acrescentados "outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais 'poupado' possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se limitará à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados."

Não se deve perder de vista que a aferição da necessidade ou exigibilidade da norma deve ser precedida pela verificação da existência de autorização para que o legislador possa adotar uma medida restritiva em relação a determinado direito. Ausente a autorização, ter-se-á a inconstitucionalidade material da norma, não por infringência ao princípio da proporcionalidade, mas, sim, por inobservância da regra de competência ou por violação ao núcleo intangível do texto constitucional.

dade, adequação, necessidade (postulado do meio mais benigno) e proporcionalidade em sentido estrito (postulado de ponderação propriamente dito) são logicamente inferidas da própria natureza do princípio, dele se deduzindo.

⁷ *Op. cit.* pp. 264/265.

Na oportuna lição de SCHOLLER ⁸, “a adequação representa a relação com a realidade empírica e deveria ser aferida em primeiro lugar, ainda que o critério da necessidade tenha a melhor relevância jurídica. Meios que são adequados podem, mas não precisam ser necessários. Em contrapartida, meios necessários serão sempre adequados”.

Por último, deve ser verificada a proporcionalidade em sentido estrito, nítido mandamento de ponderação ou valoração, segundo o qual o conteúdo da norma deve ser o que melhor preserve os interesses envolvidos no caso específico em análise, demonstrando a correção da escolha do meio, vale dizer, sua “justa medida”; logo, a restrição imposta pela norma deve ser inferior ao benefício que se pretenda obter com a sua edição, sob pena de infração ao princípio da proporcionalidade e conseqüente inconstitucionalidade. Segundo GRABITZ ⁹, sintetizando o entendimento do Tribunal Constitucional Alemão, “quanto mais a intervenção afeta formas de expressão elementar da liberdade de ação do homem, tanto mais cuidadosamente devem ser ponderados os fundamentos justificativos de uma ação cometida contra as exigências fundamentais da liberdade do cidadão”.

Não basta que a norma seja adequada e necessária à satisfação de determinado direito, sendo imprescindível a comprovação, a partir de um exercício de ponderação, de que este oferece maiores vantagens do que a carga coativa imposta a um outro direito, o que exige que ambos sejam identificados, delimitados e sopesados, permitindo a verificação de possível desproporcionalidade da medida adotada.

A ponderação, no entanto, não deve ser desenvolvida em uma atmosfera de intenso subjetivismo, pois o contrário certamente conduziria ao arbítrio. Segundo ROBERT ALEXY ¹⁰, deve ser ela direcionada por critérios racionais que culminarão em estabelecer uma *relação de precedência condicionada*, identificando o princípio que possui maior peso em determinada situação a partir da análise das condições específicas que envolvem essa ponderação. Com isto, se chegará à estruturação da *lei de colisão*, segundo a qual as condições que conduzem à prevalência de um princípio sobre o outro constituem o pressuposto fático de uma regra que explica a conseqüência jurídica do princípio precedente ¹¹.

⁸ “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha”, trad. de Ingo Wolfgang Sarlet, *Revista Interesse Público* n° 2/99, 1999.

⁹ *Der Grundsatz*, p. 581, *apud*, PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 330.

¹⁰ *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 92.

¹¹ Cf. ROBERT ALEXY, *op. cit.*, p. 94.

Utilizando-se do princípio da proporcionalidade, é possível identificar a legitimidade de diversas normas que restringem a liberdade de expressão:

a) O art. 36 da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) estatui que é vedado ao magistrado *"manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério"*. A restrição busca garantir a imparcialidade do magistrado, evitando que exteriorize seu entendimento sobre determinada questão, o que poderia redundar em antecipação de seu julgamento ou fazer que futuras causas, com o mesmo objeto, fossem a ele direcionadas, isto sem falar na necessidade de manutenção da unidade do Poder Judiciário, que sofreria sérias máculas em sendo admitidas críticas recíprocas entre seus órgãos.

b) Configura crime de responsabilidade do Presidente da República, a teor do art. 5º, 4, da Lei nº 1.079/50, *"revelar negócios políticos ou militares, que devam ser mantidos secretos a bem da defesa da segurança externa ou dos interesses da Nação"*. O motivo da restrição é patente: resguardar os interesses do País, o que justifica que a liberdade de expressão do Presidente, de valor nitidamente inferior à segurança da população, seja restringida.

c) Consoante o art. 11, III, da Lei nº 8.429/92, consubstancia ato de improbidade a conduta do agente público que venha a *"revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deve permanecer em segredo"*. Aqui, a liberdade de expressão do agente cede lugar ao interesse público ínsito em toda a atividade administrativa, que poderia ser comprometida com a divulgação de dados sigilosos. No mesmo sentido, tem-se o art. 11, VII, que considera ato de improbidade a conduta consistente em *"revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço"*.

Todas as restrições à liberdade de expressão, mencionadas no item anterior, têm um alicerce comum: são pontuais e condizentes com os fins almejados pelo legislador e os valores que se buscou preservar. Em nenhum momento, o agente público foi proibido de falar, mas, tão-somente, teve uma pequena parcela de sua liberdade restringida em prol de valores em muito superiores a ela, havendo uma nítida adequação entre meios e fins.

Na senda das restrições, cumpre transcrever o art. 159, IV, da Lei Complementar Estadual nº 28/82, antiga Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, *in verbis*:

“Art. 159. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros do Ministério Público é vedado especialmente:

(...)

IV. manifestar-se por qualquer meio de comunicação a respeito de assuntos pertinentes ao seu ofício ou à Instituição, bem como sobre a atuação funcional de qualquer dos membros, salvo quando autorizado pelo Procurador-Geral;”

À luz do preceito acima, editado à sombra de um regime ditatorial e que vedou aos membros do Ministério Público a possibilidade de conceder entrevistas aos meios de comunicação a respeito de assuntos concernentes ao seu ofício, questiona-se: qual é o direito que se buscou preservar com essa restrição à liberdade de expressão? Certamente não é a imparcialidade dos membros do Ministério Público, pois, sempre que atuam na condição de *dominus litis*, sua visão dos fatos *sub judice* encontra-se estampada na petição inicial. Do mesmo modo, não é a intimidade de quem quer que seja, pois a vedação não é direcionada ao sigilo de um fato e, sim, à pessoa do Promotor de Justiça, vale dizer, o fato pode ser revelado por qualquer um, menos pelo membro do Ministério Público.

Uma norma confeccionada sob a égide de um regime de exceção, em geral, não anda de braços dados com a lógica do razoável. Para não fugir à regra, o art. 159, IV, da Lei Complementar Estadual nº 28/82 padecia desse vício, o que é constatado a partir da leitura do art. 158, XIII, do mesmo diploma legal, *in verbis*:

“Art. 158. Os membros do Ministério Público devem ter irrepreensível procedimento na vida pública e particular, pugnando pelo prestígio da Justiça, velando pela dignidade de suas funções e respeitando a dos magistrados e a dos advogados.

Parágrafo único. É dever dos membros do Ministério Público.

(...)

XIII. observar sigilo funcional quanto à matéria dos procedimentos que tramitam em segredo de justiça;” (grifo nosso).

Considerando que o art. 159, IV, da Lei Complementar Estadual nº 28/82 veda unicamente manifestações em meios de comunicação e o art. 158, XIII, somente impõe o sigilo funcional quanto à matéria dos procedimentos que tramitam em segredo de justiça, chega-se à conclusão de que o Promotor de Justiça podia falar livremente pelas ruas, praças e avenidas sobre todas as matérias dos procedimentos em que atue, desde que não tramitem em segredo de justiça, mas vedado lhe é falar à imprensa. Assim, não bastasse o fato de a restrição à liberdade de expressão dos membros do Ministério Público não encontrar justificativa na necessidade de preservação de outro direito¹², tem-se outra incoerência, que não nega suas raízes ditatoriais, época em que a publicidade dos atos estatais era mera utopia. Em suma, a proibição é manifestamente irrazoável.

Evidentemente, conforme deflui do exposto nos parágrafos anteriores, não se sustenta que o art. 159, IV, da Lei Complementar nº 28/82 era integralmente inconstitucional. Os membros do Ministério Público, considerados em sua individualidade, não têm legitimidade para representar a Instituição em seu aspecto coletivo, o que justifica a exigência de autorização do Procurador-Geral de Justiça para que concedam entrevistas que possam vir a ser valoradas como a postura oficial do Ministério Público em relação a determinado assunto. Do mesmo modo, afigura-se nitidamente salutar a exigência de prévia autorização para que possam emitir manifestações a respeito da atuação funcional de outros membros, o que evitará críticas recíprocas e preservará o princípio da unidade, fim igualmente objetivado pela vedação anterior. Esta parte da norma, alias, é em muito semelhante ao disposto no art. 36 da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura), apresentando uma clara relação de proporcionalidade entre meios e fins.

Por restringir um direito fundamental sem qualquer justificativa, explícita ou implícita, o art. 159, IV, da Lei Complementar Estadual nº 28/82 estava em frontal dissonância da Constituição da República de 1988, não tendo sido integralmente recepcionado. Por tal razão, desde o dia 5 de outubro de 1988 inexistia vedação a que os membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro se manifestem por qualquer meio de comunicação a respeito de assuntos pertinentes ao seu ofício. Essa orientação, aliás, há muito está assentada no seio da Instituição, onde todos são dispensados, pelo Procurador-Geral de Justiça, de solicitar qualquer tipo de autorização para a concessão de entrevistas à imprensa em geral.

Além de ter o direito à liberdade de expressão, o membro do Ministério Público, como agente público que é, tem o dever de ser transparente, o que inclui a obrigação moral de expor aos meios de comunicação todos os atos pra-

¹² "A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos" (art. 18, 2, da Constituição portuguesa).

ticados no exercício de suas funções, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo.¹³ Por óbvias razões, não raras vezes, a simples conduta de informar o conteúdo de uma peça processual já será suficiente para desagradar ao réu em um processo criminal ou a um agente público intitulado de ímprobo. Aqui, no entanto, o direito individual cede lugar à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, máxime quando os fatos versam sobre a malversação do dinheiro público e inexistente qualquer vedação, legal ou judicial, a tal conduta.

Em anexo à primeira conclusão parcial exposta ao término do capítulo anterior, podem ser acrescentadas outras duas:

- a) o art. 159, IV, da Lei Complementar Estadual nº 28/82, que restringia, de forma desarrazoada, a liberdade de expressão dos membros do Ministério Público, não foi integralmente recepcionado pela Constituição de 1988;
- b) os membros do Ministério Público têm plena autonomia para conceder entrevistas a qualquer meio de comunicação, sobre atos próprios de seu ofício, independentemente de autorização do Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, o que é decorrência de seu direito à liberdade de expressão.

IV. AS INFORMAÇÕES CONTIDAS EM UM PROCESSO JUDICIAL PODEM SER EXPOSTAS AO PÚBLICO?

Ainda sob a ótica dos direitos fundamentais, dispõe o art. 5º, LX, da Constituição que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. O preceito constitucional não deixa margem a dúvidas: a regra é a publicidade dos atos processuais. Ao legislador, no entanto, foi outorgada a liberdade de ponderar, de um lado, a necessidade de publicidade dos atos estatais e, do outro, a intimidade e o interesse social, sendo-lhe permitido restringir aquela em benefício destes. A restrição, no entanto, deve observar padrões de proporcionalidade, os quais serão passíveis de sindicância pelo Poder Judiciário.

Por estar em plena harmonia com o texto constitucional, deve ser transcrito o art. 155 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:
I - em que o exigir o interesse público;

¹³ Segundo KARL LARENZ (in *Metodologia do Estudo e da Pesquisa*, p. 586), “o Tribunal Constitucional Federal (Alemão) dá claramente uma prevalência valorativa, mesmo frente a outros direitos fundamentais, aos direitos de liberdade de opinião e de liberdade de informação, por causa do seu ‘significado, pura e simplesmente constitutivo’, para a convivência democrática”.

II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite”.

Considerando que o art. 155 do Código de Processo Civil é aplicável aos processos instaurados a partir de ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público (art. 19 da Lei nº 7.347/85: “*Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições*”), é possível dizer que eventual segredo de justiça somente poderia ser imposto pelo juízo a partir da constatação de que o interesse público exigia tal providência. Tal, no entanto, dificilmente ocorrerá naqueles em que o Erário tenha sido lesado, pois certamente melhor resguarda o interesse público a possibilidade de a população acompanhar o processo e o julgamento daqueles que são acusados de malversação do dinheiro público.

Partindo-se da premissa de que determinado processo não está tramitando em segredo de justiça, não se vislumbra qualquer irregularidade na conduta daquele que venha a divulgar o seu conteúdo a terceiros. Note-se, no entanto, que divulgar não guarda identidade com comentar ou opinar. Àquele que simplesmente reproduz, de forma literal ou não, o que dos autos consta, jamais poderá ser imputada a prática de um ato ilícito; já aquele que emitir opinião pessoal a respeito de determinado processo poderá ser responsabilizado pelos excessos que venha a praticar a partir do exercício de sua liberdade de expressão.

Situação diversa será vislumbrada se o membro do Ministério Público não adotar qualquer providência em relação a determinado fato e narrar aos meios de comunicação a prática de possíveis ilícitos praticados por certa pessoa. Neste caso, o membro do Ministério Público não se limitaria a reproduzir o conteúdo de uma investigação ou de um processo judicial de natureza eminentemente pública, terminando por avançar no terreno das impressões subjetivas a respeito da conduta de outrem, o que o tornaria responsável pelos excessos que viesse a praticar.

Chega-se, aqui, à quarta conclusão parcial: *as informações contidas em um processo judicial, que não tramite sob segredo de justiça, podem ser expostas a terceiros, inclusive pelos membros do Ministério Público.*

V. UM VEÍCULO DE COMUNICAÇÃO TEM O DIREITO DE DIVULGAR AS INFORMAÇÕES CONTIDAS EM UM PROCESSO JUDICIAL?

Mais uma vez invocando os denominados direitos fundamentais, cumpre dizer que a Constituição da República, em seu art. 5º, IX ("é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"), veicula outra norma que garante a liberdade de expressão do pensamento. Neste preceito, coexistem, lado a lado, a liberdade de expressão e a liberdade de informação, as quais são essenciais à própria consecução do ideal democrático.

Além de assegurar o direito à liberdade de informação, de natureza eminentemente positiva, a Constituição também consagra um *direito negativo*, consistente no dever de o Estado, ressalvadas as exceções constitucionais, abster-se de restringi-la ("art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV...").

Os veículos de comunicação somente poderão ter a sua liberdade de informação restringida quando tal for necessário à preservação de outros valores constitucionais, restrição esta que não pode ultrapassar o estritamente necessário. Poderá a lei, *verbi gratia*, estabelecer meios de defesa das pessoas e das famílias quanto aos programas de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, I a IV, da Constituição, como o respeito aos valores éticos e sociais dos cidadãos (art. 220, § 3º, da Constituição).

Consagrada a liberdade de informação, não poderia ser oposto qualquer óbice à atividade dos meios de comunicação social que decidiram divulgar o conteúdo de um processo que versa sobre ilícitos imputados a determinada pessoa. Acresça-se a isto que aos membros do Ministério Público é assegurada a liberdade de expressão, o que tornaria igualmente lícita a conduta do Promotor de Justiça que viesse a conceder entrevistas a respeito de processo judicial que não tramite em segredo de justiça. Se é lícita a publicação e o Promotor de Justiça, agindo no exercício de um direito constitucionalmente assegurado, concorre para a prática de um ato lícito, onde estaria a ilicitude?

De atos lícitos não pode resultar ilicitude. Neste sentido, vale lembrar a aguçada percepção de NORBERTO BOBBIO¹⁴: "*se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas*".

A quinta e a sexta conclusões parciais são as seguintes:

¹⁴ *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Brasília: UNB, 1989, p. 159.

- a) é lícita a divulgação, através dos meios de comunicação social, do conteúdo da ação ajuizada pelo Ministério Público em face de determinada pessoa, desde que não tramite em segredo de justiça;
- b) sendo lícita a publicação, ao Promotor de Justiça que, no exercício de sua liberdade de expressão, concorre para a sua prática, não pode ser atribuída nenhuma ilicitude.

VI. SÍNTESE CONCLUSIVA

Como disséramos no limiar deste estudo, a valoração da legitimidade de qualquer restrição à liberdade de expressão dos membros do Ministério Público pressupõe a elucidação de algumas proposições básicas, que foram objeto de análise específica no decorrer da exposição, resultando nas conclusões parciais abaixo relacionadas:

a) A liberdade de expressão é um direito fundamental.

b) O art. 159, IV, da Lei Complementar Estadual n° 28/82, que restringia, de forma desarrazoada, a liberdade de expressão dos membros do Ministério Público, não foi integralmente recepcionado pela Constituição de 1988.

c) Os membros do Ministério Público têm plena autonomia para conceder entrevistas a qualquer meio de comunicação, sobre atos próprios de seu ofício, independentemente de autorização do Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, o que é decorrência de seu direito à liberdade de expressão.

d) As informações contidas em um processo judicial, que não tramite sob segredo de justiça, podem ser expostas a terceiros, inclusive pelos membros do Ministério Público.

e) É lícita a divulgação, através dos meios de comunicação social, do conteúdo das ações ajuizadas pelo Ministério Público.

f) Sendo lícita a publicação, ao membro do Ministério Público que, no exercício de sua liberdade de expressão, concorre para a sua prática, não pode ser atribuída nenhuma ilicitude.

Esperamos, ao final, que tantos quantos prezam a liberdade - valor indissociável de uma sã existência dos seres humanos ¹⁵ - insurjam-se, de forma veemente, contra qualquer tentativa de restringi-la sem um correlato e inequívoco benefício social - entenda-se por benefício social aquele que alcança a coletividade em sua integridade, não os arautos da ilicitude que muito prezam o anonimato e dele em muito dependem. Se excessos forem detectados, múltiplos são os mecanismos existentes para a punição do infrator, os quais em nada se confundem com a desarrazoada e arbitrária restrição de um direito fundamental. Restringir a liberdade de expressão com a farisaica explicação de que se busca prevenir uma prática ilícita é o mesmo que conferir ares de normalidade a uma determinação que profba a comunicação entre as pessoas para que possíveis ofensas não possam ser proferidas. Devemos lembrar, ainda, que hoje a restrição alcança os membros do Ministério Público, mas, amanhã, a quem alcançará? ¹⁶

Rio, 30 de junho de 2002.

(Versão atualizada em 6 de janeiro de 2003)

¹⁵ Na profunda percepção de MIGUEL DE CERVANTES, imortalizada nas palavras de Don Quijote, *"la libertad (...), es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida, y por el contrario, el cautiverio es el peor mal que puede venir a los hombres"* (*Don Quijote de la Mancha*, 1ª ed., São Paulo: Editora Scipione, 2001, p. 112).

¹⁶ "Tu sabes, conheces melhor do que eu a velha história. Na primeira noite eles se aproximam e roubam uma flor do nosso jardim. E não dizemos nada. Na segunda noite, já não se escondem: pisam as flores, matam nosso cão, e não dizemos nada. Até que um dia, o mais frágil deles entra sozinho em nossa casa, rouba-nos a luz, e, conhecendo o nosso medo, arranca-nos a voz da garganta. E já não podemos dizer nada." (EDUARDO ALVES DA COSTA, trecho do poema "No caminho com Malakóvski" *apud* EROS ROBERTO GRAU, "Lei Municipal Inconstitucional, Recusa do Prefeito Municipal à sua Execução", *RDP* nº 88/89).

¹⁷ EMERSON GARCIA é Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

A redução da maioridade civil e as medidas sócio-educativas - uma abordagem constitucional

FLÁVIA FERRER (*)

A redução da maioridade civil, de 21 para 18 anos, prevista pelo Código Civil, cuja vigência teve início em janeiro de 2003, trouxe à baila discussão sobre os reflexos, na esfera penal, desta modificação legislativa.

O Código Penal, em alguns dispositivos, traz benefícios a serem concedidos aos agentes que cometem delitos antes de terem alcançado os 21 anos de idade. Assim, quem comete um crime entre 18 e 21 anos tem atenuante genérica (art. 65, I) e o prazo prescricional diminuído de metade (art. 115). São benesses legais concedidas àqueles que, embora imputáveis na data do cometimento do delito, ainda não haviam alcançado a maioridade civil e eram, ainda, relativamente incapazes.

Embora seja possível, em virtude do novo limite de maioridade previsto na lei civil, discutir a validade e razoabilidade dos benefícios previstos na lei penal, não é possível, sob pena de violação legal, suprimi-los sem que haja, previamente, modificação do Código Penal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a imposição de medidas sócio-educativas para adolescentes (inimputáveis) que cometam ato infracional (ato análogo a crime ou contravenção). Assim, ao adolescente que pratica conduta prevista como delituosa na lei penal serão aplicados os dispositivos previstos na lei menoril. A Lei nº 8.069/90 define, em seu art. 103, o que será considerado ato infracional, para o fim de possibilitar a propositura de ação sócio-educativa pública em face de adolescente e, por fim, a aplicação de medida sócio-educativa.

Reza o dispositivo mencionado que é considerado ato infracional "a conduta descrita como crime ou contravenção penal". Não contém a lei menoril, pois, descrição dos atos infracionais que podem ser praticados pelos adolescentes. Remete-nos ela, nessa questão, a toda legislação de caráter penal em vigor, dispondo que qualquer conduta prevista como crime ou contravenção, se praticada por adolescente, será considerada ato infracional.

Praticado pelo adolescente o ato infracional, haverá, após oitiva informal do adolescente pelo Promotor de Justiça (art. 179 da Lei nº 8.069/90), concessão de remissão ou propositura de ação sócio-educativa pública, com oferecimento de representação (art. 180). Ao final do procedimento, na forma dos arts. 184/

186 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o juiz prolatará sentença que, julgando procedente o pedido, aplicará a medida sócio-educativa cabível (podendo haver imposição cumulada de mais de uma medida sócio-educativa, sem prejuízo da aplicação das medidas protetivas – art. 101 do ECA – cabíveis).

Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, no parágrafo único do art. 2º, que “Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente o Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade”. O art. 121 do mesmo diploma legal, ao trazer o regramento relativo à medida sócio-educativa de internação, reza, no § 5º, que “a liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade”. A existência deste último dispositivo faz que o ilustre Promotor de Justiça MÁRCIO MOTHÉ sustente que ocorre, aos 21 anos, espécie de prescrição da pretensão executória, que motiva que o jovem adulto tenha que ser imediatamente liberado, independente da espécie e circunstâncias do ato por ele praticado e das intercorrências durante a execução da medida sócio-educativa. ¹

Também a jurisprudência, na esteira da lei, considera plenamente cabível e possível a aplicação de medidas sócio-educativas a jovem adulto, desde que a infração tenha sido cometida em data anterior ao alcance da imputabilidade:

“Apreensão de adolescente. Habeas Corpus. A fundamentada apreensão do adolescente, mesmo maior de dezoito anos, mas por fato praticado quando inimputável, é medida prevista em lei, não constituindo constrangimento ilegal. Ordem denegada” (Conselho da Magistratura/RJ – Proc. Nº 713/93 – Rel. Des. Adolphino Ribeiro) Acórdão mencionado no livro de MÁRCIO MOTHÉ, citado, p. 79).

Certo é, entretanto, que apenas os atos infracionais graves, análogos a crimes de alta perigosidade (cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa e os hediondos ou equiparados) permitem a imposição e cumprimento de medidas sócio-educativas após os dezoito anos. Nas palavras de MÁRCIO MOTHÉ, “as medidas protetivas e/ou sócio-educativas podem ser aplicadas até que o adolescente alcance a maioridade penal, objetivando-se sempre a sua ressocialização, de modo que atinja a imputabilidade sem voltar a delinquir. Salientamos, porém, a existência de casos expressos que permitem a aplicação de medidas mesmo após a imputabilidade” ².

A partir da vigência da nova lei civil, entretanto, há corrente sustentada de forma combativa pela Defensoria Pública, que considera revogados os dispositivos da lei menoril que permitam a imposição e cumprimento de medidas sócio-educativas após ter o agente alcançado a idade de 18 anos. Assim, na esteira

¹ FERNANDES, Márcio Mothé. *Ação Sócio-Educativa Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002, p. 50.

² FERNANDES, Márcio Mothé. *Ob. cit.*, pp. 78/79.

do entendimento já esposado, referente à prescrição na Lei nº 8.069/90, ocorreria extinção da possibilidade de imposição e cumprimento de medida sócio-educativa, em virtude de prescrição das pretensões sócio-educativa e executória, aos 18 anos.

Tendo em vista que as legislações penal e menoril vigentes impedem a imposição de qualquer pena a quem tenha cometido o ato previsto como crime ou contravenção antes do alcance da imputabilidade, a interpretação e alcance que se busca outorgar à nova maioria civil terá o condão de fazer que aqueles que cometem atos infracionais com a idade de 17 anos tenham verdadeiro *bill* de impunidade. Imaginemos que adolescente cometa ato análogo a latrocínio, homicídio, extorsão mediante seqüestro ou estupro aos 17 anos e não seja ele apreendido em flagrante. Embora seja instaurado procedimento policial e, posteriormente, judicial, o tempo fará que seja impossível a imposição de qualquer medida, em virtude do alcance da maioria, ficando o jovem, então, impune.

A interpretação que se busca fazer é, além de insustentável do ponto de vista jurídico, extremamente alarmante sob o aspecto social ³. A quantidade de jovens envolvidos hoje com a prática de atos infracionais é imensa. No Rio de Janeiro, os traficantes procuram, cada vez mais, utilizar mão-de-obra infanto-juvenil, em virtude da maior maleabilidade da lei menoril. Sabedores da impossibilidade legal de imposição de qualquer medida aos fatos cometidos por adolescentes durante o décimo sétimo ano de vida na visão de quem assim sustenta, imagine-se o impacto que tal "salvo-conduto" trará para a vida futura desses jovens!

Se é verdade que a inspiração para o limite legal de 21 anos veio, de fato, da maioria então prevista na lei civil, não há relação de subordinação de uma lei à outra. Poderia o Estatuto da Criança e do Adolescente ter elegido qualquer outra idade limite para a imposição e cumprimento de medidas sócio-educativas, o que ainda pode ser alcançado por mera alteração legislativa.

O estatuto menoril, como o Código Penal, são diplomas de natureza diversa da lei civil, razão pela qual apresentavam, sem que houvesse qualquer alegação de ilegalidade, limite de imputabilidade que não trazia correspondência com a maioria civil. Havia, na vigência do antigo Código Civil, disparidade

³ No sentido do texto, pela possibilidade de aplicação e cumprimento de medida sócio-educativa após os dezoito anos, LUIZ FLÁVIO GOMES ("Maioridade Civil e as Medidas do ECA". www.direitopenal.adv.br/artigos), para quem "...todo processo em andamento ou findo deve continuar tramitando normalmente, até que o agente cumpra os 21 anos. Não deu a perda do objeto da atividade Estatal. O Estado pode e deve fazer cumprir as medidas impostas aos menores (jovens-adultos). Isso é e será feito em nome da prevenção especial (recuperação) e da prevenção geral (confirmação da norma violada; intimidação dos potenciais violadores etc)" e HORÁCIO AFRONSO DE FIGUEIREDO DA FONSECA ("A Maioridade no Novo Código Civil e seus Reflexos quanto ao Ato Infracional"), que afirma permanecer "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".

entre a maioria civil e a penal, sem que isto importasse em qualquer violação legislativa. Tal disparidade ocorre, hoje, entre a maioria civil/penal, que agora são alcançadas em conjunto, e a maioria eleitoral, que é obtida (embora facultativamente) aos dezesseis anos de idade.

A nova maioria civil em nada influi nos dispositivos contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente que contêm a possibilidade de imposição e cumprimento de medidas sócio-educativas até os vinte e um anos, mesmo porque não há qualquer conflito ou colidência que impeça a convivência da maioria civil aos dezoito anos de idade com a possibilidade de imposição de cumprimento de medidas sócio-educativas até os vinte e um anos.

Para que se entenda revogado (ou derogado) dispositivo legal, é necessário que a lei nova afaste, expressa ou implicitamente, a aplicação do dispositivo anteriormente vigente. Não tendo havido, pelo novo Código Civil em vigor, revogação expressa dos dispositivos da lei menoril que possibilitam a imposição e cumprimento de medidas até os vinte e um anos, cabe examinar se ocorreu, na espécie, revogação implícita.

A revogação implícita acontece quando se verifica haver efetiva incompatibilidade entre as normas. O tema é estudado de forma perfeita pelo prof. CARLOS MAXIMILIANO que ensina:

“Pode ser promulgada nova lei, sobre o mesmo assunto, sem ficar tacitamente ab-rogada a anterior (...) Em suma: a incompatibilidade implícita entre duas expressões de Direito *não se presume*; na dúvida, se considerará uma norma conciliável com a outra. O juriconsulto PAULO ensinara que – as leis posteriores se ligam às anteriores, se lhes não são contrárias; e esta última circunstância precisa ser provada por argumentos sólidos...”⁴

Não há qualquer incompatibilidade entre a nova maioria civil e os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente que tratam de imposição e aplicação de medidas sócio-educativas, não havendo, pois, como falar em revogação de tais dispositivos da lei menoril.

Além de ser incabível e insustentável, pelo mero exame das leis em comento, a revogação das citadas regras da lei menoril, a interpretação constitucional da matéria impede, de modo absoluto e categórico, qualquer argumentação neste sentido.

Faz-se necessário, pois, para perfeita análise da questão, interpretar as normas em comento, principalmente sob o enfoque constitucional. Interpretação é

⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Livraria do Globo, 1933, p. 367.

“uma operação lógico-jurídica consistente em verificar o sentido do preceito interpretado, ao ser confrontado com todo o ordenamento jurídico, concebido como uma unidade”⁵. Interpretar a lei é buscar o sentido correto e adequado de seus dispositivos, a fim de bem aplicá-los aos casos concretos. É, em síntese, compreender o sentido e o alcance da lei. A interpretação é indispensável para que possa a lei ser aplicada.

RECASENS SICHES critica os métodos e critérios tradicionais de interpretação que se amoldam perfeitamente ao entendimento e alcance que se tem procurado conceder à modificação da maioria civil na esfera menoril. Afirma que a interpretação da lei e seus dispositivos deve ser regida pela *lógica do razoável*, que consistiria em dar ao dispositivo legal a interpretação mais próxima possível de um ideal de justiça, ideal este que deve reger toda a elaboração, interpretação e aplicação da lei. A melhor interpretação é, assim, a que permite a realização do maior grau de justiça possível. Ensina o filósofo que os conteúdos jurídicos não pertencem ao pensamento regido pela lógica do tipo matemático, mas a outro campo de pensamento, que está regido por outro tipo de lógica: a lógica do razoável, do humano, da razão vital e histórica⁶.

No mesmo sentido a lição de LENIO STRECK, para quem a compreensão é condição de possibilidade para a interpretação. Compreender, ensina o autor, não depende de um método. A interpretação deve ser compreendida como um ato unitário em que coexistem integradamente vários elementos (histórico, sistemático etc) que concorrem para o ato interpretativo⁷.

A Constituição Federal dispõe, no art. 227, que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Dispositivo complementar se encontra no art 3º da Lei nº 8.069/90, que prescreve: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”.

O envolvimento com a prática de atos infracionais graves (que permite a imposição e cumprimento de medidas sócio-educativas após os dezoito anos de idade) afasta o jovem da escola, constituindo atividade que afronta sua dignidade e o expõe à violência e crueldade, além de representar enorme risco à sua vida.

⁵ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: TEA. Vol. I, 1988, p. 170.

⁶ SICHES, Luis Recasens. *Filosofia del Derecho* Cidade do México: Porúa. 1999, pp. 662/663.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002, pp. 209/210.

À Justiça Infante-Juvenil cabe, na forma prevista pela Constituição Federal, proteger e ressocializar os jovens infratores. Deve a Lei ser aplicada de forma digna e coerente, sem paternalismos. Aplicar medidas sócio-educativas inadequadas aos casos apresentados ou, mais grave, deixar de aplicá-las quando necessário representa omissão do Poder Público e negativa de auxílio e proteção aos adolescentes infratores, afrontando o disposto na Constituição Federal.

A atividade infracional grave traz implícita, em si própria, violência e perigosidade. Ao estabelecer como dever do Estado a proteção e o respeito às crianças e adolescentes, a Constituição indica que não pode o Estado-Juiz negligenciar o mandamento constitucional ao julgar ação sócio-educativa pública proposta em face de adolescente (ou jovem adulto, tendo sido o ato cometido ainda na fase de inimizabilidade) envolvido com atividade infracional grave.

Ante o envolvimento do jovem com atividades perniciosas, é dever do Estado protegê-lo, da forma mais eficaz possível, do envolvimento com a marginalidade. A defesa dos direitos à vida e dignidade dos jovens, determinada constitucionalmente, muitas vezes somente se faz possível com seu afastamento coativo do meio social, no qual há o envolvimento criminoso.

A prática de ato infracional grave não representa apenas grave ameaça a direito individualizado, mas, sim, grave ameaça à própria ordem social. O art. 227 determina ser responsabilidade do Estado assegurar a dignidade e o respeito ao adolescente, afastando-o da crueldade, exploração e violência. O jovem envolvido com a prática de atos infracionais graves é, via de regra, explorado e submetido a um regime de crueldade e violência. A afirmação de que a lei não permite a imposição e cumprimento de medidas voltadas à sua ressocialização faz que o Estado se veja impedido de agir de forma a afastar, de modo definitivo, o jovem do meio em que é explorado. A proteção e busca da ressocialização do jovem, com respeito à sua dignidade, obrigam que, muitas vezes, seja necessária a imposição de medidas sócio-educativas, até mesmo privativas de liberdade, com seu afastamento do meio social, no qual está o apelo criminoso. A imposição e cumprimento da medida representa, assim, não apenas uma medida de proteção da sociedade, mas também, e primordialmente, uma medida de proteção ao próprio jovem.

A questão posta em discussão – revogação da possibilidade de imposição e cumprimento de medidas sócio-educativas após os dezoito anos, à vista da nova maioridade civil – é facilmente compreendida, e rechaçada, se utilizada a técnica hermenêutica de interpretação conforme a Constituição.

Na atual situação legislativa brasileira, qualquer exercício tendente a compreender o sentido e alcance das normas legais deve levar em consideração, em virtude do princípio da supremacia da Constituição, os parâmetros e princípios constitucionais, para que o resultado do processo interpretativo não entre em confronto com a Constituição, o que afastaria a possibilidade de aplicação prática do dispositivo legal em tal acepção, em virtude de inconstitucionalidade.

A interpretação conforme a Constituição procura analisar a norma legal de forma a adequá-la aos preceitos constitucionais, com a adoção de um sentido interpretativo do texto normativo que o mantenha em harmonia com a constituição⁸. Decorre do reconhecimento da superioridade da norma constitucional⁹, buscando a unidade de toda a ordem jurídica ao examinar a lei infraconstitucional sob a ótica dos preceitos dispostos na Carta Magna.

CANOTILHO, ao tratar da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, ensina ser um princípio de controle, que tem como função “assegurar a constitucionalidade da interpretação”. Uma das dimensões do princípio da interpretação conforme a Constituição, para o mestre lusitano, é a do *princípio da prevalência da Constituição*, que impõe que, “dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais”¹⁰.

Ensina ANDRÉ ANDRADE que, quando se verifica que o texto legal aponta para possibilidades interpretativas variadas, impõe-se ao intérprete buscar extrair da lei o sentido que mais se harmonize com a constituição. Dentre duas ou mais interpretações extraíveis do texto legal (algumas contrárias, outras em conformidade com a Constituição), é impositiva aquela que seja mais compatível com a normatividade constitucional¹¹.

Assim, a interpretação das leis deve buscar, sempre, o sentido e alcance que mais as aproximem da Constituição, de forma a possibilitar a uniformidade entre todo o ordenamento legal vigente. A supremacia da Constituição, em matéria de hermenêutica, conforme RUI MEDEIROS¹², pode ser entendida sob quatro funções, que se interpenetram, uma vez que o processo interpretativo não se faz por etapas: a) função de apoio ou confirmação ao sentido interpretativo já indicado pelos tradicionais critérios de interpretação; b) função de escolha entre diversas soluções interpretativas compatíveis com a letra da lei, para excluir alguns sentidos, optando por aqueles em conformidade com o texto constitucional; c) função de correção dos sentidos literais possíveis; d) função de revisão da lei, através de atribuição à Constituição de peso decisivo e superior aos tradicionais métodos de interpretação.

⁸ Assim LUÍS ROBERTO BARROSO, para quem “Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita” (*Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 181).

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 432. Ensina o autor que convém “que o intérprete não as afaste daquele princípio estabelecido pelo Tribunal Constitucional da Áustria de que ‘a uma lei, em caso de dúvida, nunca se lhe dê uma interpretação que possa fazê-la parecer inconstitucional’ ”; p. 433.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1151.

¹¹ ANDRADE, André Gustavo C. de. “Dimensões da Interpretação Conforme a Constituição”. Trabalho inédito.

¹² MEDEIROS, Rui. *Apud* STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 445.

O estudo dos efeitos da nova maioria civil sobre o sistema de imposição e cumprimento das medidas sócio-educativas previstas na Lei nº 8.069/90 deve ser feito à vista das normas constitucionais previstas nos arts. 5º e 227, de modo a escolher, dentre as possíveis interpretações do texto infraconstitucional, a que melhor se amolda aos mandamentos da Lei Magna.

Dois princípios constitucionais têm o condão de demonstrar, de forma clara, qual a melhor interpretação acerca dos efeitos da redução da maioria civil na esfera da imposição e aplicação de medidas sócio-educativas aos chamados jovens adultos. São eles os princípios constitucionais da igualdade e da razoabilidade, previstos, respectivamente, de modo explícito e implícito no texto constitucional.

O princípio da igualdade, expressamente previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, é, nas palavras de RICARDO LOBO TORRES, “o tema fundamental do constitucionalismo e penetra, como medida, proporção ou razoabilidade, em todos os valores e princípios, dando-lhes idéia de unidade”¹³. E igualdade consiste em tratar da mesma forma pessoas que se encontram em situações semelhantes, abolindo a desigualdade, a arbitrariedade e a injustiça. A igualdade jurídica material, nas palavras de KONRAD HESSE, consiste na proibição de uma “regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual”¹⁴.

O princípio da igualdade, considerado princípio informador de toda a ordem jurídica, veda se estabeleça diferenciação jurídica sem um fundamento razoável¹⁵.

E, por evidência, não há fundamento razoável que permita tratar diferentemente, para o fim de determinar a não imposição de cumprimento de medida sócio-educativa, um adolescente de dezesseis anos de idade e um adolescente de dezessete anos e meio de idade que tenham, em concurso de pessoas, cometido um ato infracional análogo ao crime de homicídio. Como justificar, à luz do princípio constitucional da isonomia, que apenas um dos jovens, justamente aquele que apresenta menor desenvolvimento biológico e psíquico, deva ser o único a sofrer a imposição da medida legal prevista?

Ofende de modo frontal o princípio da isonomia permitir tratamento diferenciado a adolescentes que tenham praticado atos infracionais graves apenas pela maior ou menor proximidade da prática da conduta em relação à data de seu aniversário de dezoito anos.

¹³ TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar. 1995, p. 266.

¹⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1998, p. 330.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. 1999, p. 401.

Permitir e, mais, exigir que adolescente fique livre de qualquer imposição ou cumprimento de medida sócio-educativa ao completar dezoito anos beneficia, de modo irrazoável, arbitrário e desproporcional, jovens que, já mentalmente e biologicamente próximos do alcance da imputabilidade, venham a praticar atos infracionais graves, em detrimento daqueles que, mais longe do alcance de tal imputabilidade, venham a praticar as mesmas infrações. Se deve haver distinção de tratamento dos adolescentes que praticam atos infracionais graves, tal distinção deveria beneficiar, como inclusive previsto em dispositivos da Lei nº 8.069/90¹⁶, aqueles mais jovens, em virtude do menor grau de desenvolvimento biopsicológico.

Além de afrontar o princípio da isonomia, a solução proposta, de abolir a imposição e cumprimento de medida sócio-educativa após os dezoito anos, também viola o princípio da razoabilidade. Este princípio, embutido na garantia do devido processo legal¹⁷, traduz, em síntese, a noção de justiça. É razoável o que revela equilíbrio, ponderação, harmonia, moderação, bom senso. Razoabilidade é a adequação de sentido que deve haver entre valores fundamentais como ordem, paz, segurança, solidariedade e justiça¹⁸. Bem assevera RICARDO AZIZ CRETTON que “as idéias de razão, racional, racionalidade e razoável, razoabilidade, em suas variadas acepções, imbricam-se e se entrecruzam, desde os primórdios do pensamento jusfilosófico, com as de justo, justiça e equânime, equidade”¹⁹.

PERELMAN, ao tratar da razoabilidade, aponta que haverá violação a este princípio sempre que estivermos diante de situação de iniquidade, com “aplicação ridícula ou inadequada de disposições legais, como contrário aos princípios gerais do direito comuns a todos os povos civilizados”. O tratamento irrazoável do direito é inaceitável, conclui o filósofo²⁰.

GUERRA FILHO trata de forma pertinente a razoabilidade, ao afirmar que a ofensa a este princípio significa ultrapassar os limites do que as pessoas (o senso comum) consideram aceitável em termos jurídicos. Vai além o autor ao sustentar que razoável é a harmonização dos interesses individuais, supra-individuais e públicos, de modo que os princípios da razoabilidade/proporcionalidade e isonomia são os balizamentos para a eficácia da justiça²¹.

¹⁶ O art. 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que a medida de internação deverá ser cumprida em local exclusivo para adolescentes, “obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração”.

¹⁷ Art. 5º, LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 217.

¹⁹ CRETTON, Ricardo Aziz. *Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua aplicação no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 15.

²⁰ PERELMAN, Chaüm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 429.

²¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 2001, pp. 66/67.

Razoável é, pois, o justo, o equânime, o que traduz a idéia de ordem e segurança, o que acarreta paz e justiça sociais. Razoável é que adolescente que pratica graves atos infracionais venha a sofrer a imposição de medida sócio-educativa, mesmo que tal imposição e o conseqüente cumprimento da medida venham a ocorrer após ter ele alcançado a maioridade.

É certo que não pode o agente, após o alcance da imputabilidade, ficar eternamente sujeito ao cumprimento de medida sócio-educativa decorrente de fato praticado nos anos de inimputabilidade. Para isto, e estabelecendo teto à imposição e cumprimento de medidas, há a previsão da idade-limite de vinte e um anos. Não é razoável, no entanto, que passe o jovem ao largo da justiça apenas por ter atingido a imputabilidade. O senso comum e o interesse público impedem, de modo absoluto, esta solução.

A interpretação preconizada, no sentido da abolição de qualquer medida aos dezoito anos afronta, assim, não apenas o mandamento constitucional de preservação e proteção aos jovens, que devem ser ressocializados, mas, também, os princípios da igualdade e da razoabilidade

A melhor interpretação do texto infraconstitucional, dentre as possíveis, deve ser aquela que mais o harmoniza com as normas constitucionais. Quando há mais de um possível sentido interpretativo da norma, a interpretação conforme a Constituição "significa a escolha de um sentido normativo que se concilie com a Lei Maior, rechaçando as demais hipóteses interpretativas que pelem com a Constituição"²². A possibilidade de imposição e cumprimento de medidas sócio-educativas até os vinte e um anos deve ser examinada em conformidade com as normas constitucionais. Como ressalta de modo perfeito BONAVIDES, "a conformidade da lei com a Constituição não consiste apenas em verificar formalmente se a lei está de acordo com a regra suprema, mas em determinar também a compatibilidade material, por onde resulta que um conteúdo equívoco ou incerto da lei será aferido por igual pelo conteúdo da norma constitucional"²³.

A gravidade social (grave ameaça à ordem social/coletiva) da conduta de atos infracionais cometidos com violência ou ameaça à pessoa, aliada à necessidade de proteção ao próprio jovem infrator, fazem que a mais isonômica e razoável interpretação do problema ora examinado seja a que considera possível a aplicação e cumprimento de medida sócio-educativa até a idade de vinte e um anos pelos atos infracionais praticados antes do atingimento da maioridade. Assim, presente no ato infracional grave ameaça coletiva e extrema e indubitosa violência social, possíveis a imposição e cumprimento, em caso de necessidade, de medida sócio-educativa até três anos após ter o jovem alcançado a imputabilidade.

²² VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p. 169.

²³ BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.*, p. 436.

A utilização do princípio da interpretação conforme a Constituição permite concluir, pois, que, havendo, na conduta praticada, grave ameaça coletiva e havendo, além disso, a necessidade de proteção ao próprio jovem infrator, afastando-o do meio criminoso de forma a possibilitar sua ressocialização, cabível será a aplicação de medida sócio-educativa até os vinte e um anos.

RESPOSTA DA PROMOTORA DE JUSTIÇA

Em resposta ao questionamento formulado pelo Ministério Público, a Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Flávia Ferrer, respondeu que, de acordo com o art. 101, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a medida sócio-educativa é aplicável até os vinte e um anos de idade.

De acordo com o art. 101, § 1º, do ECA, a medida sócio-educativa é aplicável até os vinte e um anos de idade, independentemente da idade da criança ou do adolescente.

Desse modo, se a criança ou o adolescente estiverem em risco à sociedade e à família, a medida sócio-educativa é aplicável até os vinte e um anos de idade.

Nesse sentido, a Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Flávia Ferrer, entende que a medida sócio-educativa é aplicável até os vinte e um anos de idade, independentemente da idade da criança ou do adolescente.

Em suma, a medida sócio-educativa é aplicável até os vinte e um anos de idade, independentemente da idade da criança ou do adolescente.

Desde então, a Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Flávia Ferrer, entende que a medida sócio-educativa é aplicável até os vinte e um anos de idade, independentemente da idade da criança ou do adolescente.

A partir das informações acima, a Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Flávia Ferrer, entende que a medida sócio-educativa é aplicável até os vinte e um anos de idade, independentemente da idade da criança ou do adolescente.

(*) FLÁVIA FERRER é Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

A dimensão da garantia do acesso à Justiça na jurisdição coletiva

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO^(*)

É fato indubitável que o Direito Processual Civil, em nível mundial, passou por enormes transformações até alcançar sua forma atual.

Desde os primórdios da civilização organizada até os dias atuais, os povos têm tido, como preocupação constante, a busca de um instrumento efetivo para a pacificação social.

Nesse sentido, as diversas sociedades evoluíram de modo a encontrar a melhor maneira de solucionar seus conflitos.

Nesse caminho percorrido ¹, desde a época do Código de Hamurabi, podemos identificar essas formas de solução de litígios, conhecidas hoje como substitutos (ou equivalentes) jurisdicionais, a saber, autodefesa, auto-composição e mediação.

Essa busca encerra-se, de certo modo, com a adoção da jurisdição, que, a partir de meados do século XIV, torna-se a forma predominante de solução dos litígios ².

Desde então, a jurisdição passa às atribuições do Estado. O Poder Estatal passa a ser enxergado como um todo que é exercido em três vertentes distintas, conforme sua área de atuação.

A partir daí, delineiam-se as três funções do Estado: administrar, legislar e julgar. É nesse contexto que o Estado-Juiz assume a responsabilidade de exercer a jurisdição, compondo de forma imperiosa e definitiva os litígios ³.

¹ Conferir a linha evolutória traçada por José EDUARDO CARREIRA ALVIM, in *Elementos de Teoria Geral do Processo*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.10 e ss.

² Ressalvando-se, contudo, que, desde a época da Roma antiga, já havia um sistema jurisdicional, onde o poder de julgar era exercido, em última instância, pelos Imperadores.

³ A chamada tripartição dos poderes estatais foi proposta, ainda de forma embrionária, por ARISTÓTELES, sendo desenvolvida e finalmente sistematizada por MONTESQUIEU, e imortalizada em sua obra *De L'Esprit des Lois*. (in *Os Pensadores* - MONTESQUIEU [tradução sob supervisão da Editora Bertrand Brasil]. *O Espírito das Leis*, São Paulo: Nova Cultural, 1997). A propósito de tal evolução, é de se conferir BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Saraiva, 1998, p. 161, nota nº 42.

A Jurisdição apresenta, portanto, como vantagens, a imparcialidade, a defesa dos direitos da sociedade e a autoridade e capacidade de impor a decisão tomada. Seus elementos básicos são a lide ⁴ (existência de uma demanda ajuizada, ou seja, um autor que vem a juízo a fim de deduzir sua pretensão e obter a prestação jurisdicional do Estado-Juiz), a inércia ⁵ (o fato de o juiz não agir de ofício, mas somente quando provocado pelas partes), a substitutividade ⁶ (o monopólio da função jurisdicional) e a definitividade ⁷ (cabendo ao Judiciário dar a palavra final nos conflitos e questões jurisdicionalmente suscitados).

Essas quatro características traduzem a própria jurisdição exercida pelo Estado-Juiz, através de um instrumento denominado processo. Assim, o Juiz irá adequar aquele caso concreto que lhe é submetido à "moldura legal" ⁸, aplicando o dispositivo legal pertinente à questão, e solucionando o conflito de forma a garantir seja proporcionada aos membros da sociedade a justiça por eles esperada quando elegeram o Estado-Juiz como "único solucionador" de seus conflitos.

Esta é a realidade que prepondera hoje de forma quase absoluta na ordem processual mundial.

Ocorre que a jurisdição, com o passar do tempo, tem se mostrado ineficaz em diversas situações, pelos mais variados motivos.

Tal situação, confrontada com a crescente modificação da sociedade, vem ensejando uma busca por novos instrumentos jurisdicionais ⁹.

⁴ Modernamente, a doutrina processual vem entendendo não ser a lide um elemento essencial da jurisdição, mas acidental, na medida em que é possível a instauração de uma relação jurídico-processual independentemente da existência de contraposição de interesses. Nesse sentido, a questão assume contornos de maior relevância quando se discute a natureza da chamada "jurisdição voluntária". Acerca da controvérsia, bem como dos fundamentos adotados, veja-se FREITAS CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 80 e ss. Lembre-se, ainda, que, no direito pátrio, foi AFRÂNIO SILVA JARDIM um dos autores que primeiro se posicionou acerca do papel exercido pela lide na moderna estrutura jurisdicional. O mestre, de quem tive a honra de ser monitor ainda na Graduação da Faculdade de Direito da UERJ, sempre enfatizou ser a pretensão o real elemento necessário da jurisdição, e não a lide. Cf. a respeito JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 237 e ss.

⁵ Este princípio encontra-se consubstanciado nos artigos 2º, 128 e 262 do Código de Processo Civil, e é conhecido em doutrina como princípio dispositivo ou da demanda.

⁶ É em razão da substitutividade que se impede, em regra, exercitem as partes diretamente seus direitos quando os mesmos são violados ou ameaçados. A fim de reforçar ainda mais este postulado, o legislador houve por bem caracterizar como ilícito penal, tipificado no artigo 345 do Código Penal Brasileiro, esta conduta, que recebeu o *nomen iuris* de "exercício arbitrário das próprias razões".

⁷ Esta característica é responsável pelo importante papel exercido pelo Poder Judiciário no mecanismo de controle recíproco entre os Poderes da República, denominado "checks and balances".

⁸ Esta expressão era, e ainda é, freqüentemente utilizada por PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO em suas aulas na Graduação da Faculdade de Direito da UERJ. Apesar de aparentemente simples, consegue, com perfeição, definir o procedimento de suma relevância, mas que, por vezes, transcorre de forma imperceptível, onde o julgador concretiza, com eficácia *inter partes* ou *erga omnes*, dependendo do caso, o comando abstrato e genérico previsto pelo legislador.

⁹ A propósito, veja-se a minuciosa radiografia elaborada por ADA PELLEGRINI GRINOVER: "Todavia, é preciso reconhecer o grande descompasso entre a doutrina e a legislação de um lado, e a prática judiciária

Nessa esteira, na ordem jurídica processual foram inseridos dispositivos que procuravam diminuir o nível de obstrução das vias jurisdicionais.

No Brasil, foram adotadas, basicamente, duas formas de atuação.

Numa primeira linha, foram criados e desenvolvidos mecanismos de tutela de interesses metaindividuais, tais como a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e outras ações coletivas, previstas não só na Lei nº 7.347/85, mas também no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros.

Numa segunda linha, a ação foi diversificada; numa primeira vertente, os procedimentos tradicionais foram abreviados, suprimindo-se fases desnecessárias ou aperfeiçoando-se a redação dos dispositivos legais, evitando-se, assim, maiores delongas processuais em razão de divergência de interpretação acerca dos mesmos¹⁰. Numa segunda vertente, procurou-se simplificar alguns procedimentos (principalmente aqueles que versavam sobre pequenas disputas, na área cível, e infrações de menor potencial ofensivo, na área criminal) através da adoção de princípios como a oralidade, imediatidade, concentração e informalização, todos envoltos numa atmosfera conciliatória.

Seguindo a primeira linha de atuação, foi editada, no Brasil, a Lei nº 7.347/85, que disciplinou a ação civil pública¹¹.

Contudo, o aparelho judiciário, apesar de inúmeras tentativas de melhora, tem se mostrado lento na compreensão das questões coletivas¹², o que desperta, cada vez mais, a atenção dos doutrinadores para a questão do acesso à justiça, sobretudo na jurisdição coletiva.

*de outro. Ao extraordinário progresso científico da disciplina não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça. A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que o Código lhe atribui; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça, e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários". (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*, 2ª edição, São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 177).*

¹⁰ Nesse sentido foi efetivada a chamada Reforma Processual, consubstanciada nas Leis nº 8.455/92, 8.950/94, 8.951/94, 8.952/94, 8.953/94, 9.139/95 e 9.756/98, entre outras. Registre-se que tramitam ainda no Congresso Nacional mais três Projetos de Reforma do Código de Processo Civil, identificados como Projetos 13, 14 e 15, disponíveis na Internet no "site" do Ministério da Justiça, em <http://www.redegoverno.gov.br>, consultado em 20 de novembro de 2000.

¹¹ Esta Lei foi posteriormente alterada pelo Código de Defesa do Consumidor, que não só expandiu este instituto, como também fez a previsão da ação coletiva, enquanto instrumento hábil à defesa do direito individual homogêneo, o que será estudado no curso desta parte do trabalho.

¹² ADA PELLEGRINI GRINOVER, mais uma vez, analisa, com exatidão, as falhas na conjuntura processual: "A análise macroscópica da sociedade contemporânea revela alguns dados extremamente preocupantes na administração da Justiça. Não última, certamente, é a verificação da existência de um número cada vez maior de conflitos de interesses, não adequadamente solucionados, ou nem mesmo submetidos à apreciação jurisdicional. De um lado, a sociedade de massa gera conflitos de natureza coletiva ou difusa, dificilmente tratáveis segundo os esquemas clássicos da processualística de caráter individualista; do outro lado, a lentidão e o custo do processo, a complicação e a burocracia da Justiça afastam o detentor de interesses

O acesso à justiça é, sem dúvida, o tema mais em voga nos dias atuais. Não apenas por sua estreita relação com a viabilidade política de um Estado Democrático de Direito, mas, principalmente, ante os recentes episódios que se passaram em nosso país e que acabaram por culminar num grande Projeto de Reforma do Poder Judiciário.

Ocorre que, como adverte KAZUO WATANABE¹³, esta questão é bastante complexa, pois é necessária uma nova mentalidade a fim de que se assegure o acesso à ordem jurídica justa.

Ampliando essa ótica e trazendo novas luzes, J. J. CALMON DE PASSOS afirma ser necessário conceber o processo como instrumento de realização efetiva dos direitos individuais e coletivos, sendo então, em última análise, um instrumento político de participação social¹⁴.

Essa perspectiva é suficiente para que se tenha uma idéia do que seja o acesso à justiça e de sua importância.

De se ressaltar, contudo, ter tal importância alçado, há muito, foros internacionais, por intermédio das obras do insuperável MAURO CAPPELLETTI¹⁵.

indevidamente considerados 'menores', contribuindo para aumentar a distância entre o cidadão e o Poder Público, exacerbando a litigiosidade latente e desacreditando a Justiça, com conseqüências sempre perigosas e freqüentemente desastrosas". (GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., pp. 205/206).

¹³ Sustenta o autor que: "a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua MAURO CAPPELLETTI". (WATANABE, Kazuo. "Acesso à Justiça e Sociedade Moderna", in *Participação e Processo*, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128).

¹⁴ "Acredito estejamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, e sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir contra a lei do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização dos direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo". (CALMON DE PASSOS, J. J. "Democracia, participação e processo", in *Participação e Processo*, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988, p. 95).

¹⁵ Em uma de suas mais felizes passagens, pontifica o Mestre: "o recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em seqüência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira 'onda' desse movimento novo - foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses 'difusos', especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e a terceira - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente "ênfoque de acesso à justiça" porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar

Dessa forma, MAURO CAPPELLETTI introduz e apresenta ao mundo suas "Ondas Renovatórias do Direito Processual" que vêm sendo estudadas como a base do moderno direito processual, não mais cegamente vinculado a regras formais, mas, sim, comprometido com as novas necessidades sociais e atento às modificações em todos os ramos da vida humana.

Isto se dá como verdadeira necessidade de sobrevivência de qualquer disciplina jurídica.

Assim, se o direito é necessário para regulamentar a vida em sociedade e se é certo que essa sociedade está em permanente evolução, a ciência jurídica encontra-se, inexoravelmente, no seguinte dilema: ou acompanha a evolução, fornecendo as soluções adequadas e necessárias a se manter a ordem no Estado Democrático de Direito, evitando de um lado o autoritarismo e de outro a anarquia, ou torna-se obsoleta e desprovida de qualquer serventia, o que acarretará sua mais perfeita falta de efetividade, utilizando-se aqui o termo no contexto proposto por LUÍS ROBERTO BARROSO¹⁶, para quem isto significa "a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social", bem como "a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social".

Tendo em vista todas as considerações acima aduzidas, não fica difícil perceber a grande importância de um estudo mais aprofundado do direito processual, o que, indubitavelmente, só pode ser feito dentro de uma perspectiva voltada ao acesso à justiça.

Entretanto, tal estudo torna-se mais específico na medida em que este acesso à justiça deve ser garantido numa ordem civil constitucional, e não apenas nas demandas individuais, mas também, e principalmente, nas coletivas, pois aí residem as grandes carências e necessidades da sociedade de massa.

É nesse contexto que voltamos ao pensamento de CAPPELLETTI para concluir que o direito, tanto material como processual, não pode ficar estagnado, sob pena de cair em desuso ou, ou que é pior, deixar de atender aos anseios sociais, perdendo assim sua razão de ser¹⁷.

as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo". (CAPPELLETTI, MAURO, GARTH, BRYANT [tradução de Ellen Gracie Northfleet]. *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 31 e ss.).

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 76 e ss.

¹⁷ A propósito, diz CAPPELLETTI, "não é preciso ser sociólogo de profissão para reconhecer que a sociedade (poderemos usar a ambiciosa palavra: civilização?) na qual vivemos é uma sociedade ou civilização de produção em massa, de troca e de consumo de massa, bem como de conflitos ou conflitualidades de massa. (...) Daí deriva que também as situações de vida, que o Direito deve regular, são tornadas sempre mais complexas, enquanto por sua vez, a tutela jurisdicional - a Justiça será invocada não mais somente contra violações de caráter individual, mas sempre mais freqüente contra violações de caráter essencialmente coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividades. Trata-se, em outras palavras, de violações de massa". (CAPPELLETTI, Mauro. "Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil", in *Revista de Processo*, vol. V, separata (sem indicação de tradutor).

Destarte, torna-se imperioso nos dias de hoje, quando estamos imersos numa ordem coletiva, investigar qual é o meio mais eficaz para a proteção dos direitos transindividuais¹⁸.

Isto porque vivemos em uma sociedade de produção em massa; temos relações de troca e de consumo em massa, bem como conflitos de massa.

Desta forma, não mais procurar-se-á a Justiça apenas para dirimir-se conflitos de caráter meramente individual, mas também para a solução doutros de natureza eminentemente coletiva, já que envolvem grupos, classes e coletividades. Em outras palavras, trata-se de "violações de massa"¹⁹.

Na realidade, a complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas desconhecidos às lides meramente individuais. Assim, os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração liberal-individualística, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas meta-individuais e coletivos.

Portanto, continuar, conforme a tradição individualística, a atribuir direitos exclusivamente a pessoas individuais significaria tornar impossível uma efetiva proteção jurídica dos direitos coletivos, exatamente na ocasião em que surgem como elementos cada vez mais essenciais para a vida civil (direito ao meio-ambiente, à saúde, segurança social em sentido lato *etc.*). Em suma, os direitos transindividuais pertencem, em última análise, à coletividade.

A tutela dos direitos coletivos traz em si uma grande dificuldade. Se esses direitos pertencem a todos, quem vai tutelá-los? É verdade que cada cidadão

¹⁸ Nesse sentido, SILVA PACHECO afirma que, " após a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos de 1948, vem crescentemente se concretizando a tendência de convenções internacionais e processos de integração global e regional, como incremento dos direitos sociais, econômicos, culturais, ecológicos, indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade humana. A doutrina, cada vez mais intercomunicante, passou a focalizar novas nuances do fenômeno jurídico e os ordenamentos dos países, inclusive do nosso, ampliaram a previsão de direitos, com o reconhecimento de todos eles, inclusive dos transindividuais, coletivos ou difusos e de direitos individuais homogêneos, além dos tradicionais. Para a sua defesa, tornou-se preciso permitir o acesso à justiça de legitimados autônomos, alargando, racionalmente, o campo da legitimidade, principalmente na esfera processual e, outrossim, dilatando o conceito de direito subjetivo, para abranger não só o direito que tenha um sujeito determinado como também o sujeito indeterminado, e, ademais, estendendo o próprio conceito de sujeito de direito. Se existem direitos difusos, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, ou direitos coletivos, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas vinculadas por uma relação jurídica básica, há de se admitir, necessariamente, que exista quem os defenda. Assim, atualmente, pode-se pleitear a tutela jurisdicional, quando houver ameaça ou lesão a direito de qualquer natureza, quer seja direito subjetivo, no conceito tradicional, de interesse legitimamente protegido de sujeito determinado, quer seja de direito individual homogêneo, direito transindividual, coletivo ou difuso". (PACHECO, Silva. *Evolução do Processo Civil brasileiro*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 396/397).

¹⁹ O próprio CAPPELETTI, no sentido do texto, registrou inúmeras vezes que " a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais". (CAPPELETTI, Mauro, GARTH, Bryant [tradução de Ellen Gracie Northfleet]. *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 49).

possui uma “cota-parte” desse direito. Entretanto, a fim de ser ele bem defendido, é necessária a fixação de uma instituição que o titularize e tenha reais condições de desempenhar um bom trabalho.

De nada adiantaria criar um direito coletivo sem que uma pessoa processual recebesse a incumbência de defendê-lo, uma vez que os interesses dessa magnitude são bastante amplos, o que torna inviável sua defesa por apenas uma pessoa.

A questão passa a ser então qual seria o ente mais adequado para formular tal defesa?

A resposta é automática no ordenamento brasileiro: o Ministério Público.

Não se está aqui defendendo que o *Parquet* tenha a titularidade privativa para a defesa desse direito. No entanto, é muito difícil combater o fato de que o Ministério Público é parte prioritária ou a pessoa processual mais bem preparada para tanto ²⁰, como, aliás, foi constatado cabalmente pela pesquisa de campo levada a efeito recentemente na UERJ, sob a coordenação do Professor PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO ²¹.

Essa mesma pesquisa apontou ainda um baixo número de ações propostas por associações civis, o que denota o tímido grau de organização da sociedade brasileira, e que vem ao encontro da posição acima sustentada no sentido de que deve o Ministério Público suprir esta deficiência até que ela seja sanada, através de uma conscientização social.

Por outro lado, é de se frisar que, em determinados casos, há um grande poder econômico ou político em jogo, que reflete de forma negativa no autor da ação.

Eis mais uma razão para o acerto da solução em se reconhecer sempre a legitimação do *Parquet*, pois, enquanto instituição autônoma, independente frente às três funções do Poder Público, e dotada de estrutura organizada, tem maiores e melhores condições de obter um resultado processual positivo.

²⁰ Anote-se, contudo, que MAURO CAPPELLETTI, no trabalho citado à nota nº 17, sustenta expressamente que o *Parquet* não seria a instituição mais adequada para essa tutela. Contudo, pensamos que o nobre jurista escreveu o texto voltado para as tradições ministeriais européias, onde a sociedade traz um nível de conscientização bem mais elevado que o nosso. Na verdade, a legitimação do Ministério Público para essa tutela do direito brasileiro justifica-se, principalmente, ante o caráter hipossuficiente de nossa sociedade, numa situação bastante semelhante àquela que faz o Promotor de Justiça ingressar nos autos de uma ação individual quando uma das partes é hipossuficiente, ou mesmo assumir seu pólo ativo, como se dá, *v.g.*, em processo penal nas ações oriundas de crimes sexuais, e no processo civil, através da propositura da ação civil *ex delicto*, embora, quanto a este último exemplo, pese grande dissenso doutrinário, que não será aqui abordado por fugir aos limites de nossa proposta.

²¹ Confira-se a pesquisa em CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*, tese de cátedra em Teoria Geral do Processo apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Forense, 1999.

Todas essas considerações devem ser colocadas num ambiente processual renovado; em outras palavras, as velhas regras e estruturas processuais em questão de legitimação e interesse de agir, de representação e substituição processual e de limites subjetivos e objetivos da coisa julgada precisam ser urgentemente revistas e alteradas em prol da defesa da sociedade.

Nesse sentido, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO²², propõe um re-estudo da garantia constitucional do acesso à justiça, a partir de quatro grandes princípios, a saber: acessibilidade, operosidade, utilidade e proporcionalidade.

A acessibilidade significa a existência de sujeitos de direito, capazes de estar em juízo, sem obstáculos de qualquer natureza, utilizando adequadamente o instrumental jurídico, e possibilitando a efetivação de direitos individuais e coletivos.

Isto se dá através do direito à informação, da garantia de uma legitimidade adequada e da gratuidade da justiça para os necessitados.

Operosidade, a seu turno, significa que todos os envolvidos na atividade judicial devem atuar de forma a obter o máximo de sua produção, para que se atinja o efetivo acesso à justiça.

Este princípio se aplica no campo subjetivo a partir de uma atuação ética de todos os sujeitos do processo, os quais devem sempre zelar pela efetividade da atividade processual. No campo objetivo, pode ser instrumentalizado através da utilização correta dos meios processuais, priorizando sempre a busca da verdade real e a índole conciliatória.

Por utilidade entende-se que o processo deve assegurar ao vencedor tudo aquilo a que ele tem direito a receber, da forma mais rápida e proveitosa, garantindo-se, contudo, o menor sacrifício para o vencido. Isto é instrumentalizado através dos seguintes fatores: a) superação da dicotomia segurança *versus* celeridade, binômio que deve ser aquilutado caso a caso, no curso do feito; b) utilização das espécies de tutela de urgência; c) concretização da execução específica como regra, adotando-se a genérica apenas excepcionalmente; d) fungibilidade da execução, especificamente no campo dos direitos do consumidor (art. 6º, inciso V do C.D.C.), propondo o autor o aumento da incidência dessa regra para outros campos do direito; e) alcance subjetivo da coisa julgada, sobretudo nas ações coletivas; e f) limitação da incidência das nulidades, como corolário do princípio da instrumentalidade do processo.

Por fim, o princípio da proporcionalidade, que se traduz pela escolha a ser feita pelo julgador quando existem dois interesses em conflito. Deve ele se orientar por privilegiar aquele mais valioso, ou seja, o que satisfaz um maior número de pessoas.

²² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *op. cit.*, p. 55 e ss.

Dessa forma, um direito coletivo deve ter “mais valor”²³ do que um individual. Esse princípio deve se manifestar tanto no que concerne à legitimidade, concessão de medidas de urgência, ônus da prova (inversão), utilização de prova ilícita, fungibilidade de execução e coisa julgada.

Toda essa concepção deve ser compatibilizada, ou melhor dizendo, deve ser adotada pelo Poder Judiciário, hoje tão em voga nos noticiários.

A bem da verdade, talvez entre todos os sujeitos processuais, seja o Juiz aquele que mais necessite modificar sua mentalidade²⁴, a fim de adequá-la aos modernos postulados do direito processual coletivo.

Não nos cabe aqui exemplificar ou especificar esta afirmação. Contudo, é certo que não raros autores vêm se dedicando a esse mister, não com intuito destrutivo ou de atacar a magistratura enquanto instituição, mas no intuito de contribuir para a adoção de uma nova postura²⁵.

²³ Remetemos o leitor à teoria da ponderação de interesses, da qual falamos no capítulo primeiro desta parte. Para maiores esclarecimentos sobre o tema, consulte-se SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

²⁴ Sobre essa questão específica, consulte-se KAZUO WATANABE, in GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 706.

²⁵ Não podemos deixar de registrar o diagnóstico, dotado de verdadeira precisão cirúrgica, elaborado por ADA PELLEGRINI GRINOVER acerca da magistratura brasileira: “*O esquema burocrático e verticalizado da magistratura brasileira, a inexistência de controles externos, o próprio método de recrutamento dos juízes, a inoportunidade até pouco tempo atrás, de cursos de aperfeiçoamento e especialização para os membros do Judiciário, o distanciamento dos julgadores, que tem reflexos até mesmo na linguagem, tudo isto tem levado, no curso dos tempos, ao excessivo corporativismo dos juízes, encastelados em posições de gabinete que pouco ou nada têm a ver com a realidade de uma sociedade em transformação. Eis a razão pela qual nem todos os magistrados têm se demonstrado sensíveis aos desafios criados pelos novos tempos e nem todos têm sabido dar as necessárias respostas a conflitos diversos dos tradicionais, a serem solucionados por instrumentos processuais antes inexistentes, esboçados pela Constituição de 1988 e, em alguns casos, por leis ainda recentes. Acresça-se a isto a dificuldade de adaptação a uma ordem jurídica profundamente inovadora, traçada pela Constituição, a demandar do juiz a postura de árbitro de controvérsias de dimensões sociais e políticas; e ter-se-á a medida da grande dificuldade de entrosamento entre a mentalidade do juiz brasileiro e as novas funções que institucionalmente se lhe demandam. Não é de admirar, portanto, se as primeiras decisões dos tribunais brasileiros – inclusive do Supremo Tribunal Federal – sobre os novos instrumentos processuais-constitucionais, como o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo, têm freqüentemente correspondido a tornar letra morta a própria norma constitucional. Nem é de estranhar que na solução de conflitos coletivos os juízes nem sempre tenham sabido corresponder ao papel que deles se esperava. Algum tempo haverá de passar, antes que a mentalidade do juiz brasileiro se adapte à nova ordem constitucional, que representou uma verdadeira ruptura em relação ao recente passado político e institucional do país. Aliás, não é somente a postura do juiz que tem se erigido em obstáculo para a plena e imediata efetividade da Constituição. Muitos são os interesses que esta contrariou e significativos os esforços de seus titulares para atenuar o impacto das novas disposições. Por sua vez, a mentalidade conservadora, bastante difusa, também resulta em tendência ao imobilismo. E a preguiça mental, que leva a interpretar princípios e regras como se nada de fundamental houvesse mudado, constitui-se em outra circunstância que embaraça a plena eficácia das recentes disposições. Como reverter esse quadro?*” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*, 2ª edição, São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 25).

Para contribuir na execução desta tarefa²⁶, em 1992 foi encaminhado ao Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional nº 96, hoje transformado em 96-A, acrescido de diversos substitutivos, de autoria original do Deputado Hélio Bicudo.

Posteriormente, foi publicado o Relatório Final do referido Projeto²⁷, cuja relatoria coube, inicialmente ao Deputado Aloysio Nunes Ferreira, e, posteriormente, à Deputada Zulaiê Cobra. A votação já foi iniciada, mas tem se prolongado em razão da complexidade da matéria²⁸⁻²⁹.

Dentre as principais soluções apontadas no Projeto de Emenda Constitucional em referência, exsurge a instituição do Controle Externo do Poder Judiciário, através de um órgão denominado Conselho Nacional da Justiça, previsto e regulamentado na nova redação do artigo 103-A³⁰.

²⁶ Até mesmo porque " não basta haver Judiciário; é necessário haver Judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial; é necessário haver decisão judicial justa. Não basta haver decisão judicial justa; é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa. O acesso à decisão judicial constitui importante questão política. Não há verdadeiro Estado Democrático de Direito quando o cidadão não consegue, por inúmeras razões, provocar a tutela jurisdicional". (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional e da Teoria do Direito*, São Paulo: Acadêmica, 1993, pp. 50/51).

²⁷ PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 96-A, DE 1992, de autoria do Deputado Hélio Bicudo, com relatório da Deputada Zulaiê Cobra que Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário, disponível na Internet, em <http://www.amperj.org.br>, inclusive com as complementações inseridas pela própria relatora, em outubro de 1999, e pelos destaques apresentados, conforme última versão disponibilizada em maio de 2000.

²⁸ Do texto do relatório, transcrevemos o seguinte excerto que demonstra, à toda evidência, a preocupação do Poder Legislativo com os rumos do Poder Judiciário e principalmente com a questão do acesso à justiça: " Há unanimidade nesta Comissão quanto aos objetivos de nossos trabalhos. Pretendemos todos encontrar soluções para o atual estado de decadência em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro, que se revela principalmente na demora da entrega da prestação jurisdicional, no acúmulo de recursos nos tribunais superiores e na dificuldade de acesso do cidadão à justiça. Queremos, portanto, uma justiça célere, sem olvidar a segurança jurídica. Buscamos um Judiciário forte e independente, imprescindível no Estado Democrático de Direito, sem esquecer o controle social dessa Instituição. Estamos certos, portanto, de que o consenso só será alcançado com o encontro de vontades visando a um fim comum".

²⁹ Toda a problemática da Reforma do Poder Judiciário vem sendo enfrentada por diversos autores nacionais. Contudo, profícua, e sobretudo equilibrada, abordagem pode ser vista em recente obra de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, na qual colhemos o seguinte excerto: " É imperioso, portanto, que se discuta o problema do aperfeiçoamento, sempre possível e, por vezes, como agora, necessário, do sistema judiciário, mas com a necessária elevação e, sobretudo, a perfeita consciência de que se está tangendo as fibras mais profundas e sagradas do tecido social, sobre a trama das quais repousa a maravilhosa mas ainda jovem e frágil experiência humana de individualidade, de liberdade e de responsabilidade que são, em suma, o espírito da civilização ocidental. Cuidado para que se não ponha em risco o todo a pretexto de sanar uma parte, pois concessões ao retrocesso costumam cobrar um alto preço: a tirania, a violência, o terror e até a perda do legado civilizatório e o retorno à barbárie. Observados esses limites, todo o esforço, enfim, deve ser envidado para que se possa promover uma reforma da Justiça, que seja mais que uma reforma do Judiciário, para afastar, além da pesada carga de trabalho que vem suportando e lhe está minando a qualidade e a credibilidade, todos esses acabrunhantes problemas que o afligem e que o impedem de ser célere, barato, útil e, tantas vezes, de ser justo, pois só com uma justiça forte e independente é possível alcançar-se e manter-se o ideal de liberdade em qualquer organização política". (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Sistema Judiciário Brasileiro e a Reforma do Estado*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 106).

³⁰ É a seguinte a nova redação do artigo 103-A da Constituição Federal, de acordo com os termos do Projeto: "Seção II-A - DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA Art. 103-A. O Conselho Nacional

Entretanto, pensamos que o Projeto de Emenda à Constituição poderia ter avançado um pouco mais no que tange à proteção dos direitos coletivos.

Soluções mais práticas, como a utilização dos Juizados Especiais Cíveis e da arbitragem em sede de ação coletiva poderiam ser implementadas sem um esforço muito grande e, em determinados casos, poderiam surtir excelente efeito

31.

Por outro lado, o próprio direito processual tradicional deve se reciclar, a exemplo do que vem sendo feito pelo Direito Civil, a fim de ganhar fôlego para enfrentar o próximo milênio, onde uma sociedade de massa, cada vez mais globalizada, recorrerá ao Poder Judiciário deduzindo pretensões coletivas e de extensão social.

Novamente aqui a questão se põe em foco; ou o Direito Processual Civil se renova e se adequa às novas necessidades sociais ou perderá, em grande parte, sua efetividade e contribuirá para elevar o nível de tensão social, na medida em

de Justiça compõe-se de treze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo(...)

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou assinar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a perda do cargo, recomendar a remoção, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa (...)'.

31 Esses instrumentos são citados apenas para ilustrar a necessidade de se implementar uma mentalidade mais voltada aos direitos coletivos. Especificamente quanto aos Juizados Especiais, veja-se RODRIGUES, Geisa de Assis. *Juizados Especiais Cíveis e Ações Coletivas*, Rio de Janeiro: Forense, 1997. Quanto à arbitragem, a questão é delicada, já que de um lado há dispositivo expresso vedando, de forma genérica, sua utilização compulsória (artigo 51, inciso VII do C.D.C.) nas relações de consumo, e, por outro, a Lei da Arbitragem dispõe, em seu artigo 4º, § 2º, que "nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em **negrito**, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula". Nesta hipótese, a fim de evitar um conflito de normas, vem se optando pela tentativa de coadunar ambos os diplomas, de forma que a Lei de Arbitragem, sendo mais recente, teria excepcionado a regra geral do C.D.C. Assim sendo, seria possível a utilização de cláusula compromissória apenas nos contratos de adesão, e mesmo assim, se obedecidas as formalidades impostas pelo dispositivo legal.

que estará falhando em seu objetivo de promover a paz e o bem comum na sociedade ³².

Para que isso se implemente, é necessário mudar o enfoque das relações processuais do âmbito individual e patrimonial para o eixo da indisponibilidade, quando se tratar de uma demanda coletiva.

Em outras palavras, se há alguns anos atrás o mestre CÂNDIDO DINAMARCO ³³ revolucionou o direito processual através do postulado da instrumentalidade do processo, faz-se necessário agora um novo avanço – dar mais um passo – qual seja, promover a despatrimonialização do direito processual, até mesmo para manter esse sentido de instrumentalidade atualizado.

Isto implica, diretamente, na adoção de uma mentalidade que privilegie o caráter indisponível dos direitos tutelados por meio da ação coletiva, dada a sua clara extensão social.

Não basta, pois, a existência de um Direito Civil constitucionalizado; há que ter também um Direito Processual Civil efetivamente dotado de carga constitucional, sobretudo em sede de jurisdição coletiva ³⁴.

Somente dessa forma estaremos adequando o direito adjetivo aos modernos avanços da ciência jurídica e promovendo a real e concreta executoriedade do mandamento constitucional do acesso à justiça.

Isto porque de nada adianta a existência de um dispositivo constitucional amplo e de aplicação imediata e abstrata se os operadores do direito buscam desculpas ou às vezes brechas no sistema legal para, por intermédio de uma interpretação literal, forçar um retrocesso histórico que só atende a alguns poucos interesses individuais, em detrimento do amplo e predominante interesse público.

Por outro lado, é forçoso reconhecer que a jurisdição coletiva apresenta-se como uma das grandes soluções para o crônico problema da obstrução das vias jurisdicionais ³⁵.

³² Nessa perspectiva, leciona ADA PELLEGRINI GRINOVER: “A tutela jurisdicional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos representa, neste final de milênio, uma das conquistas mais expressivas do Direito brasileiro. Colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, os interesses transindividuais têm uma clara dimensão social e configuram nova categoria política e jurídica”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. “A Ação Civil Pública Refém do Autoritarismo”, in *Revista de Processo*, vol. XCVI, pp. 28/36, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999).

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

³⁴ Até mesmo porque, como salienta Ovídio Batista, “não há mais lugar à concepção privatística do processo, tão ao gosto dos civilistas, ainda que a demanda envolva um conflito exclusivamente de direito privado”. (SILVA, Ovídio Batista da. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 41).

³⁵ A propósito, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO elenca as seguintes vantagens do incremento da jurisdição coletiva: “1) permite o tratamento processual unitário da matéria controvertida, o que constitui a técnica adequada nas demandas que envolvem interesses metaindividuais, pela própria natureza indivis-

Tem ela a capacidade de fazer convergir, em uma única relação processual, uma enorme gama de interesses.

Isso é benéfico à sociedade, pois haverá um processo mais consistente, onde as chances de vitória do autor são maiores, e à própria administração da Justiça, já que um processo coletivo evita o ajuizamento de dezenas, centenas, ou, até mesmo, milhares de ações individuais.

Finalmente, essa evolução no direito material e no direito processual só se tornará plenamente efetiva com a própria evolução da atuação do Ministério Público como órgão agente nas demandas coletivas.

É necessário, destarte, adotar uma nova mentalidade na concepção das questões processuais em sede de jurisdição coletiva.

Não é possível a cega utilização dos institutos tradicionais do Direito Processual Civil, tais como legitimidade, litisconsórcio, condições para o regular exercício do direito de ação e coisa julgada, às novas questões sociais que surgem, eis que presenciamos hoje o surgimento de um direito processual eminentemente coletivo.

Esta é a tarefa para a qual todos somos chamados nos dias atuais. Cabe a nós aceitar o desafio e ajudar a manter a efetividade do Direito Processual ou rejeitar a oferta, contribuindo, assim, voluntária ou involuntariamente, para o desuso da jurisdição como instrumento de solução de conflitos e aumento do nível de tensão social.

*vel deste; II) previne a pulverização dos conflitos de massa em múltiplas ações individuais, as quais tumultuam o ambiente judiciário, retardam a prestação jurisdicional, e, ao cabo, levam ao descrédito social no Poder Judiciário; III) evita o paroxismo das decisões qualitativamente diversas sobre um mesmo assunto, ocorrência incompatível com a garantia constitucional da isonomia, a qual deve se estender à norma julgada, e não apenas restringir-se à norma legislada; IV) oferece um parâmetro judicial apriorístico, útil para o equacionamento ou mesmo a prevenção de conflitos plurissubjetivos, como aqueles que contrapõem contribuintes e Fisco; aposentados e Previdência Social; poupadores e sistema bancário; servidores públicos e Estado; consumidores e fornecedores; V) viabilizar a uniformização da jurisprudência, permitindo uma resposta judiciária homogênea, cuja eficácia se expande ao longo da extensão e compreensão do interesse metaindividual considerado, estabelecendo, assim, um confiável parâmetro judiciário para as demandas assemelhadas". (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 366).*

^(*) HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO é Doutor em Direito. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ. Professor do Mestrado em Direito da UNESA. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

A inconstitucionalidade da norma anti-elisão

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (*)

O artigo 116 do Código Tributário Nacional foi alterado pela L.C. n. 104/2001, passando a ter a seguinte redação:

“Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I. tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II. tratando-se da situação jurídica desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

O acréscimo à Lei n. 5172/66 foi o do parágrafo único.

Toda a doutrina, que se opôs ao referido dispositivo, entendia que a hipótese seria de “simulação” e que, mesmo neste caso, deveria, pelo “princípio da estrita legalidade”, haver imputação normativa, ou seja, a desconsideração só poderia decorrer de hipótese legal.

Escrevi sobre a figura superativa no direito tributário o seguinte:

“Embora sejam muitas as facetas da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, no Direito Comparado, no Brasil restringe-se sua discussão a duas grandes vertentes, ou seja, à teoria extensiva e à teoria limitativa.

Pela primeira, sempre que os atos praticados,

por intermédio da pessoa jurídica, refugirem-se os limites de sua personificação, tais atos não seriam inválidos, mas ineficazes para aquela forma, embora ganhando eficácia atributiva a outra conformação jurídica. O superamento da pessoa jurídica decorreria de sua inadequação no receber a forma pretendida pelas partes, forma esta incapaz de tirar a validade jurídica do negócio acordado, mas recebendo tais atos jurídicos outro tratamento jurisprudencial ou legislativo.

Pela teoria limitativa, a descon sideração seria necessariamente formulação jurisprudencial, visto que a previsão legal da hipótese descon siderativa já representaria tratamento legislativo pertinente, razão pela qual não hospedaria a teoria da descon sideração, mas apenas uma singela teoria de imputação dos efeitos legais aos atos normados.

As duas correntes possuem, no Brasil, adeptos de escol, quase sempre, em sua versão privativista, ou seja, naquela em que a lacuna legal é preenchida pelo fenômeno superativo ou a previsão legal já lhe dá tratamento pertinente.

O aspecto de interesse, todavia, é que a descon sideração da pessoa jurídica prevê a utilização da personificação de forma inadequada. Os atos são praticados pela sociedade, mas nela não têm os reflexos pretendidos, embora válidos, pois superam a conformação legal de suas virtualidades.

Tais rápidas pinceladas permitem, de plano, duas considerações que demonstram sua inaplicabilidade ao caso concreto.

A primeira delas diz respeito às correntes mencionadas, ou seja, a da teoria ampla, que hospeda a formulação jurisprudencial ou legislativa, ou a estrita, que a reduz à formulação jurisprudencial, entendendo que a legislativa se vincula à teoria da imputação legal.

Ora, se tivéssemos que levar em consideração a segunda delas, esta seria inaplicável ao Direito Tributário, em face dos princípios da estrita legalidade, tipicidade fechada ou reserva absoluta legal, posto que, sem previsão legal, não há possibilidade de exigir-se qualquer tributo. Ora, segundo a teoria restritiva, o fenômeno

desconsiderativo decorre de elaboração jurisprudencial (efeitos constitutivos) e não de tratamento legislativo específico.

Por essa razão, LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, que a alberga em parte, em seu excelente "A dupla crise da pessoa jurídica", não dedica qualquer espaço aos problemas tributários" (*Direito Público e Empresarial*, Edições CEJUP, 1988, pp. 61/62).

Outros, todavia, adotaram a inteligência de que a "simulação", por incorporar uma intenção lesiva e, portanto, dolosa, poderia decorrer de formulação pretoriana, ou seja, o Judiciário poderia desconsiderar o abuso de figura dolosa.

O artigo 13 da Medida Provisória n. 66/02, todavia, encampou a seguinte redação:

"Os atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos constitutivos de obrigação tributária serão desconsiderados, para fins tributários, pela autoridade administrativa competente, observados os procedimentos estabelecidos nos arts. 14 a 19 subsequentes.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não inclui atos e negócios jurídicos em que se verificar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação",

e o artigo 14 a que se segue:

"São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I. falta de propósito negocial; ou

II. abuso de forma.

§ 2º Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou do negócio jurídico dissimulado”.

A Medida Provisória n. 66/2002 conseguiu, pois, conciliar ambas as correntes no sentido de que a inconstitucionalidade é manifesta, por criar hipótese de desconsideração para contribuinte que

- 1) cumprir a lei
- 2) sem dolo
- 3) sem fraude
- e
- 4) sem má-fé.

Em outras palavras, o legislador solitário da Medida Provisória n. 66/02 afastou os casos de “simulação”, para criar hipótese de desconsideração em que o princípio da legalidade é simplesmente suprimido do Direito Tributário e substituído pelo “princípio do palpite fiscal”, que passa a tornar-se a espinha dorsal do sistema tributário. Os humores, preferências, antipatias ou mesmo a ignorância jurídica dos agentes fiscais é que prevalecerão para fulminar comportamentos adotados pelos contribuintes, que sem fraude, dolo ou má-fé, cumpriram, rigorosamente, a lei que lhes propiciou tratamento tributário menos oneroso, lei esta aprovada por um Congresso com 503 deputados escolhidos pelo povo e 81 senadores eleitos pelos Estados.

Mais do que isto. O mencionado artigo estabelece que a desconsideração da conduta do bom contribuinte, — *que sem dolo, fraude ou má-fé cumpriu a lei promulgada pelo Congresso Nacional*— só ocorrerá para efeitos tributários, continuando aquela operação, realizada, repito, pelo bom contribuinte, a valer para todos os outros ramos do direito, inclusive para as diferentes esferas do poder tributante.

Se a Receita Federal desconsiderar para efeitos de imposto sobre a renda, uma doação, estabelecendo tratar-se de uma compra e venda, como a doação não se desnatura como tal perante o Direito Civil, o fisco estadual poderá exigir o imposto de sua competência, por se tratar de transmissão não onerosa. Já o Fisco Municipal poderá, a exemplo do Federal, considerar o negócio jurídico como compra e venda, exigindo, simultaneamente, o imposto por transmissão onerosa. Desta forma, a doação seria e não seria doação e a compra e venda seria e não seria compra e venda. Cria-se uma espécie de negócio jurídico “*gay*” em que é e não é, ao mesmo tempo, instaurando-se a insegurança jurídica e submetendo-se o contribuinte a múltipla tributação sobre o mesmo objeto.

Em que pese a violência da imagem, é o que se pretendeu, ao impedir que o contribuinte sem dolo, fraude ou má-fé utilize-se da forma menos onerosa de

tributação, em havendo lei que o permita.

Um outro exemplo das distorções que podem ocorrer é a aquisição de equipamentos de uma empresa por outra, se o fisco entender que se deve desconsiderar a compra de bens, transformando-a em compra da empresa, com a conseqüente sucessão tributária. Nesta hipótese, para efeitos comerciais, a empresa compradora teria apenas comprado equipamento da vendedora, que continuaria a existir. Para efeitos tributários, porém, haveria sucessão, com as responsabilidades da vendedora sendo transferidas para a "sucessora"!!!

Ora, o princípio da legalidade é estrito, no Direito Tributário. Não sem razão, à legalidade relativa do art. 5º, inciso I, o constituinte impôs, no campo da tributação, a legalidade rígida do artigo 150 inciso I, ambos os dispositivos assim redigidos:

"Art. 5º 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, nos termos seguintes:

....

II. ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei";

"Art. 150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I. *exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*".

Em 1982, coordenei Simpósio, aberto pelo Ministro Moreira Alves, sob o tema "Princípio da Legalidade", com a participação dos seguintes autores: AÍRES FERNANDINO BARRETO, ANNA EMÍLIA CORDELLI ALVES, ANTONIO JOSÉ DA COSTA, AURÉLIO PITANGA SEIXAS FILHO, CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA, CECÍLIA MARIA PIEDRA MARCONDES, CÉLIO DE FREITAS BATALHA, DEJALMA DE CAMPOS, DIRCEU ANTONIO PASTORELLO, EDDA GONÇALVES MAFFEI, FÁBIO DE SOUSA COUTINHO, GILBERTO DE ULHÔA CANTO, HUGO DE BRITO MACHADO, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELLO, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA, WAGNER BALERA, YLVES JOSÉ DE MIRANDA GUIMARÃES, YONNE DOLÁCIO DE OLIVEIRA e YOSHIKI ICHIHARA, no livro então editado *Caderno de Pesquisas Tributárias - volume 6 - Princípio da Legalidade* (Ed. Resenha Tributária e Centro de Extensão Universitária), tendo o plenário do evento concluído que:

"1ª pergunta: O direito tributário brasileiro consagra a reserva formal da lei ou apenas a reserva absoluta?

Resposta – O direito tributário brasileiro consagra ambas as reservas, entendendo-se por reserva formal da lei o fato de ser indispensável ato legislativo (art. 46/III até VI da C.F.) como veículo para instituir ou alterar tributo, e *como reserva absoluta o fato de competir à lei a descrição de todos os elementos do tipo tributário (tipo cerrado)*. ...” (grifos meus) (*Caderno de Pesquisas Tributárias* – vol. 7, p. 269).

Sobre a matéria, já escrevi:

“Com efeito, em direito tributário, só é possível estudar o princípio da legalidade através da compreensão de que a reserva da lei formal é insuficiente para a sua caracterização. O princípio da reserva da lei formal permitiria uma certa discricionariedade, impossível de admitir-se, seja no direito penal, seja no direito tributário.

Como bem acentua SAINZ DE BUJANDA (*Hacienda y derecho*, Madrid, 1963, vol. 3, p. 166), a reserva da lei no direito tributário não pode ser apenas formal, mas deve ser absoluta, devendo a lei conter não só o fundamento, as bases do comportamento, a administração, mas – e principalmente – o próprio critério da decisão no caso concreto.

À exigência da “*lex scripta*”, peculiar à reserva formal da lei, acresce-se da “*lex stricta*”, própria da reserva absoluta. É ALBERTO XAVIER quem esclarece a proibição da discricionariedade e da analogia, ao dizer (ob. cit., p.39): “E daí que as normas que instituem sejam verdadeiras normas de decisão material (*Sachentscheidungsnormen*), na terminologia de WERNER FLUME, porque, ao contrário do que sucede nas normas de ação (*handlungsnormen*), não se limitam a autorizar o órgão de aplicação do direito a exercer, mais ou menos livremente, um poder, antes lhe impõem o critério da decisão concreta, predeterminando o conteúdo de seu comportamento”.

YONNE DOLÁCIO DE OLIVEIRA, em obra por nós coordenada (“Legislação tributária, tipo legal tributário”, in *Comentários ao CTN*, Bushatsky, 1974, v. 2, p. 138), alude ao princípio da estrita

legalidade para albergar a reserva absoluta da lei, no que encontra respaldo nas obras de HAMILTON DIAS DE SOUZA (*Direito Tributário*, Bushatsky, 1973, v. 2) e GERD W. ROTHMANN ("O princípio da legalidade tributária", in *Direito Tributário*, 5ª Coletânea, coordenada por Ruy Barbosa Nogueira, Bushatsky, 1973, p. 154). O certo é que o princípio da legalidade, através da reserva absoluta de lei, em direito tributário, permite a segurança jurídica necessária, sempre que seu corolário conseqüente seja o princípio da tipicidade, que determina a fixação da medida da obrigação tributária e os fatores dessa medida a saber: a quantificação exata da alíquota, da base de cálculo ou da penalidade.

É evidente, para concluir, que a decorrência lógica da aplicação do princípio da tipicidade é que, pelo princípio da seleção, a norma tributária elege o tipo de tributo ou da penalidade; pelo princípio do "*numerus clausus*", veda a utilização da analogia; pelo princípio do exclusivismo, torna aquela situação fática distinta de qualquer outra, por mais próxima que seja e, finalmente, pelo princípio da determinação, conceitua, de forma precisa e objetiva, o fato imponible, com proibição absoluta às normas elásticas (*Res. Trib.*, 154:779-82, Sec. 2.1, 1980)" (*Curso de Direito Tributário*, Coedição CEEU/FIEO, Editora Saraiva, 1982, pp. 57/58).

Comentei, por outro lado, o artigo 150, inciso I, da C.F., dizendo que:

"A lei tributária, todavia, deve preencher os requisitos da estrita legalidade, da tipicidade fechada e da reserva absoluta de lei formal.

Por estrita legalidade, como já disse anteriormente, mister se faz a integração absoluta do comando legal à hipótese conformada, não se admitindo a integração analógica ou a interpretação extensiva para alargar o espectro de atuação da norma tributária.

A flexibilidade, própria do princípio da legalidade no direito privado, não serve de modelo para o direito tributário.

O segundo princípio é o da tipicidade fechada. O tipo, por inteiro, deve estar plasmado na lei, do

que decorre que, por ele, a norma impositiva elege o tipo do tributo (subprincípio da seleção), veda a utilização da analogia (subprincípio do "*numerus clausus*"), torna a situação fática distinta de qualquer outra (subprincípio do exclusivismo) e conceitua, de forma precisa, o fato imponível (subprincípio da determinação).

Por fim, a reserva absoluta da lei formal não permite que se projete, no definir o alcance da norma, reserva legal capaz de atingir outras situações não previstas à época, nem se outorgando ao poder executor da norma discricionariedade própria da maioria dos atos administrativos. O ato administrativo tributário é necessariamente vinculado, sem espaço para a criação não-legislativa de hipóteses integrativas" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 6º vol. Tomo I, Saraiva, 2001, pp. 157/158).

Creio que, se se admitir a constitucionalidade do artigo 13, pode-se revogar toda a Constituição, pois não só a segurança jurídica (art. 5º, "*caput*") terá sido implodida e a separação e harmonia entre os Poderes da República eliminada, como o próprio princípio da legalidade nada valerá, porque os governos, em vez de revogarem a lei tributária que lhes não agrada, determinarão aos agentes fiscais que seja desconsiderado o ato do Legislativo e aplicado o tratamento que for de sua preferência, dizendo: "lei, ora lei".

Por fim, é de se lembrar que, nos países em que se adota a norma anti-elisão, a reação da sociedade foi tão grande que o próprio Fisco praticamente não a aplica, como é o caso da Espanha, Portugal, França ou Alemanha. E, nestes países, o ônus da prova cabe ao Fisco e não ao contribuinte.

Creio que urge uma cruzada nacional para salvar o sistema tributário de medidas tão totalitárias como esta, cuja violência, não me lembro, em 44 anos de advocacia tributária, de ter visto, mesmo à época em que os direitos dos cidadãos eram menos reconhecidos.

Ou o Brasil elimina, hoje, a ditadura fiscal ou a ditadura fiscal terminará com o futuro do Brasil.

São Paulo, 12 de Setembro de 2002.

(*) IVES GANDRA DA SILVA MARTINS é Professor Emérito das Universidades Mackenzie, Paulista e Escola de Comando e Estado Maior do Exército, Presidente do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e do Centro de Extensão Universitária - CEU.

Reformas processuais e poderes do juiz^(*)

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (**)

1. Uma das coordenadas que definem qualquer sistema judicial é a posição do juiz na dinâmica do processo. Não é concebível, à evidência, que se negue todo relevo ao órgão da jurisdição; mas pode variar, e de fato tem variado, a medida de sua importância. Ordenamentos há em que o personagem confiado ao juiz é, claramente, o protagonista; noutros lhe sobressai menos a atuação. Bem se compreende que, de uma a outra ponta do espectro, se sucedam inúmeros graus intermediários.

A linguagem doutrinária criou expressões, que se tornaram tradicionais, para indicar o nível dessa dosagem. Costuma-se aludir a “processo inquisitivo” para designar o modelo em que se atribui ao órgão judicial maior soma de poderes, e a “processo dispositivo” para indicar aquele em que se lhe impõem limitações mais acentuadas, reservando às partes, na substância, o papel principal.

Tais denominações são bastante equívocas. Com efeito: em primeiro lugar, na faixa contínua que liga os extremos, tem sempre algo de arbitrário o traçado da fronteira entre os dois territórios. Ademais, a divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes não suscita *um único* problema, senão, muito ao contrário, *uma série* de problemas distintos, para os quais é possível adotar soluções também diferenciadas. Por exemplo: fala-se de “princípio dispositivo” a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração. Daí proclamar a generalidade dos estudiosos que não existe processo “puramente” inquisitivo, nem processo “puramente” dispositivo¹.

(*) Texto de palestra proferida em 27.11.2002. Acrescentaram-se as notas.

¹ A afirmação é tão corrente que, a rigor, dispensaria citações; em todo caso, veja-se, por todos, TARUFFO, “La prova dei fatti giuridici”, vol. II, t. 2, do *Trattato di diritto civile e commerciale* de CICU-MESSINEO-MENCONI, Milão, 1992, p. 22.

2. Idéia que se insinuou no pensamento da doutrina é a da existência de uma vinculação entre o modelo processual preferido pelo legislador e o tipo de regime político vigente no momento da opção. A predominância do “princípio dispositivo” corresponderia a um regime “liberal”, a do “princípio inquisitivo” a um regime “autoritário”.

Seria ingênuo negar que a índole do regime político tem reflexos no campo processual. Nenhuma província do direito é politicamente “neutra”. Decerto, o processo penal, por óbvias razões, costuma refletir com maior intensidade as diretrizes políticas vigentes do que o processo civil; mas este de maneira alguma está imunizado a semelhante influência. A observação atenta da experiência histórica, porém, não confirma a tese de uma vinculação constante e necessária entre a prevalência dos traços “inquisitivos” e a feição autoritária do regime político, ou entre a prevalência dos traços “dispositivos” e a feição liberal desse regime.

Dois exemplos ilustrarão suficientemente o dito. Um dos “pontos sensíveis” de nossa problemática é o da iniciativa em matéria de prova. Enxergam alguns traço de autoritarismo na assunção *ex officio* de poderes instrutórios pelo órgão judicial ². Ora, o art. 37, 2ª parte, da lei suíça sobre o processo civil federal, de 1947, autoriza o juiz a “ordenar provas que as partes não hajam proposto”; o art. 10 do Código de Processo Civil francês, de 1975, estatui que “o juiz pode ordenar de ofício todas as medidas de instrução legalmente admissíveis”. A ninguém de juízo são ocorrerá pensar que a Suíça, em 1947, e a França, em 1975, viviam sob regimes políticos “autoritários”.

3. São de natureza diversificada os poderes exercidos pelo órgão judicial no processo. Nem todos, bem se sabe, têm caráter jurisdicional: há os de índole administrativa, como os arrolados no art. 445 do nosso Código de Processo Civil, que usa a expressão “poder de polícia”: “manter a ordem e o decoro na audiência” (inciso I), “ordenar que se retirem da sala da audiência os que se comportarem inconvenientemente” (inciso II), “requisitar, quando necessário, a força policial” (inciso III).

Mais importantes, sem dúvida, são os poderes de caráter jurisdicional. Várias classificações desses poderes têm sido propostas em sede doutrinária. Não vem ao caso passá-las em revista aqui, senão apenas registrar quão difícil é formular uma que na verdade esgote as múltiplas atribuições outorgadas ao juiz. Afigura-se preferível salientar determinadas espécies de maior relevância. Os principais poderes do juiz, compreende-se, são os relacionados com a atividade *decisória*; não é por acaso que ao propósito desta se tem falado de “poder-fim” ³, por oposição aos “poderes-meios”. Dentre estes últimos, de

² Assim, por exemplo, MONTERO AROCA, “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad”, no vol. *Relatorias y ponencias sobre Derecho Procesal* das XVII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, San José, 2000, t. II, pp. 332/3. A exemplificação do autor recorre a casos em que Estados totalitários abraçaram a orientação de aumentar poderes do juiz; mas isso mostra somente que o fenômeno não é exclusivo de ideologia alguma.

³ V.g., SATTI, *Diritto processuale civile*, 6ª ed., Pádua, 1959 (reimpressão), p. 136, o qual, para sermos exatos, falava, em termos mais amplos, do “*potere di dichiarare e realizzare (coattivamente) il diritto*”.

feição instrumental, merecem ressaltos os poderes de direção do processo, os poderes instrutórios e os poderes de coerção.

4. É intuitivo que, em qualquer ordenamento, o poder de decidir se atribui eminentemente ao órgão judicial. Com isso não se quer dizer que fique excluída para os litigantes a possibilidade de determinar o conteúdo da solução da lide: sendo disponível a relação jurídica controvertida, pode acontecer que o desfecho resulte de ato unilateral ou bilateral das partes: renúncia à pretensão ou reconhecimento do pedido, no primeiro caso, transação, no segundo. A transação vem até merecendo tratamento particularmente favorável das leis modernas, que estimulam os litigantes à conciliação, à composição consensual do conflito de interesses. De todo modo, quando não se obtém semelhante resultado, é óbvio que no processo caberá ao juiz, e a mais ninguém, proferir decisão. Variam, contudo, os limites postos ao exercício desse poder: a tradição do direito ocidental ⁴, no particular, é a de que, ao menos em regra, o órgão judicial está adstrito a julgar no âmbito do pedido, e só nele (*ne eat iudex ultra vel extra petita*; para a indicação de uma exceção recentemente introduzida no ordenamento brasileiro, *vide, infra*, n° 8).

No que tange à direção do processo e à instrução probatória, é costume opor dois modelos, um que dá primazia ao juiz, confiando-lhe, naturalmente com observância dos parâmetros legais, a marcação do ritmo procedimental e larga iniciativa na coleta de provas, outro que deixa às partes, em maior medida, tais cuidados. Habitualmente se identifica o primeiro modelo com o direito da Europa continental e dos países que em substância o receberam, como os latino-americanos, e o segundo modelo com o chamado *common law*, característico dos povos anglo-saxônicos.

Essa dupla correlação, sem embargo do interesse que possa conservar como índice de tendências gerais, não espelha hoje a realidade de modo inteiramente fiel. Recente evolução do direito norte-americano fez emergir a figura do *managerial judge*, em diversos aspectos distanciada da imagem tradicional de um "árbitro" que assistisse qual espectador passivo à luta das partes e apenas interviesse para assegurar o *fair play* ⁵. Na Inglaterra, a transformação é talvez mais sensível e remonta a época anterior às *Civil Procedure Rules* em vigor desde 1999, cuja edição assinalou o ponto mais saliente, até agora, de um progressivo afastamento das posições clássicas do denominado *adversary system* ⁶. Por outro lado, no continente europeu, notam-se movimentos no sentido

nel caso concreto’, aí compreendidos, por conseguinte, poderes inerentes à atividade executiva.

⁴ O adjetivo não está empregado aí em sentido estritamente geográfico, mas abrange os ordenamentos de países que, noutros quadrantes, adotaram, com maior ou menor rigor, modelos processuais de corte europeu ou americano. Sirvam de exemplo a Turquia e o Japão.

⁵ *Cf.*, recentissimamente, CHASE, “American “Exceptionalism” and Comparative Procedure”, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50 (2002), p. 298: “To be sure, recent changes in American litigation rules have tended to enhance the role of the court in relation to the parties: the whole concept of ‘managerial judging’ centers on the power and responsibility of the judge to move the case along, to promote settlement if possible, and at the very least to get to the trial promptly”.

⁶ Sobre o referido diploma, *vide* BARBOSA MOREIRA, “Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês”, in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, S. Paulo, 2001, pp. 179 e segs; na doutrina ingle-

contrário, como o cerceamento das iniciativas instrutórias do juiz na nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, de 2000, que, suprimindo as antigas *diligencias para mejor proveer*, restringe às hipóteses legalmente previstas o poder do órgão judicial de ordenar de ofício a realização de provas (art. 282, 2ª parte) ⁷.

5. Filia-se o ordenamento processual brasileiro, notoriamente, à chamada família romano-germânica ⁸, se bem que exiba, aqui e ali, marcas de infiltrações de origem norte-americana. Na Exposição de Motivos do vigente Código de Processo Civil lê-se a afirmação de que ele “consagra o princípio dispositivo” (Capítulo IV, nº III, item 18). A imprecisão semântica da expressão, todavia, reclama esclarecimento. É indubitável que o diploma de 1973 segue, em pontos capitais, algumas das diretrizes tradicionalmente vistas como típicas do “processo dispositivo”. A instauração do feito depende, em regra, da iniciativa da parte (art. 262, *principio*); e a exceção aberta para o inventário (art. 989) nenhuma repercussão vem tendo na prática do foro. Também cabe à parte fixar o objeto do processo, vedado o julgamento *extra* ou *ultra petita* (arts. 128, 458, 459, 1ª parte); aí, contudo, tornam-se indispensáveis certos reparos, que virão a seu tempo. É dado aos litigantes pôr termo ao pleito, mediante autocomposição da lide, por ato unilateral – reconhecimento do pedido, renúncia à pretensão – ou bilateral – transação (art. 269, incisos II, V e III, respectivamente), sem que se permita ao juiz, desde que validamente praticado o ato, deixar de chancelá-lo. A interposição de recurso por uma só das partes não abre ao órgão *ad quem* a possibilidade de proferir decisão mais favorável àquela que não recorreu (proibição da *reformatio in peius*) ⁹.

sa, o sugestivo (desde o título) artigo de ANDREWS “A New Civil Procedural Code for England: Party-Control “Going, Going, Gone””, in *Civil Justice Quarterly*, vol. 19 (2000), pp. 19 e segs. Acerca das mudanças antecedentes, JOLOWICZ, “A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do adversary system?”, tradução do autor deste trabalho, in *Rev. For.*, vol. 328, pp. 61 e segs.

⁷ Na Exposição de Motivos, nº VI, está dito que a lei se inspira no “princípio dispositivo” e daí se conclui: “Según el principio procesal citado, 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 conforme a Derecho”. Reparo intuitivo é o de que uma “resposta conforme ao direito” deve basear-se em fatos cuja ocorrência se haja devidamente comprovado, e portanto, para pôr-se em condições de dá-la, é lógico que o juiz inclua entre seus cuidados semelhante comprovação. Em relatório apresentado às XVII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual (Montevideu, 2002), sob o título “El proceso civil y su futuro”, e ainda não publicado, mas do qual gentilmente nos forneceu cópia o autor, VÁZQUEZ SOTELLO qualifica a modificação operada na legislação espanhola como “una regresión histórica verdaderamente increíble” (item IX, Poderes e iniciativas instrutórias del juez).

⁸ O agrupamento dos sistemas jurídicos em “famílias”, questão de que se ocupam os comparatistas, é naturalmente esquemático e comporta flexibilizações, mas conserva interesse como indicador genérico de afinidades e contrastes; parece exagero relegá-lo à condição de “mito”, conforme quer CÂNDIDO DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª ed., vol. I, S. Paulo, 2002, pp. 172/3. Aliás, esse mesmo autor, noutros passos da obra, faz uso do conceito, ainda que relativizado: *vide*, por exemplo, as referências feitas na p. 286.

⁹ Apesar da inexistência de disposição proibitiva expressa, o ponto é pacífico: *vide* BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 10ª ed., Rio de Janeiro, 2002, pp. 433 e segs., com abonações jurisprudenciais em a nota 53 à p. 433 (quanto à relação com o chamado princípio dispositivo, pp. 434/5).

Já no que concerne à participação ativa do juiz na instrução probatória, o art. 130 é claro em atribuir-lhe o poder de determinar as provas necessárias, "de ofício ou a requerimento de parte". Tem esse texto alcance genérico. Outras disposições, que contemplam hipóteses específicas, devem reputar-se meramente explicitantes: assim, o art. 342, que autoriza o órgão judicial a ordenar, em qualquer estado do processo, o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa; o art. 355, que lhe faculta determinar a exibição de documento ou de outra coisa, em poder da parte; o art. 399, segundo o qual ele requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, "as certidões necessárias à prova das alegações das partes" e os autos de "procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município ou as respectivas entidades da administração indireta"; o art. 440, que permite ao órgão judicial inspecionar pessoas ou coisas; etc. A mesma orientação, cabe notar de passagem, vê-se corroborada em diplomas processuais mais recentes, por exemplo a Lei nº 9.099, de 26.9.1995, que regula os Juizados Especiais no plano estadual, e cujo art. 5º, *princípio*, é categórico: "O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas". Bem se sabe que, na prática, os juízes brasileiros, e não só os brasileiros, fazem escassa aplicação de normas desse tipo e se contentam, as mais das vezes, com a contribuição trazida voluntariamente pelas partes. O fenômeno tem causas diversas, algumas justificáveis, como a sobrecarga de trabalho, outras menos. Nítida, entretanto, é a posição do ordenamento.

6. Ao longo dos últimos dez anos, vem sofrendo o Código de Processo Civil uma série de modificações, que de início visavam a simplificar, a desburocratizar o procedimento, eliminando formalidades inúteis, e a dissipar dúvidas suscitadas por textos obscuros, mas pouco a pouco assumiram iniludivelmente proporções mais vultosas. A faina reformadora, vale observar, não constitui singularidade de nosso país no panorama contemporâneo: por toda parte fervilham anseios de mudança, a refletir uma insatisfação difusa com o funcionamento da Justiça civil, e elaboram-se códigos novos ou alteram-se os existentes ¹⁰.

Importa verificar a direção geral dessas inovações, do ponto de vista que aqui nos interessa, ou seja, no que respeita aos poderes do juiz. Pelo prisma comparativo, vê-se com facilidade que predomina amplamente a tendência a reforçá-los, em mais de um aspecto. Caso sobremodo interessante, pela carga de novidade que levou a sistema tradicionalmente apegado ao *adversary system*, é o já mencionado das *Rules of Civil Procedure* inglesas ¹¹. Também na refor-

¹⁰ Para uma resenha dos principais marcos do movimento reformador, até 1995, vide BARBOSA MOREIRA, "Miradas sobre o processo civil contemporâneo", in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, S. Paulo, 1997, pp. 45 e segs. À enumeração que ali se fez seria hoje mister acrescentar, entre outros exemplos, o novo Código de Processo Civil japonês, de 1996, as *Rules of Civil Procedure* inglesas, em vigor desde 1999, a nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, de 2000, e a recente reforma do processo civil alemão, levada a cabo em 2001.

¹¹ Permitimo-nos remeter o leitor, de novo, ao trabalho cit. em a nota 5, *supra*.

ma alemã há sinais no mesmo sentido: assim, *v.g.*, o poder que tinha o juiz de ordenar à parte a apresentação de documentos em seu poder, aos quais ela houvesse feito menção, estende-se agora aos documentos a que *a parte contrária* se refira, e a ordem de apresentação pode dirigir-se igualmente a terceiros, desde que isso lhes seja exigível e não ocorra qualquer das hipóteses de recusa legítima a depor na condição de testemunha (*ZPO*, § 142, 1^a e 2^a alíneas, na redação dada pela lei de 27.7.2001).

Não surpreende, pois, que as leis modificativas de nosso estatuto processual venham tratando igualmente de incrementar os poderes do órgão judicial. Esse traço ressalta à primeira vista na paisagem desenhada pelas reformas, com particular relevo no que tange à direção do processo. Vejamos alguns exemplos:

a) Embora a tradição do ordenamento pátrio incluía o controle judicial da demanda, a partir do primeiro contacto do juiz com a postulação do autor, na sistemática primitiva do Código, se fosse indeferida a petição inicial, não se facultava ao magistrado reconsiderar o indeferimento, por mais que se convencesse de haver errado ao decretá-lo. De acordo com a redação dada ao art. 296 pela Lei n^o 8.952, de 13.12.1994, caso o autor apele, o órgão judicial pode reformar sua própria decisão, para deferir a inicial;

b) O parágrafo único do art. 46, introduzido pela mesma lei, autoriza o juiz a “limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa”. A admissão do litisconsórcio facultativo, com efeito, visa a atender a imperativos de economia processual; sob certas circunstâncias, todavia, pode revelar-se contraproducente, como vinha sucedendo em pleitos de servidores públicos, reunidos às centenas, quando não aos milhares, a tornar extremamente árdua a tarefa de examinar cada situação individual, não só para o réu, ao contestar, senão também para o próprio órgão judicial, no momento de julgar;

c) O juízo *a quo* já tinha competência para apreciar a admissibilidade da apelação, mas só podia exercê-la uma única vez; caso admitisse o recurso, não lhe era lícito voltar atrás, ressalvada a hipótese de deserção. Com o advento da Lei n^o 8.950, de 13.12.1994, depois de oferecida a resposta do apelado, passou a facultar-se ao juiz o reexame dos requisitos de admissibilidade do recurso e, eventualmente, o respectivo trancamento (art. 518, parágrafo único);

d) No segundo grau de jurisdição, assumem realce a possibilidade, aberta ao relator, de dar efeito suspensivo, sob determinadas condições, a recurso que não o tenha por força de lei (arts. 527, nº III, e 558 e seu parágrafo único, desde a Lei nº 9.139, de 30.11.1995), e, mais recentemente, a de converter o agravo de instrumento em agravo retido (art. 527, nº II, tal qual redigido por força da Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

7. Merece consideração especial o caso da audiência a princípio chamada de conciliação e depois rebatizada de audiência preliminar. Foi ela introduzida no procedimento ordinário pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, que deu nova redação ao art. 331, determinando a realização da audiência nas hipóteses em que fossem incabíveis a extinção do processo nos termos do art. 329 e o julgamento antecipado da lide segundo o art. 330, e além disso versasse a causa sobre direitos disponíveis. Esse último requisito foi objeto de críticas, com o argumento de que o objetivo da audiência não se cingia à tentativa de conciliação; houve até quem sustentasse que, a despeito do teor literal do dispositivo, a audiência deveria realizar-se inclusive nos casos de indisponibilidade do direito controverso, suprimida apenas a tentativa de conciliação¹². Ao nosso ver, a audiência só cabia quando disponível o direito; por outro lado, em tal hipótese, ela era obrigatória, vedado ao órgão judicial dispensá-la, e de maneira alguma se facultava a este consultar as partes, para que declarassem se a desejavam ou não: os juízes que assim procediam, abdicando de um poder-dever que lhes outorgava a lei, frontalmente a infringiam.

Agora, no entanto, a matéria sujeita-se à nova disciplina estabelecida pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002. Consoante a redação por ela dada ao art. 331, § 3º, “se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção de provas, nos termos do § 2º”. Parece-nos que o texto contém duas prescrições distintas: a primeira afasta categoricamente o cabimento da audiência preliminar, sempre que indisponível o direito controverso; a segunda deixa ao órgão judicial uma alternativa entre realizar ou não a audiência mudança que nos interessa particularmente, como sinal de ampliação do poder de dirigir o processo.

A inovação tem precedentes no direito comparado. Sempre que se fala em audiência preliminar, vem à balha o código austríaco de 1895, em que o instituto adquiriu valor emblemático e foi cantado em prosa e verso pelos entusiastas da oralidade. Para surpresa de muitos, uma lei de 1983 veio a tornar facultativa a realização da audiência, a critério do órgão judicial, que passou a poder suprimi-la, quando haja razões para presumir, à vista do conteúdo da demanda e dos documentos apresentados pelo autor, que o réu se disporá a

¹² Assim, CÂNDIDO DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., S. Paulo, 1996, pp. 124/5.

combater (*"dass sich der Beklagte in den Rechtsstreit einlassen wird"*), isto é, que não propenderá para uma solução consensual (ZPO, § 243, 4ª alínea). Note-se que a opção entre realizar ou não a audiência *precede* a contestação e baseia-se exclusivamente em elementos trazidos *pelo autor*; é de supor que, no sistema brasileiro, o juiz possa ter dados mais consistentes, à vista da resposta do réu, para aquilatar a probabilidade ou improbabilidade de acordo entre as partes.

Também o direito português confere ao órgão judicial a possibilidade de dispensar a audiência preliminar em certas hipóteses. Elas estão previstas nos dois incisos do art. 508-B, introduzido no Código de Processo Civil pelo Dec.-lei nº 180, de 25.9.1996. O denominador comum é a *simplicidade*: ou a da própria causa (inciso I) ou a da apreciação das chamadas exceções dilatórias (inciso II).

Quando o legislador torna facultativa a audiência preliminar, leva em conta que sua realização apresenta vantagens e desvantagens, e portanto é preferível excluí-la nos casos em que estas presumivelmente superarão aquelas. O que chama a atenção, pelo ângulo em que nos colocamos neste trabalho, é o fato de que ele renuncia a enumerar aprioristicamente esses casos, confiando no discernimento do juiz para identificá-los. Como quer que se valore tal solução, não deixa de manifestar-se aí, mais uma vez, a tendência ao incremento dos poderes judiciais de direção do processo. Ressalve-se que no particular não existe, a rigor, *discricionariedade*: a opção do juiz não é inteiramente livre. Uma de duas: ou o material constante dos autos aponta de forma inequívoca no sentido da improbabilidade do acordo, e o órgão judicial *não deve* realizar a audiência, ou se dá o contrário, e o órgão judicial *não pode deixar* de realizá-la. Na primeira hipótese, adite-se, cumpre ao juiz, no ato escrito de saneamento do feito, expor as razões pelas quais lhe pareceu improvável a solução consensual do litígio. Seja como for, não há dúvida de que também aqui se lhe concede apreciável latitude.

8. Aludimos há pouco aos poderes de coerção, isto é, àqueles cujo exercício visa a obter compulsoriamente a prática ou a abstenção de determinados atos. Trata-se de poderes inerentes à condição de órgão público, de que o juiz se acha investido. Por isso mesmo, não os têm os árbitros, que precisam valer-se do auxílio da Justiça estatal quando, por exemplo, querem fazer vir à sua presença uma testemunha recalcitrante (Lei nº 9.307, de 23.9.1996, art. 22, § 2º, *fine*).

O terreno principal em que os ordenamentos costumam recorrer a medidas coercitivas é o dos deveres de fazer ou de não fazer, não cumpridos espontaneamente. Tais medidas podem ser de duas espécies: pessoais e patrimoniais. No direito brasileiro é tradicional a preferência pelas medidas patrimoniais, até em razão da proscricção constitucional da prisão do devedor, salvo hipóteses excepcionais (hoje, Carta de 1988, art. 5º, nº LXVII). A legislação pátria sempre abriu espaço a cominações daquele tipo, notadamente em matéria de execução de obrigações com prestação infungível, como nos exemplos clássicos do pintor famoso que se recusa a pintar o quadro prometido, ou o do pianista renomado que reluta em dar o concerto a que se obrigara.

Reformas recentes do Código de Processo Civil vêm aumentando de modo considerável a esfera de atuação das medidas coercitivas. O art. 461, a que a Lei nº 8.952, de 13.12.1994, deu nova redação, mutuada do Código de Defesa do Consumidor, prevê em termos *gerais*, no campo das obrigações de fazer ou não fazer, a imposição de multa diária, na liminar ou na sentença que acolha o pedido, para o caso de descumprimento do prazo fixado ao devedor renitente¹³. Registre-se que a medida já estava prevista no art. 645, para a execução de obrigações de fazer ou não fazer com fundamento em título extrajudicial. Disposições análogas vieram a ser introduzidas pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002, com referência à entrega de coisa, seja por força de sentença (art. 461-A, § 3º), seja em execução fundada em título extrajudicial (art. 621, parágrafo único, nova redação).

Aspecto que cumpre ressaltar é o de que, para impor a multa, o juiz prescinde de pedido do autor, inclusive em caso de imposição na sentença. Nesse sentido é expresso o § 4º do art. 461. Tem-se aí nova exceção, que se soma às já antes previstas no Código (arts. 20, 293), à regra da congruência entre sentença e pedido – e, por conseguinte, nova atenuação ao princípio dispositivo, nessa particular projeção¹⁴. Ainda outra manifestação do alargamento dos poderes do órgão judicial é a possibilidade, que se lhe abre, de modificar, também de ofício, o valor ou a periodicidade da multa, nos termos do § 6º, acrescentado ao art. 461 pela Lei nº 10.444, e ao qual faz remissão, por sua vez, o art. 644, na redação dada pela mesma lei.

9. Esta resenha ficaria incompleta se não aludisse, posto que brevemente, à progressiva dilatação dos poderes do relator, no procedimento recursal. A tradição do direito pátrio conferia-lhe exclusivamente atribuições relacionadas com o *processamento* do recurso; reservava-se o julgamento ao órgão colegiado. No texto originário do Código, o art. 557 criava exceção a essa regra, para permitir ao relator do agravo de instrumento indeferi-lo quando “manifestamente improcedente”; mas tratava-se de caso isolado.

Uma série de reformas foi pouco a pouco imprimindo nova feição ao sistema, no particular¹⁵. Culminou o processo evolutivo – por enquanto! –

¹³ Se com isso se ampliou, em nosso direito, o elenco das sentenças (e ações) mandamentais é questão cuja solução depende do conceito que se adote para definir tal categoria; dela não nos podemos ocupar no momento. Para uma discussão do problema, vide BARBOSA MOREIRA, “A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil”, in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, S. Paulo, 2001, pP. 53 e segs.

¹⁴ Pode suceder, naturalmente, que o autor *haja pedido* a imposição da multa. No sistema primitivo do Código, segundo a melhor doutrina, se o autor pleiteava a tutela específica, *devia*, nos termos do art. 287, de teor imperativo (“constará”), incluir a cominação na inicial; hoje, à luz da nova redação dada ao dispositivo pela Lei nº 10.444, a inclusão é facultativa (“poderá requerer”). A modificação obviamente visou a pôr o art. 287 em consonância com as disposições que atribuem ao juiz o poder de impor a multa *ex officio*. Sobre a evolução do ordenamento, na matéria, vide, antes mesmo da Lei nº 10.444, a exposição de CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, 8ª ed., Rio de Janeiro, 1998, pp. 180 e segs.

¹⁵ Para uma resenha, vide BARBOSA MOREIRA, “Algumas inovações da Lei nº 9.756 em matéria de recursos civis”, in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série (cit. em a nota 12), pp. 71 e segs., espec. 73/6, e também “Reformas do CPC em matéria de recursos”, in *Rev. For.*, vol. 354, pp. 181/2.

com a Lei nº 9.756, cuja redação, por sinal, se esmerou em desprezar as regras da boa técnica legislativa. Em parágrafo acrescentado ao art. 557 e curiosamente designado como § 1º-A, apesar de situado *antes* do § 1º, esse diploma investiu o relator (de qualquer recurso) do poder de dar-lhe provimento por decisão monocrática, se a recorrida “estiver em manifesto confronto” (leia-se conflito) “com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. Caso se persista em caminhar no mesmo sentido, a relação regra – exceção, mais dia, menos dia, estará invertida, e excepcionais passarão a ser os julgamentos colegiados de recursos ¹⁶.

10. Até aqui, procuramos mostrar como o ordenamento processual de nosso país vem evoluindo constantemente no sentido de reforçar os poderes do órgão judicial e o fato de que a evolução se esteja processando à sombra de instituições politicamente democráticas só faz trazer mais um desmentido à tese da vinculação entre semelhante reforço e o caráter *autoritário* do regime vigente.

Uma coisa, entretanto, é o texto legal, outra a maneira como os juízes concretamente o aplicam – ou deixam de aplicá-lo... Já se aludiu à escassez, na prática judiciária, das iniciativas tomadas *ex officio* em matéria de prova. Os poderes de direção do processo nem sempre são exercidos de modo eficaz, por mais de uma razão, entre as quais sobressai o fato de que o pleito não raro passa sucessivamente pelas mãos de vários magistrados. O princípio da identidade física, mesmo restritamente entendido, como identidade entre o juiz “que concluir a audiência” e o que julgar a lide, sofreu atenuações no art. 132 do Código nacional. Para dizer a verdade, o ideal seria que *todo* o processo se desenvolvesse em primeiro grau sob direção única, do primeiro ao último ato. Não se pode esperar que um juiz controle com a necessária firmeza a marcha do pleito, se sabe que, mais cedo ou mais tarde, será substituído no comando. O ideal, por definição, é sem dúvida inatingível: quando nada em caso de morte, sem falar de outros menos dramáticos, inexistente alternativa para a substituição. Seria de desejar, porém, que as normas de organização judiciária cuidassem de impedir que se converta em regra geral um permanente rodízio, consoante vem acontecendo em não poucos casos.

Naturalmente, ponto capital é a preparação dos magistrados para os encargos de direção do processo. Os *erros in procedendo* costumam gerar complicações e incidentes que procrastinam o desfecho do pleito e geram inconvenientes graves, inclusive aumentos de despesa, para o litigante que tem razão. Basta pensar em decisões equivocadas acerca de competência, às quais se segue quase sempre um cortejo de conflitos, recursos, decretações de nulidade, tudo com lamentável desperdício de tempo, energias e dinheiro. À semelhança do

¹⁶ No direito alemão, convém registrar, nota-se tendência análoga a concentrar em membros individuais do tribunal colegiado poderes decisórios em matéria de recursos, nomeadamente da apelação. Nesse sentido, é significativo o § 526, 1ª alínea, da ZPO, na redação dada pela lei de 27.7.2001. A orientação vem sendo ali adotada, no entanto, de modo mais cauteloso: basta ver que o *Einzelrichter* só se investe da função de decidir mediante delegação do colegiado, subordinada a certos pressupostos.

dolo, da fraude, da omissão ou do retardamento injustificável, previstos no art. 133, também o erro grosseiro na condução do feito deveria acarretar a responsabilidade do juiz pelas perdas e danos causados às partes.

Ainda a propósito dos poderes de direção, se nos permitem um parêntese breve, é oportuno advertir que, mesmo independentemente das reformas do Código, muito era e é possível extrair dos princípios por ele abraçados, notadamente do dever, imposto ao juiz pelo art. 125, n° II, de “velar pela rápida solução do litígio”. Por exemplo: se um dos devedores solidários, demandado pelo credor, requer o chamamento ao processo dos outros devedores, invocando o art. 77, n° III, toca ao órgão judicial verificar se o requerimento porventura não se resolve em simples manobra procrastinatória, conforme ocorrerá, com toda a probabilidade, quando o réu pleiteie o chamamento de pessoa notoriamente insolvente, ou domiciliada em país estrangeiro, onde seja difícil o cumprimento de rogatória para a citação. Em hipóteses do gênero, não deve o juiz hesitar em indeferir o requerimento.

Quanto aos amplísimos poderes concedidos hoje aos relatores em órgãos de grau superior, impõe-se ao nosso ver discurso matizado. Admita-se que, aliviando a carga de trabalho dos colegiados, disposições do gênero contribuam para abreviar o itinerário do processo e, nessa medida, beneficiem os jurisdicionados. Sobre tal suposição pesa uma hipoteca, porque a decisão do relator comporta necessariamente impugnação perante o colegiado, mediante agravo, e, se a parte se valer desse novo recurso, estará reduzida a nada a pretensa vantagem. É certo que o legislador procurou desestimular a interposição do agravo, cominando, no § 2° do art. 557 (com a redação dada pela Lei n° 9.756), “multa entre um e dez por cento o valor corrigido da causa”, a cujo pagamento se condenará o agravante, sempre que o recurso for “manifestamente inadmissível ou infundado”; além disso, a interposição de qualquer outro recurso ficará “condicionada ao depósito do respectivo valor”. A disposição é criticável por mais de um aspecto, a começar pela escolha da base de cálculo da multa: a essa altura, o valor da causa tem pouquíssima relevância, e nenhuma relação com o problema. Ajunte-se que a cláusula final cerceia com rigor excessivo o direito de recorrer¹⁷.

É de bom alvitre que o relator exerça com algum comedimento os poderes decisórios que se lhe conferem, sobretudo os contemplados no art. 557, § 1°-A. Na aplicação desse dispositivo, deve ele ter em vista, entre outras coisas, que o conceito de “jurisprudência dominante” não possui contornos precisos, que o predomínio desta ou daquela tese pode e costuma variar com o tempo, mesmo no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores, e que por conseguinte seria erro grave arvorar sempre em critério definitivo e imutável, digno de sobrepor-se a tudo mais, uma tendência contingente, embora reitera-

¹⁷ Por esse aspecto, não seria desarrazoado cogitar de sua incompatibilidade com a garantia insculpida no art. 5°, n° LV, fine, da Carta da República. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, negou a existência de inconstitucionalidade, no julgamento dos Emb. Decl. no Ag. Reg. no Rec. Extr. n° 244.269, em 22.2.2000, in *Rev. dos Trib.*, vol. 779, p. 169.

da, a dar a tal ou qual norma determinada interpretação. Enquanto nosso ordenamento não incorporar o princípio da eficácia vinculante de precedentes, casos haverá em que se mostre preferível abrir ao colegiado a oportunidade de pesar os prós e os contras da adesão estrita à diretriz neles firmada, por mais alta que seja a fonte de onde emanam.

11. O incremento dos poderes do juiz tem de ser encarado e utilizado como instrumento da boa prestação jurisdicional. O lado mais visível, mas não o único, é o da duração do processo, que tudo se há de fazer para não alongar mais que o necessário. Outros aspectos merecem consideração: facultar ao órgão judicial mais largas iniciativas instrutórias pode concorrer para equilibrar em certa medida as diferenças de recursos das partes, e com isso dar ao contraditório efetividade capaz de fazê-lo descer do plano das puras abstrações dogmáticas para o das necessidades concretas e encarnadas, aqui e agora, da realização da Justiça.

A correta valoração das reformas, aqui como alhures, exigiria que dispuséssemos de dados objetivos sobre o impacto por elas produzido no quotidiano forense. Para avaliar o que realmente vêm significando, precisaríamos saber como estava a situação antes delas e como passou a estar depois. Infelizmente, estatísticas judiciárias não são o nosso forte: ou simplesmente inexistem, ou, quando existem, nem sempre se mostram acessíveis e fidedignas. Ficamos constrangidos, assim, a emitir juízos fundados em meras impressões. Ora, o impressionismo, que produziu obras-primas na arte, em direito nada produz senão chavões sem compromisso com a realidade e cientificamente imprestáveis.

Voltemos ao exemplo da audiência outrora chamada de conciliação, hoje preliminar. Sua inserção no *iter* processual foi e é uma faca de dois gumes: se se consegue promover o acordo das partes, ela abrevia o pleito em medida considerável; no caso contrário, só faz prolongá-lo, sem que outros eventuais benefícios compensem por força a desvantagem. A modificação introduzida pela Lei nº 10.444 no § 3º do art. 331, no sentido de permitir ao juiz que deixe de realizar a audiência, quando as “circunstâncias da causa” tornarem improvável a solução consensual, terá refletido, presume-se, mudança de posição do legislador quanto à obrigatoriedade da realização, no âmbito dos direitos disponíveis. Prevaleceu, salta aos olhos, o entendimento de que os prós não superaram sempre e necessariamente os contras. Estamos, porém, condenados a ignorar em que se baseou o legislador para, em 1994, considerar que era aconselhável dar caráter obrigatório à audiência, naquele terreno, e em que se baseou para, em 2002, chegar à conclusão de que mais valia confiar no critério do órgão judicial. Com efeito, não se tem notícia de pesquisas ou levantamentos de dados, anteriores ou posteriores a cada alteração, cujos resultados justificassem o vaivém.

É mais que tempo de mudar de atitude. Uma avaliação digna desse nome pressupõe o conhecimento tão completo quanto possível do objeto avaliado. Urge averiguar, com métodos tecnicamente idôneos, *se* e *como* estão os juízes exercitando os seus acrescidos poderes em nosso foro civil, e que resultados se vêm colhendo do ponto de vista da efetividade do processo que é, não nos esqueçamos, a causa final e a razão de ser de toda e qualquer reforma processual.

Novembro de 2002.

(*) JOSÉ CARLOS BARBOGA MOREIRA é Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do TJRJ.

Regime falimentar para empresas públicas e sociedades de economia mista

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (*)

SUMÁRIO: 1) Referências constitucionais sobre empresas públicas e sociedades de economia mista; 2) Análise do art. 173, § 1º, da Const. Federal; 3) Interpretação do mandamento constitucional; 4) Situação de falência; 5) Revogação do art. 242, da Lei nº 6.404/76, reguladora das sociedades anônimas; 6) Falência de sociedades de economia mista: interpretação do direito vigente e posições doutrinárias; 7) Discussão da matéria em relação às empresas públicas; 8) Conclusões.

1. A vigente Constituição, tanto quanto a Carta anterior, faz, em seu texto, algumas alusões, de forma conjunta, a empresas públicas e sociedades de economia mista, como, por exemplo, as que constam, dentre outros, dos dispositivos referentes à competência de lei federal para dispor sobre normas gerais de licitação e contratação (art. 22, XXVII); à vedação de acumulação de cargos, empregos e funções (art. 37, XVII); à imprescindibilidade de lei que lhes autorize a criação (art. 37, XIX); e à incidência do teto remuneratório previsto no art. 37, XI, da CF, quando forem destinatárias de recursos públicos (art. 37, § 9º).

Como regra, as entidades têm merecido tratamento conjunto nas normas jurídicas, o que se justifica pela circunstância de serem bastante assemelhados os lineamentos de que se revestem, tanto no que diz respeito à personalidade jurídica, como também no concernente ao objeto a que se destinam, ao patrimônio, ao regime de pessoal e, enfim, ao próprio desiderato do Estado quando decide instituí-las. Por tal razão é que há semelhança conceitual entre ambas, como emana do art. 5º, II e III, do Decr.-lei nº 200/67.

O mandamento, contudo, que tem ensejado maiores hesitações e perplexidades é o que se situa no art. 173, § 1º, da CF, agora com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Atualmente, esse dispositivo apresenta a seguinte redação:

“Art. 173 -

§ 1º - A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores."

É com suporte nesse mandamento e, ainda, considerando os princípios que regem a Administração Pública, que serão feitas as presentes observações com a síntese imposta pela natureza do trabalho.

2. O primeiro ponto a ser objeto de atenção na análise do art. 173, § 1º, da CF, reside na interpretação, adotada pela maioria dos especialistas, segundo a qual a referência é feita exclusivamente a empresas públicas e sociedades de economia mista cujo objeto seja o da *exploração de atividade econômica*, finalidade, aliás, mencionada, de forma expressa, no mandamento.

Significa dizer, por via de consequência, que não estão sob incidência normativa desse dispositivo as empresas públicas e sociedades de economia mista que se dediquem à *prestação de serviços públicos*.

Nunca se poderá afirmar, com a exatidão científica desejável no processo de hermenêutica, que o dispositivo tenha clareza de tal ordem que a conclusão acima ressaia natural e inequivocamente de seu texto. A linha de argumento de maior densidade é que toma por base o *caput* do mesmo art. 173, que impõe caráter de excepcionalidade à exploração direta de atividade econômica pelo Estado, só a admitindo em caso de imperativos de segurança nacional ou quando se tratar de relevante interesse coletivo.

Assim - consignam os estudiosos - se o dispositivo-base retrata referência ao desempenho de atividades econômicas, seus parágrafos, acessórios que são, devem com ele guardar relação de congruência.

3. Partindo-se de semelhante premissa, estará o intérprete forçado a reconhecer que o preceito contido no art. 173, § 1º, II, da CF - o da sujeição dessas entidades ao regime próprio aplicável às empresas privadas, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários - só terá incidência no caso de tais entidades se dedicarem à exploração de atividade econômica.

Conseqüentemente, se a empresa pública ou a sociedade de economia mista tiverem como objeto institucional a prestação de serviços públicos, poderão ser destinatárias de algumas benesses públicas - relacionadas àqueles direitos e obrigações - não extensivas às empresas do setor privado.

Para alguns analistas, o juízo crítico a respeito dessa discriminação conduz à conclusão de que não foi não muito justa a solução adotada pelo Constituinte, e isso porque o Estado estaria obtendo dupla vantagem, sem sofrer qualquer desconforto. Teria apenas os bônus, mas não os ônus. De um lado, foi beneficiado com a possibilidade de criar empresa pública ou sociedade de economia mista, ambas com personalidade jurídica de direito privado, para atuar no mundo jurídico, o que lhe permite mais significativa flexibilidade de operacionalização de seus objetivos. De outro, beneficia-se também com eventuais privilégios especiais de direito público, que, exatamente por serem de direito público, não se estendem, em regra, às pessoas do setor privado.

Em outras palavras, as restrições constitucionais necessárias ao cumprimento da isonomia com as pessoas do setor privado somente atingiriam as entidades quando explorassem atividade econômica, o mesmo não ocorrendo com as que se destinassem à execução de serviços públicos.

4. Em decorrência da natureza de que se revestem tais entidades - pessoas jurídicas de direito privado - e somando-se o fato de que algumas delas podem desempenhar atividade meramente econômica como qualquer pessoa privada em geral, nunca ficou bem clara (e nem o poderia em face da lacuna normativa) a resposta à seguinte indagação: no caso de insolvência comprovada, sujeitar-se-ão ao regime falimentar comum ?

A situação de falência, como sabido, é disciplinada pelo Decr.-lei 7.661/45, em cujo art. 1º se encontram os seguintes termos: "*Considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva*".

É fácil conceber, pelas palavras do texto legal, que a falência estampa a ruína do comerciante, situação que o impede de cumprir suas obrigações com os credores, sem que haja fundamento de direito que justifique o descumprimento. Como bem acentua RUBENS REQUIÃO, "*a falência, na realidade, propõe uma solução para a empresa comercial arruinada: ou a líquida, ou proporciona sua recuperação*" (*Curso de Direito Falimentar*, Saraiva, 1º vol., 17ª ed., 1998, p. 6).

A questão, no caso, é saber como será possível conciliar instituto tão específico e tão inerente ao direito comercial com a natureza de empresas públicas e sociedades de economia mista, que, a despeito de sua personalidade de direito privado, são instituídas pelo Estado, integrando-lhe a administração indireta, fato que as torna qualificadas como *peças administrativas*.

Examinemos, primeiramente, a situação de falência em relação a sociedades de economia mista.

5. A Lei nº 6.404, de 15.12.76, que disciplina as sociedades anônimas, forma jurídica obrigatoriamente adotada para as sociedades de economia mista por força de seu próprio conceito (art. 5º, III, do Decr.-lei nº 200/67), consignava em seu art. 242:

“Art. 242 - As companhias de economia mista não estão sujeitas a falência, mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações”.

O conteúdo do dispositivo não deixava margem a qualquer dúvida: não poderia ser decretada falência de sociedade de economia mista. Na medida em que a norma não distinguia, não poderia o intérprete distinguir entre as entidades dedicadas à atividade econômica e as prestadoras de serviços públicos.

É verdade que havia vozes que pregavam a inconstitucionalidade do dispositivo e sua não-recepção pela Carta vigente por incompatibilidade com os termos do art. 173, § 1º. Apesar desse entendimento, que, aliás, não estampa qualquer heresia, o certo é que, ao ser editado, em 1976, vigorava a Constituição de 1967, já com a redação da Emenda nº 1/69, em cujo art. 170, § 2º, se alojavam termos bastante assemelhados aos do atual art. 173, § 1º, seu sucessor. Como não houve declaração de inconstitucionalidade firmada pelo Supremo Tribunal Federal, haveria de presumir-se que não existia incompatibilidade entre a norma legal e a disciplina contida na Constituição.

Ocorre, porém, que o art. 242 da Lei nº 6.404/76 foi expressamente revogado pelo art. 10, da Lei nº 10.303, de 31.10.2001. Sabido que nenhuma revogação ocorre por mero capricho do legislador, passou a ser necessário indagar qual o efeito derivado da revogação daquela norma, que - repita-se - conferia inegável garantia às sociedades de economia mista quanto à vedação de falência.

6. Poderão ser admitidas três interpretações em relação a tal revogação.

A primeira delas é a de que a revogação do dispositivo provocou a supressão da garantia antes conferida a todas as entidades de economia mista, independentemente da atividade a que se destina. Como esse privilégio também não as distinguia quanto à finalidade, gerando sua aplicação a todas elas indistintamente, sua eliminação, da mesma forma, deverá aplicar-se a todas. A consequência é que as sociedades de economia mista, cuja forma obrigatória é a de sociedade anônima, passam a sujeitar-se ao regime falimentar comum.

Segue-se uma segunda interpretação, que, de resto, já se apresentava antes da revogação do citado art. 242: nenhuma sociedade de economia mista poderia sujeitar-se à falência. É o entendimento de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, para quem por força do processo falimentar *“uma empresa poderia ficar inviabilizada de exercer a atividade para a qual foi criada, porque a decisão judicial busca o atendimento do credor”* (*Direito Administrativo da Economia*, Lumen Juris, 2003, p. 100). Além do mais, aduz o autor, as sociedades de economia mista são instituídas por lei da qual participam, em parceria, o Executivo e o Legislativo, não sendo, pois, cabível a incidência do instituto, flagrantemente protetivo de interesses privados (ob. cit., p. 101).

A última interpretação possível reside na necessidade de distinguir as sociedades de economia mista conforme os fins a que se destina. Sendo dedicadas à exploração de atividade econômica, poderá ser-lhe decretada a falência; voltando-se à prestação de serviços públicos, estarão elas imunes à incidência do regime falimentar. É a opinião de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 15ª ed., 2003, p. 179). No mesmo sentido, RITA ANDREA REHEM ALMEIDA TOURINHO e ANGÉLICA GUIMARÃES, no trabalho "As empresas estatais e a revogação do artigo 242 da Lei 6.404/76" (*Revista de Direito Administrativo*, nº 229, 2002, pp. 185/198).

Em nosso entender, esta última interpretação é a que melhor condiz com a flagrante diversidade dos fins para os quais são constituídas sociedades de economia mista.

Sobre o tema, já tivemos a oportunidade de averbar: "*Não obstante, parece-nos deva fazer-se a distinção. Para haver compatibilidade constitucional, a sujeição ao regime falimentar só pode atingir as sociedades de economia mista que exercem atividade econômica stricto sensu, ou seja, de natureza empresarial, porque estas é que são equiparadas às empresas privadas no que concerne aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (art. 173, § 1º, CF)*" (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, Lumen Juris, 10ª ed., 2003, p. 402).

Com efeito, refoge a qualquer indicativo lógico que se possam beneficiar empresas paraestatais voltadas para atividades econômicas e, por conseguinte, sujeitas a regime de competição e concorrência segundo as leis econômicas de mercado, sem que se estendam tais benefícios às demais empresas. Seria, desde logo, uma flagrante injustiça, sem contar, sob o aspecto do *ius positum*, a ostensiva incompatibilidade com o preceito constitucional contido no art. 173, § 1º, que visa exatamente ao contrário, ou seja, à imposição, tanto às empresas do Estado, quanto às do setor privado, das mesmas normas referentes a direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. É, em última análise, o respeito ao princípio da isonomia entre as empresas atuantes do mercado econômico, independentemente do controle interno, público ou privado, a que se submetem.

No que diz respeito, porém, às sociedades de economia mista que se dedicam à prestação de serviços públicos, nosso pensamento é o de que, pela qualificação de seus objetivos e pelo distanciamento de qualquer natureza mercantil, não podem resultar sob a égide de instituto primacialmente aplicável no direito comercial.

Por tal motivo é que deixamos assentado que eventual insolvência desse tipo de sociedades de economia mista deve ser regulada essencialmente pelo direito público, "*atendendo-se principalmente ao fato de que, entre a má gestão da entidade e o interesse da coletividade na execução do serviço público, é este que deve preponderar*" (ob. e loc. cit.).

Soma-se a tal linha de argumentação a relevância, hoje unanimemente reconhecida, do princípio da continuidade dos serviços públicos. A admitir-se a decretação de falência de tais entidades, perderia o Estado, principal acionis-

ta, a sua administração, hipótese que, é fácil notar, teria inteira incongruência com a natureza das entidades.

Queremos, entretanto, deixar bem claro nosso pensamento quanto a essa questão: a inadmissibilidade é apenas da sujeição ao regime falimentar. O fato, contudo, de não ser admitida a falência de tais sociedades de economia mista não retrata qualquer escusa que se lhes possa dispensar pela eventual situação de insolvência. Primeiramente, porque, a nosso ver, se há pessoa jurídica em que se afigura totalmente inaceitável e indesculpável a ocorrência de situação falimentar, essa será certamente a instituída e controlada pelo Estado. Se críticas já são feitas às pessoas privadas que, sem motivo de relevância, se tornam insolventes, *quid juris* no tocante a entidades manipuladas pelo próprio Poder Público. Ter-se-ia que admitir uma esdrúxula "*inadimplência oficial*".

Avulta, ainda, a inafastável necessidade de apurar as razões que levaram a entidade ao estado de insolvência. Aqui, não se poderá senão admitir duas hipóteses: ou a sociedade estava sendo dirigida por agentes estatais incompetentes ou desonestos, situação que obriga a seu afastamento ou à sua responsabilidade por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), ou o Estado controlador quedou inerte no que se refere ao controle a que a lei o obriga, visto que se trata de pessoas integrantes de sua administração indireta. Idêntica preocupação quanto à improbidade foi também anotada por RITA ANDRÉA REHEM ALMEIDA TOURINHO e ANGÉLICA GUIMARÃES (trab. cit., RDA 229, p. 191).

7. Se, em relação às sociedades de economia mista, expressamente mencionadas no direito positivo, já surgiam controvérsias quanto à matéria em foco, com maior razão se aprofundavam as divergências no que concerne às empresas públicas.

O motivo é claro, consistindo na ausência de disciplina normativa específica que minudencie as linhas jurídicas reguladoras dessa especial categoria de pessoas criadas pela Administração. Por outro lado, não há, da mesma forma, regulação que indique a solução a ser alvitrada no caso de insolvência de tais entidades.

Além disso, urge sublinhar um aspecto que aumenta mais ainda a dificuldade de estabelecer solução adequada: é que as empresas públicas, diferentemente do que sucede com as sociedades de economia mista - estas, como visto, só podendo assumir a forma de sociedades anônimas - têm aptidão para adotar *qualquer forma admitida* em direito. Esse elemento diferencial entre tais categorias consta expressamente no art. 5º, II, do Decr.-lei nº 200/67 - diploma que, a despeito de sua idade, ainda vem sendo invocado como base de definições das entidades da Administração Indireta.

Neste passo, deve registrar-se que a revogação do art. 242 da Lei nº 6.404/76 em nada alterou o quadro de divergências ou de soluções para a questão falimentar de empresas públicas, pois que, na verdade, o dispositivo, embora lacônico, só se referia às sociedades de economia mista.

Na opinião de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, uma das diferenças entre sociedades de economia mista e empresas públicas é a possibilidade de que estas tenham falência decretada (*Curso cit.*, p. 179). O fundamento decorre

da ausência normativa que lhes garantisse a imunidade contra o regime falimentar, como o fizera o legislador em relação às sociedades de economia mista. Quer dizer: se a lei não contempla prerrogativa especial de direito público, deve aplicar-se o direito privado comum quando se tratar de pessoa jurídica de direito privado.

DIÓGENES GASPARINI compartilha desse entendimento, admitindo apenas que *“se prestadoras de serviço público, terão proteção especial para os serviços e bens a ele vinculados”*, concluindo: *“Nessa hipótese, em caso de falência, os bens aplicados no serviço público passarão para a Administração Pública a que se subordina, a qual garantirá os débitos até o valor dos bens recebidos, se decorrentes da prestação do serviço público”* (Direito Administrativo, Saraiva, 4ª ed., 1995, p. 268, grifos nossos).

Uma segunda posição leva em conta os aspectos formais exigidos para a criação e extinção dessas entidades por força do art. 37, XIX, da Const. Federal: somente a lei pode autorizar sua instituição e, em consequência, sua extinção. Essa linha de argumentação que, já foi visto, se aplica também às sociedades de economia mista, é invocada por MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (ob. cit., p. 101).

O melhor entendimento, em nosso entender, considera, de um lado, a identidade dos traços jurídicos que aproximam as sociedades de economia mista e as empresas públicas e, de outro, a natureza dos objetivos a que se preordenam.

Ainda sob a égide do citado art. 242 da Lei nº 6.404/76, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ao comentar que tal dispositivo pretendia proteger o patrimônio público ao proibir a falência de sociedades de economia mista, averbava com todo o acerto: *“Se assim é com relação a essas entidades, com muito mais razão no caso de outras em que o capital é inteiramente público ou em que o objetivo institucional é a prestação de serviço público”* (Direito Administrativo, Atlas, 3ª ed., 1993, p. 204).

Sempre endossamos essa linha de fundamentação. De fato, se o legislador determinou, de forma expressa, que as sociedades de economia mista estariam imunes ao regime falimentar, não teria a menor razoabilidade, com a devida vênia dos que pensam em contrário, sustentar que as empresas públicas se sujeitariam à falência pela só circunstância de não terem sido objeto de referência expressa pelo legislador.

Para uma correta interpretação, ter-se-ia que levar em consideração a própria estrutura dessas categorias de pessoas administrativas. Na conceituação das sociedades de economia mista é admitida a associação, no respectivo capital, de recursos públicos com recursos provenientes de pessoas da iniciativa privada (art. 5º, III, DL 200/67). Ao contrário, no capital da empresa pública recursos dessa última natureza não são admitidos; quando o capital não é exclusivo da pessoa federativa instituidora (art. 5º, II, DL 200/67), o caráter societário só se legitimará se os demais participantes forem pessoas da Administração Direta ou Indireta de qualquer das pessoas integrantes da federação (art. 5º, DL 900/69).

Por todos esses dados é que entendemos que a revogação do art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas, se, de um lado, não foi suficiente para dirimir as dúvidas na matéria, de outro, em nada modificou nosso pensamento a respeito. Quanto à possibilidade de falência de empresas públicas, parece-nos deva aplicar-se a mesma solução adotada para as sociedades de economia mista: tudo dependerá do objeto institucional para o qual a lei as tenha destinado.

Por isso, deixamos consignado: *“O tratamento deve ser o mesmo adotado para as sociedades de economia mista. Exercendo atividade econômica empresarial, a empresa pública pode ter a falência decretada; se prestar serviço público, sujeitar-se-á apenas ao processo de execução e penhora de seus bens, tal como disciplinado na Lei Processual Civil. E a pessoa controladora é sempre subsidiariamente responsável pelas obrigações por elas assumidas”* (nosso Manual cit., p. 403).

Não custa repetir aqui o que dissemos em relação às sociedades de economia mista: não é tolerável, nem palatável, admitir insolvência de empresas controladas pelo Estado, qualquer que seja a sua natureza; a necessidade de eficiência na atividade e de adimplência no que toca às obrigações assumidas é muito mais exigível para as empresas paraestatais do que para as do setor privado. Nesse caso, haverá, no mínimo, omissão estatal em seu dever de controle. Ademais, é preciso não continuar adotando o método da impunidade como forma de eximir de responsabilidade agentes da Administração quando autores de improbidade administrativa: se houver real intento de responsabilizá-los, a lei já terá os instrumentos suficientes e eficazes para fazê-lo.

8. Em virtude, portanto, do vigente quadro normativo a respeito da matéria, parece-nos possível extrair as seguintes conclusões:

1ª) A revogação do art. 242 da Lei nº 6.404/76 pela Lei nº 10.303/2001 suprimiu o privilégio de direito público atribuído às sociedades de economia mista, consistente na sua exclusão do regime de falência disciplinado pelo Decr.-lei nº 7.661/45, aplicável às empresas de setor privado;

2ª) É juridicamente possível a decretação de falência de sociedades de economia mista, quando destinadas à exploração de atividade econômica em sentido estrito, situação que as nivela às demais empresas do setor privado no que tange às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias (art. 173, § 1º, CF);

3ª) Sendo objeto da sociedade de economia mista a prestação de serviços públicos, inadmissível será sua sujeição ao regime falimentar comum, e isso não só porque não se qualifica como empresa destinada à mercancia, como também em razão do interesse coletivo de que se cerca o serviço público que executa, suporte para a observância do princípio da continuidade dos serviços públicos;

4ª) Idêntico tratamento deve ser dispensado às empresas públicas, porquanto: a) ambas as categorias ostentam traços jurídicos similares; b) todas têm personalidade jurídica de direito privado; c) as empresas públicas, como as sociedades de economia mista, também podem dedicar-se à atividade econômica ou à prestação de serviços públicos;

5ª) Afigura-se inaceitável a situação de insolvência de pessoas administrativas, porque: a) ou o Estado instituidor não exerceu, como lhe cabia, o poder de controle sobre as entidades de sua administração indireta, conforme colimado na lei; ou b) os agentes de comando de tais entidades atuaram com incompetência ou com improbidade, hipóteses em que se impõe a necessária adoção de providências administrativas, inclusive de cunho punitivo, para evitar ou reprimir a ocorrência dessa anomalia.

^(*) JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO é Procurador de Justiça do Rio de Janeiro (aposentado), Assessor Especial do Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça, Professor da UFF - Univ. Federal Fluminense (Pós-graduação), Professor da EMERJ - Escola da Magistratura do Est. Rio de Janeiro e Mestre em Direito (UFRJ).

Da não-oitiva do infrator em sede extrajudicial

JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR (*)

"Já é fazer uma boa ação o tentar fazê-la"
LAURENCE STERNE, escritor inglês (1713-1768)

Tão ricas as hipóteses que podem, na prática, exsurgir do artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente que há quem afirme que a oitiva do infrator em sede extrajudicial pelo Ministério Público ¹ não mereceu do Legislador a atenção adequada, apenas havendo sido dedicado ao ato aquele único artigo ². O que, em tese, seria simples oitiva, desprovida de qualquer formalidade, tornou-se verdadeira fonte de divergências e de nulidades.

Antes mesmo de se transcrever o aludido artigo e sobre ele se debruçar, cumpre relembrar, de antemão, que *o adolescente tem resguardado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente o direito de ser ouvido diretamente pelo Ministério Público em todo e qualquer procedimento, judicial ou extrajudicial e, em especial, quando da apuração de ato infracional:*

"Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias: (...)

V - direito de ser ouvido diretamente pela autoridade competente.

Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

I - entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público. "

¹ A Doutrina oferece diferentes denominações para a audiência prevista pelo artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "*audiência de apresentação ministerial*"; "*audiência prévia*"; "*audiência informal*"; etc. Apenas a primeira arrolada é que não parece adequada, uma vez que o ECA reserva tal *nomen* ao ato judicial previsto por seu artigo 184. De todo modo, mudam-se os nomes, mas a substância continua, por óbvio, a mesma.

² Tal afirmação, como adiante se verá, não é verdadeira. *Maxima venia concessa*, a interpretação que se resume à análise deste artigo é absolutamente incompleta e simplista.

Bom se rememorar que tal direito à oitiva direta vem respaldado pela CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIREITOS DA CRIANÇA³ - UNICEF, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989:

“Artigo 12 - 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança. **2.** Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. **Resumo - A Opinião da Criança** O direito da criança de expressar uma opinião e de ter esta opinião levada em consideração em qualquer assunto ou procedimento que afete a criança. ”

Feita esta necessária digressão, que há de ser a “pedra de toque angular” da questão, passa-se à análise do artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ora transcrito:

“Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

³ Não se deixe enganar pelo fato de tal diploma se intitular como que dedicado a crianças, em exclusão a adolescentes. Verifique que, a despeito de sua nomenclatura, consagra-se também a defesa destes últimos: *“PARTE I - Artigo 1 - Para efeitos da presente convenção, considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes. Resumo - Definição de Criança Todas as pessoas com idade inferior a dezoito anos, a não ser quando por lei do seu país a maioria seja determinada com idade mais baixa”*. Sendo a maioria penal em nosso direito atingida aos 18 anos de idade, beneficiados pela Convenção estão também, portanto, os adolescentes.

Parágrafo único. Em caso de não-apresentação, o representante do Ministério Público notificará os pais ou responsável para apresentação do menor, podendo requisitar o concurso das polícias Civil e Militar.”

Mesmo quando o infante é efetivamente ouvido, *ut* apresentação espontânea ou coercitiva, hipótese em que a lei é mais clara, diverge a Doutrina acerca de questões pontuais, tais como a necessidade de acompanhamento do menor por advogado ⁴ ou se o juiz pode ou não indeferir requerimento do Ministério Público para que a notificação dos pais seja feita por oficial de justiça ⁵.

Problema maior - e bastante comum para os que atuam na área de Infância e Juventude - surge quando não se procede à oitiva do artigo 179 da Lei n.º 8069/90, seja porque o Promotor de Justiça entendeu por bem dispensá-la, conquanto viável (o que, como aqui se sustentará, eiva de nulidade o procedimento), seja porque não era possível, na prática, realizá-la, tendo em vista a não-localização do menor (hipótese em que, como se verá, deve o feito prosseguir em seus termos regulares).

Há, basicamente, 03 (três) posições às quais vêm se filiando os estudiosos da matéria:

a) a referida oitiva é DISPENSÁVEL, *desde que haja indícios suficientes de autoria e materialidade do ato infracional;*

b) tal oitiva é DISPENSÁVEL, *desde que se torne inviável implementá-la e se tente ipso facto notificar o responsável;*

c) a oitiva é absolutamente INDISPENSÁVEL, *devendo, se não for caso de arquivamento, ser sobrestado o feito e expedido mandado de busca e apreensão do menor.*

⁴ A despeito de brilhante argumentação em contrário, majoritariamente se admite que, em fase pré-judicial, de caráter inquisitório, a presença de advogado, embora aconselhável, é prescindível, não gerando qualquer nulidade sua ausência ao ato.

⁵ Aliás, útil e oportuno artigo lavrado pelo sempre brilhante jurista MURILLO JOSÉ DIGIÁCOMO, DD. Promotor de Justiça integrante do Centro de Apoio das Promotorias de Justiça de Infância e Juventude do Ministério Público do Paraná, cuja qualidade da obra, em conjunto, é exponencial, em que trata da possibilidade - e mais, em determinados casos, da obrigatoriedade - da notificação para a audiência preliminar ministerial pelo Oficial de Justiça, não podendo o juiz indeferir requerimento neste sentido. *Vide* “Oitiva Informal do Adolescente Acusado da Prática de Ato Infracional: Notificação para o Ato por Oficial de Justiça”, no site oficial do Ministério Público do Paraná (www.mpp.pr.gov.br/institucional/capoio/caopca/artigos/oitiva.html). Em sentido contrário, com fulcro na autonomia institucional do Ministério Público, *vide* MÁRCIO MOTHÉ FERNANDES, em sua obra *Ação Sócio-Educativa* (p. 36, primeiro parágrafo, 2ª ed., revista, ampliada e atualizada, Edit. Lumen Juris, RJ, 2002).

A despeito de brilhante posicionamento em contrário ⁶, considerar a oitiva do adolescente como mero ato instrutório ou de convicção ministerial é inexoravelmente simplista: este ato – tal como o interrogatório, em sede processual penal – tem caráter multifário, constituindo sim ato de instrução e de convencimento do Promotor de Justiça, mas também ato de defesa do menor e pressuposto para oferecimento de remissão.

Fixada esta premissa básica, resta por demais evidente que *ainda que haja suficientes indícios de autoria e materialidade do ato infracional, não se pode, com base nisto, dispensar a oitiva do adolescente*, sob pena de violação das normas legais de Direito Pátrio e Internacional antemencionadas e mesmo de normas constitucionais, tais como as inspiradas nas cláusulas pétreas da *ampla defesa* e do *devido procedimento legal* ⁷.

Pertinente a bem elaborada pesquisa doutrinária implementada pelo ilustre jurista BRUNO HERINGER JUNIOR, in *Questões Controvertidas do ECA*:

“ Os principais comentadores do Estatuto apresentam diferentes posições sobre o conteúdo dos dispositivos mencionados, *mas nenhum permite ao Promotor de Justiça deixar de inquirir o infrator e seus pais ou responsável, se possível*. Assim, CONCEIÇÃO A. MOUSNIER, com base no art. 111, V, do ECA, elabora o “ *direito à oitiva pessoal*”, que se estenderia à atuação do Ministério Público (*O Ato Infracional*, RJ, Liber Juris, 1991, p. 24). ALYRIO CAVALLIERI, além de exigir a prévia oitiva do infrator, afirma dever ser afastada a *informalidade da medida*, apesar do que estabelece a lei (*Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, RJ, Forense, 1991, p. 188). Neste sentido são também, de certa forma, as lições de JOSÉ LUIZ MÓNACO DA SILVA (*Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentários*, SP, RT, 1994, p. 303) e de PAULO LÚCIO NOGUEIRA (*Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, SP, Saraiva, 1991, p. 245). ANTÔNIO

⁶ Assim já se manifestou a 7ª Câmara Cível do TJRS, ao apreciar o AI n.º 593008063, em 07.04.93: “ *A prévia inquirição dos menores pelo Ministério Público ocorre apenas para melhor habilitar o Dr. Promotor de Justiça para a correta classificação do ato infracional atribuído aos infratores. Podendo contar com outras informações, a prévia inquirição toma-se desnecessária...*”.

⁷ Melhor aduzir-se a “ *procedimento*” e não a “ *processo*”, eis que não há sequer ação oferecida. Mesmo alerta é feito pelo ilustre Promotor de Justiça MÁRCIO MOTHÉ FERNANDES, em sua obra *Ação Sócio-educativa* (p. 35, último parágrafo, 2ª ed., revista, ampliada e atualizada, Edit. Lumen Iuris, RJ, 2002).

CHAVES, apesar de esposar o entendimento de ALYRIO CAVALLIERI, antes referido, critica a *repetição de inquirições* (Delegado de Polícia, Promotor de Justiça, Juiz de Direito), sem admitir, contudo, a possibilidade de *dispensa de ouvida* pelo Parquet (*Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, SP, LTr, 1994, p. 597). WILSON DONIZETI LIBERATI, diferentemente, entende *desnecessária* a redução a termo das declarações prestadas pelo adolescente ao Promotor de Justiça (*Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, SP, Malheiros Editores, 1993, p. 155). Por fim, JURANDIR NORBERTO MARÇURA entende *dispensável a apresentação*, se atípica a conduta, se criança o autor, se desconhecido o endereço do adolescente (*Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, SP, Malheiros Editores, 1992, p. 500) – *op. cit.*, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul* n.º 40, pp. 183/200 – Grifos nossos.

Refutam-se, neste momento inicial, o sobrestamento do feito e expedição de mandado de busca e apreensão, uma vez que não é caso de analogia para com o artigo 183 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A afirmação de que o feito deveria ser sobrestado, expedindo-se mandado de busca e apreensão do infante, enquanto **argumento de conveniência**, é absolutamente compreensível, uma vez que o Promotor de Justiça, com isto, não tem o trabalho de elaborar a representação. Tal tese, com a devida vênia, somente se justifica, sem hipocrisia, neste ponto. *Todavia, a assertiva é sofismática quando lastrada em analogia ou no princípio da instrumentalidade.*

O princípio da instrumentalidade indica que o interprete deve harmonizar os meios com os fins legais, estes justificando aqueles. Pergunta-se: qual seria o objetivo de se paralisar o feito em sede extrajudicial? Nenhum, a não ser, como já dito, diminuir o volume de trabalho ministerial, sempre em detrimento do adolescente, cuja defesa sofre grave revés sem a judicialização de seu caso.

E o ECA, na hipótese que ora se analisa, não dá qualquer azo a isto, havendo verdadeiro **silêncio eloquente** quanto à expedição de mandado de busca e apreensão, a obstar tal medida – que, por precoce, propositadamente restou relegada à fase judicial, *ex vi* artigo 183, parágrafo terceiro ⁸.

⁸ Transcreve-se o artigo: “Art. 183. Oferecida a representação (...)3º. Não sendo localizado o adolescente, a autoridade judiciária expedirá mandado de busca e apreensão, determinando o sobrestamento do feito, até efetiva apresentação”.

No mais, não se ter em mente alguns artigos que tratam da questão, que excluem *ex contrario sensu* a possibilidade de suspensão do feito neste momento e que ratificam categoricamente a viabilidade de oferecimento de representação no caso *sub oculis*.

“Art.180. Adotadas as providências a que alude o artigo anterior, o representante do Ministério Público poderá:

I - promover o arquivamento dos autos;

II - conceder a remissão;

III - representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa.”

À luz deste artigo, explicita-se que ao *Parquet* cabe promover o arquivamento, conceder a remissão ou oferecer representação. Tais hipóteses são verdadeiros *numerus clausus*. Em havendo indícios de autoria e materialidade para representação ⁹, esta deve ser oferecida. E tal conclusão vem sedimentada em mais um dispositivo:

“Art. 182. Se, por qualquer razão, o representante do Ministério Público não promover o arquivamento ou conceder a remissão, oferecerá representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação de medida sócio-educativa que se afigurar mais adequada.” – g. n.

Diante da não-localização do menor, a remissão fica afastada de plano, eis que pressupõe aceitação pessoal. Em não sendo caso de arquivamento, o Promotor de Justiça haverá, mesmo sem ter ouvido o menor, de propor a ação sócio-educativa. Resta evidenciado, assim, que a expressão “por qualquer razão” alcança também a hipótese em que, a despeito de notificados os pais do menor anteriormente não apresentado, este não chega a ser ouvido, seja porque se evadiu, seja porque, expedido mandado de condução, ficou negativo, seja porque o mandado de notificação dos responsáveis ¹⁰ se frustrou por haver sido apresentado endereço errado ¹¹; *etc.*

⁹ Consigne-se a absurda inconstitucionalidade do artigo 114, *in fine*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que permite a aplicação de advertência diante de prova de materialidade e mero indício de autoria. Violou o Legislador sem pudores a presunção constitucional da inocência.

¹⁰ Sobre a significação de “responsável” no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, *vide* por todos o exaustivo artigo “O responsável de fato e o responsável legal na Lei n° 8069/90 e seus reflexos na regra da competência” por MÁRCIA MARIA TAMBURINI PORTO SARAIVA e JANAÍNA MARQUES CORRÊA, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n.º 11, período janeiro/dezembro de 2000, pp. 187/197.

¹¹ A se referir à hipótese de combinação dos artigos 174 e 179 do ECA, quando o menor é liberado mediante compromisso dos pais e não chega a ser ouvido por endereço fornecido ao tempo da liberação ser errado, fica ainda mais evidente a idéia de que o feito não pode ser estagnado. É

Não fosse entendida tal expressão assim, violar-se-ia nodal VETOR DE INTERPRETAÇÃO: *na lei, não há palavra inútil*, cabendo ao hermenauta buscar seu real significado; todos os termos utilizados pelo Legislador devem, a princípio, ter peso e valor, não podendo vocábulos ou expressões serem relegados a oblição ao talante do intérprete, sob pena de se distorcer o verdadeiro espírito da norma. *Ao não se interpretar a expressão "por qualquer razão" sob tal enfoque, restaria uma dúvida absolutamente angustiante: se não fosse este o motivo de o Legislador empregá-la naquele dispositivo, então qual foi?*

Vale atentar para o valioso ensinamento cunhado pelo juriconsulto gaúcho ADALBERTO PASQUALOTTO, in *Atuação do Ministério Público no Estatuto da Criança e do Adolescente*.

"Como última alternativa, está a representação, a ser oferecida à autoridade judiciária, visando a aplicação das medidas sócio-educativas previstas no art. 112. Não depende, necessariamente, de forma escrita. Como se prevê no art. 182, par. 1º, a representação pode ser deduzida oralmente. Em muitas circunstâncias, a representação poderá ser preferida, por falta de avaliação definitiva do caso, seja pela impossibilidade de ouvir todos na curadoria (falta de comparecimento ou número excessivo), seja pelas dúvidas remanescentes." (op. cit., in Rev. do MP do Estado do Rio Grande do Sul n.º 24, pp. 41/48) - g. n.

Veja-se que o artigo 179 tão apenas dispõe que, não sendo apresentado o menor, o Ministério Público notificará os pais ou responsáveis do adolescente para que o apresentem, podendo requisitar para tal fim força policial. *Tudo e apenas isto o Promotor de Justiça deve - ao menos, tentar - fazer.*

Mas se observe com especial atenção: a tese que ora se sustenta lança alicerces não em pura convicção íntima, tampouco na leitura isolada de um artigo, mas na análise mais abrangente e profunda do Estatuto da Criança e do Adolescente e de princípios outros que não apenas os já mencionados, todos devidamente confrontados entre si.

Se, de um lado, cumpre reconhecer o direito de o menor ser ouvido, por outro lado, insta afastar o entendimento de que tal oitiva informal do adolescente seja condição especial de procedibilidade da ação sócio-educativa. Isto porque, se é correto que a lei não permite ao Promotor de Justiça deixar arbitrariamente de ouvir o menor, por certo tampouco proíbe que prossiga o rito diante da impossibilidade de se realizar o ato. Ademais, é mesmo incongruente alçar-se a pressuposto formal algo que a própria lei define, em sua essência, como informal.

Mais correto, ainda que se trate de tênue diferença, aludir não à oitiva em si, mas sim à *tentativa de oitiva do adolescente e, em quedando frustrado tal ato, à subsequente tentativa de notificação dos responsáveis como condição de procedibilidade da ação sócio-educativa*. Aliás, este o posicionamento adotado pela e. Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul:

EMENTA 264 - Audiência preliminar - Oitiva do menor. A realização de audiência preliminar a que alude o artigo 179 do ECA *não* é condição de procedibilidade. O que constitui condição de procedibilidade é a *tentativa de notificação dos pais ou responsáveis, para a apresentação do adolescente infrator ao Promotor de Justiça* in Polígrafo intitulado "Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - Estágio Probatório - 2001"

Mais uma vez se transcreve ensinamento valioso traçado pelo eminente jurista BRUNO HERINGES JUNIOR, in *Questões Controvertidas do ECA*:

"Chegou-se, inclusive, a erigir tal medida à categoria de '*condição de procedibilidade*', solução manifestamente equivocada, pois alça a pressuposto formal aquilo que a própria lei define como informal.

O que estes entendimentos revelam, entretanto, é a inclinação burocratizante de nosso sistema de justiça formal, comprometendo até mesmo os objetivos mais elevados da nova lei.

Desde o início, porém, aplicadores do Direito deram-se conta de que o dispositivo legal não tinha a extensão que se lhe estava tentando dar, tanto que eram - e ainda são - bastante freqüentes as representações oferecidas sem prévia oitiva do adolescente e responsáveis. (...)

O amadurecimento da questão, dado o tempo de vigência do dispositivo, permitiu o surgimento de entendimentos jurisprudenciais preocupados com a simplificação e a celeridade do procedimento para a apuração de ato infracional atribuído a adolescente.

Acórdão publicado em *Lex 164/278* (Ac. 2ª V. TJSP - Rec. em Sent. Estr. n.º 18.344-0-SP, de 11.08.94), teve a seguinte ementa: "*Menor. Representação. Oitiva de adolescente. Providência não-obrigatória. Menor não apresentado. Inquirição não alçada a*

condição de pressuposto da ação. Art 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso provido para este fim - Se a inquirição informal do art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente for alçada, antes de instaurado o procedimento, à condição de pressuposto da ação, bastará que o adolescente se furte e, deliberadamente, deixe de se apresentar ou ser apresentado para que a Justiça da Infância e da Juventude se frustre." - op. cit., in Rev. do Ministério Público/RSnº 40, p 183/200 - grifos nossos.

Não se traça ali dever legal de o Parquet expedir ofícios de praxe para localização do menor, nem determina, neste momento, o sobrestamento do procedimento, como já visto.

Quanto à expedição de ofícios para localização do menor, trata-se de louvável medida tomada *ad cautelam* pelo Promotor de Justiça, mas que não corresponde a qualquer dever legal. Por óbvio, se fosse este o intuito do Legislador, haveria de tê-lo explicitado. Ao revés, a ele bastou notificarem-se os pais, admitida a condução coercitiva, e pronto. "*Adotadas as providências aludidas no artigo anterior*", preceitua o artigo 180, poderá o Ministério Público oferecer representação.

Em verdade, aliás, mais cabido, à luz do parágrafo único do artigo 179 do ECA, seria expedir ofícios para tentar localizar *os pais ou responsáveis*, na hipótese em que estes não houvessem previamente fornecido endereço. Fora tal hipótese, sequer isto seria curial ao prosseguimento do feito. Vale a pena ler novamente a nota de rodapé n.º 10.

Veja-se que o oferecimento de representação sem oitiva do menor, desde que tal tenha sido tentado ut tentativa - e aqui não há qualquer redundância - de notificação do responsável, não viola o devido processo legal ou a ampla defesa.

Num tanto, de se atentar que, em não havendo ação proposta, sequer seria caso de se falar em "processo"¹². Demais disso, há que se reconhecer que o rito legalmente delineado é exatamente este, sendo *irrazoável* e *contra legem* a interpretação no sentido de que, não localizado o menor, tudo deveria parar. O pro-

lição milenar do Direito de que ninguém pode ser beneficiado pela própria torpeza - o que aqui ocorreria se admitido óbice ao prosseguimento do rito. Aliás, tal idéia não é nova: durante o III Congresso Estadual do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, realizado em 1994 na cidade de Canela/RS, o culto Promotor de Justiça CARLOS ROBERTO LIMA PAGANELLA já havia proposto a seguinte tese: "*Desnecessidade de prévia notificação ao adolescente e seus pais ou responsáveis (art. 179, parágrafo único, ECA) para oferecimento de representação, quando na Delegacia de Polícia os pais assinaram termo de responsabilidade de que apresentariam o adolescente ao Ministério Público*" (Anais do III Congresso Estadual do Ministério Público, p. 292).

¹² Vide nota de rodapé n. 7.

cedimento vem definido, como aqui já se afirmou, não por um único artigo, mas por um sistema que deve ser interpretado com o norte da *razoabilidade*.

Muitos são os que sustentam a natureza civil do ECA e, por consequência, do procedimento referente ao ato infracional – o que afastaria alegações de violação à ampla defesa, princípio nitidamente mais sensível no âmbito criminal. Não é isto, no entanto, que serve de sustentáculo ao afirmado acima. Antes, aqui se abomina tal teoria civilista, contra a qual já foram lançadas suficientes pedras pelo eminente jurista EDSON SEDA, em sua insuperável obra dedicada ao tema e propriamente intitulada como *Os Eufemistas e as Crianças no Brasil*¹³.

Noutro tanto, ao tempo em que o procedimento investigatório tem cunho sigiloso e não-contraditório, o processo judicial, que pressupõe o exercício do direito de ação através de representação, permite ao menor conhecer todas as provas que militam contra si e lhe possibilita contraditá-las – noutros termos, ali é que está a verdadeira defesa – cláusula esta que, por óbvio, não pode ser interpretada em desfavor do menor. E ainda que se admitisse mais gravosa ao adolescente a judicialização do caso (do que se discorda veementemente), cumpriria reconhecer que a defesa é ampla, *mas não é irrestrita*, devendo até mesmo ela curvar-se aos ditames e aos limites da lei.

E observe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente admite algo bem mais grave que a simples representação sem oitiva do representado: *o juiz pode prolatar sentença condenatória sem que dela seja necessariamente intimado o adolescente (vide artigo 190, inciso II e parágrafo primeiro, ECA)* – o que nos leva a crer ainda mais na idéia de que a oitiva do adolescente é valiosa, *mas não é imprescindível*, uma vez que mesmo sua falta à audiência de continuação não pode ser entrave ao prosseguimento do feito, sendo expressamente possível prolação de sentença em seu desfavor¹⁴. Ora bem, *se é possível o mais, é também possível o menos*.

Bem escreve MÁRCIO MOTHÉ FERNANDES, com lastro em jurisprudência paulista¹⁵, em sua obra *Ação sócio-educativa*:

“A Lei Menorista vigente, nos moldes da
Constituição de 1988, assegurou aos infratores o

¹³ Na obra, a partir de um pronunciamento de uma Promotora de Justiça paulista, o jurista tece duras críticas e incisivos comentários à tese de que o ECA tem caráter puramente civilista. (*op. cit.* Edição Adês, Rio de Janeiro, 1999).

¹⁴ Observe-se que, à luz de tal artigo, o comparecimento do adolescente à audiência de continuação é *absolutamente desnecessário*, não sendo caso sequer de se conduzir coercivamente o menor ausente.

¹⁵ O autor traz, em sua obra, referência ao acórdão n.º 17.784-0/6, do TJSP, Relator Lair Lourenço, *ipsis litteris*: “A oitiva do menor, ainda que obrigatória, por força de imperativo legal (art. 179 do ECA), não pode ser erigida como condição para o exercício da representação, assim entendida a decisão recorrida que buscou aplicação subsidiária do art. 43, III, 2ª parte do CPP”.

contraditório e a ampla defesa, entre outras garantias. Ao adolescente que não se apresentar, será nomeado defensor, a quem competirá defender seus interesses. Se assim não fosse, ou melhor, se a oitiva do adolescente constituísse pressuposto de admissibilidade da ação sócio-educativa, bastaria que o infrator não comparecesse para que deixasse de ser processado e, conseqüentemente, deixasse de ser responsabilizado pelo ato praticado." (*op. cit.*, pp. 42/43, 2ª ed., revista, ampliada e atualizada, Edit. Lumen Iuris, RJ, 2002)

Tudo isto exposto, apresentam-se as seguintes conclusões do estudo acima realizado:

— A oitiva do menor não pode ser dispensada pelo Promotor de Justiça, por já contar com indícios de autoria e materialidade suficientes para oferecimento da representação, tendo em vista a natureza multifária daquela, que consubstancia não apenas ato de instrução do feito e de convencimento do Promotor de Justiça, mas também autodefesa do adolescente e pressuposto de remissão;

— Todavia, a oitiva do adolescente não é condição especial de procedibilidade da ação sócio-educativa, mas sim a (tentativa de) notificação de seus pais ou responsáveis, admitida condução coercitiva. Tudo e apenas isto;

— Não se pode sobrestar o feito e expedir mandado de busca e apreensão do adolescente não-localizado em sede extrajudicial, não sendo caso de analogia ao artigo 183 do ECA. Ao revés, há silêncio eloqüente a obstar tal *ratio*, à luz dos artigos 179, parágrafo único, 180, 182 ("por qualquer razão") e 190, inciso II, todos daquele diploma, a par de o princípio da *razoabilidade* estar também em pauta;

— O oferecimento de representação sem oitiva do adolescente não viola os princípios do devido "processo" legal (eis que o "processo" é exatamente este, definido pelos artigos e pelo princípio acima anotados), da instrumentalidade (eis que não há qualquer fim que justifique a paralisação ilegal e irrazoável do

feito neste momento, em desfavor do menor) ou da ampla defesa (que não é irrestrita e cuja cláusula não pode ser aplicada contra o adolescente por ela teleologicamente protegido, por benéfica a judicialização do caso), ainda quando afastada a idéia de que o Estatuto da Criança e do Adolescente possui natureza civil (do que se discorda sem prejuízo da corrente aqui sustentada).

¹⁰ JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR é Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; ex-Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Mestrando em Direito Processual pela Faculdade de Direito da UERJ.

Novas perspectivas da legislação falimentar - Visão geral do Projeto de Lei 4.376, de 1993, que regula a recuperação e liquidação judicial de devedores pessoas jurídicas e pessoas físicas que exerçam atividades econômicas

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES FILHO (*)

1- Considerações Iniciais. 2 - O Projeto de Lei 4.376/93 e suas Disposições Preliminares. 3 - Disposições Comuns à Recuperação e à Liquidação Judicial. 4 - Classificação dos Créditos. 5 - Verificação dos Créditos. 6 - Pedido de Restituição. 7 - Recuperação Judicial. 8 - Liquidação Judicial. 9 - Autoliquidação Judicial. 10 - Efeitos da Decretação da Liquidação Judicial. 11 - Efeitos Quanto aos Atos Prejudiciais aos Credores. 12 - Arrecadação de Bens. 13 - O Administrador Judicial. 14 - Realização do Ativo e Pagamento aos Credores. 15 - Extinção das Obrigações. 16 - Reabilitação do Devedor. 17 - Procedimento Especial da Recuperação e Liquidação Judicial da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. 18 - Crimes e Procedimento Penal na Liquidação Judicial. 19 - Disposições Finais e Transitórias. 20 - Conclusões.

1 - Considerações Iniciais

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4.376/1993, que objetiva revogar a atual Lei de Falências (DL 7.661/45). Tal Projeto, cuja redação original foi substituída pela Comissão Especial, veio a receber Subemenda Aglutinativa Global às Emendas de Plenário, passando a não mais disciplinar a *"falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais"*, mas sim *"a recuperação e liquidação judicial de devedores pessoas jurídicas e pessoas físicas que exerçam atividades econômicas"*.

Como se pode notar, o Projeto inova em diversos aspectos, a começar pela referência à recuperação judicial, que pode ocupar o lugar da concordata, e à liquidação judicial, prevista para substituir a falência.

A previsão desses novos institutos leva a profunda alteração do processo falimentar, a exigir adequada estruturação dos órgãos que nele atuam, sob o risco de se ter uma legislação inaplicável. É igualmente imperioso adequar a proposta de alteração da Lei de Quebras à realidade econômica, financeira, social e cultural do país.

Busca-se, neste trabalho, uma visão geral do Projeto da nova “*Lei de Falências*” (na verdade, recuperação e liquidação judicial de devedores pessoas jurídicas e pessoas físicas que exerçam atividades econômicas), com as principais inovações e modificações frente ao Decreto-Lei 7.661/45, além de questões que mereçam análise mais acurada do legislador.

2- O Projeto de Lei 4.376/93 e suas Disposições Preliminares

O Capítulo I do Projeto cuida das “*Disposições Preliminares*”, tratando, em seu artigo 1º, da recuperação e liquidação judicial das sociedades comerciais e civis de fins econômicos, das sociedades de economia mista, das sociedades cooperativas e das pessoas físicas que exerçam atividade econômica em nome próprio e de forma organizada, com o objetivo de lucro.

Impõe-se atentar para o conceito de *recuperação judicial* fornecido pelo artigo 37 do Projeto, formulado nos seguintes termos: é “*a ação judicial destinada a sanear a situação de crise econômico-financeira do devedor, salvaguardando a manutenção da fonte produtora, do emprego de seus trabalhadores e os interesses dos credores, viabilizando, dessa forma, a realização da função social da empresa*”. O parágrafo único de tal artigo reputa “*devedor no estado de crise econômico-financeira aquele sujeito às dificuldades temporárias do seu negócio, com iliquidez, insolvência ou em situação patrimonial a merecer readequação planejada de sua atividade*”.

Embora não contenha o Projeto a definição de liquidação judicial, trata-se de instituto que vem a ocupar o lugar da falência, considerada esta pela doutrina como execução coletiva universal abrangente de todos os credores e bens do devedor.

As pessoas legitimadas para a recuperação e liquidação judicial são tratadas pelo artigo 77 do Projeto como “*agentes econômicos*”, referindo-se àquelas mencionadas em seu artigo 1º. A questão envolve a aplicação do artigo 966 do novo Código Civil, vigente desde janeiro de 2003, que considera empresário “*quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”.

Quanto às sociedades comerciais de fins econômicos, tratadas pelo novo Código Civil como sociedades empresariais, já se submetem, na forma do Decreto-Lei 7.661/45, à falência e concordata. Sujeitá-las à recuperação e liquidação judicial representa medida condizente com situação fática e jurídica. Pela atual Lei de Falências (DL 7.661/45), só os comerciantes estão sujeitos à quebra e ao favor legal, sendo considerados as pessoas físicas e jurídicas que realizam habitualmente a atividade mercantil, isto é, que fazem do comércio profissão habitual, pouco importando se estejam regularmente inscritos no Registro de Comércio ou proibidos de comerciar. O que releva é a prática efetiva, habitual e por conta própria dos atos mercantis.

Mas, com relação às sociedades civis, tem-se considerável avanço, na linha do novo Código Civil (artigo 966). Antiga discussão acerca da possibilidade de falirem ou tornarem-se insolventes parece superada (tudo estava a depender

de seu objeto social), na medida em que o novo Código Civil classifica tais sociedades como empresariais ou simples. Se tiver natureza empresarial, cujo objeto é o exercício de atividade própria de empresário com os atos constitutivos inscritos no Registro Público de Empresas Mercantis, estará sujeita à falência. Se for simples, ou seja, que também objetive lucro, mas execute atividade econômica não empresarial (art. 982 Código Civil - tenha-se como exemplo aquelas apontadas no parágrafo único do artigo 966), com os atos sujeitos a arquivamento no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, pode incorrer em insolvência. O Projeto prevê expressamente a recuperação e a liquidação das "sociedades civis", em igualdade de condições com as "sociedade comerciais". Exige que ambas tenham fins econômicos e objetivo de lucro. Afigura-se necessário ajustar o dispositivo à legislação vigente, prevendo a recuperação e a liquidação judicial para as sociedades civis que exerçam atos empresariais, sujeitando à insolvência as sociedades civis de natureza simples.

Atento à revogação do artigo 242 da Lei 6.404 de 15.12.1976 - que impedia a quebra das sociedades de economia mista - pelo artigo 10 da Lei 10.303 de 31.10.2001, inclui as mesmas no rol das empresas sujeitas à recuperação e liquidação judicial.

O Projeto procura inovar ao incluir as sociedades cooperativas no rol dos agentes que sujeitam-se à recuperação e à liquidação judicial. Como é cediço, por expressa vedação legal (art. 4º da Lei 5.764, de 16.12.71), as cooperativas não podem falir. No entanto, com tratamento próprio nos artigos 1.093 a 1.096 do novo Código Civil, a elas são aplicadas subsidiariamente as regras da sociedade simples (art. 1.096), que, a nosso ver, sujeitam-se à insolvência. Deve o legislador atentar e solucionar a evidente contradição, simplesmente retirando as cooperativas do rol dos legitimados à recuperação e liquidação judicial ou atribuindo-lhes, através de modificação legislativa, natureza empresarial, o que se afigura mais complexo.

Por fim, autoriza que as pessoas físicas que exerçam atividade econômica em nome próprio e de forma organizada, com o objetivo de lucro, também se sujeitem aos institutos da recuperação e liquidação judicial. O Decreto-Lei 7.661/45, repita-se, só autoriza a falência de comerciante, seja ele pessoa física ou jurídica. Seguindo a regra do novo Código Civil, o Projeto amplia o rol dos legitimados, nele incluindo os chamados "empresários individuais".

Confere a todas essas pessoas a faculdade de requerer a própria recuperação judicial, desde que exerçam regularmente suas atividades há mais de 02 (dois) anos. Podem também fazê-lo o liquidante, o cônjuge sobrevivente, os herdeiros do devedor, o inventariante ou o sócio remanescente (artigo 39).

Além disso, concede legitimação ao próprio devedor (autoliquidação judicial), ao cônjuge sobrevivente, aos herdeiros do devedor, ao inventariante, ao sócio remanescente, ao liquidante ou a qualquer credor para requerer a liquidação judicial (artigo 80).

Prevê a edição de lei complementar, a ser enviada pelo Poder Executivo à apreciação do Congresso Nacional no prazo de 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação como Lei, para a recuperação e liquidação judicial dos ativos das empresas públicas, das instituições financeiras públicas e privadas, das cooperativas de crédito, dos consórcios, das sociedades seguradoras, de capitalização e outras entidades voltadas para idêntico objeto. Enquanto não vigente tal norma, ficam elas sujeitas apenas à liquidação judicial, nos termos do Projeto (artigos 2º, parágrafo 1º, e 220).

Exclui da recuperação e liquidação judicial os agricultores que explorem propriedade rural para fins de subsistência familiar (parágrafo único do artigo 1º), permitindo, entretanto, que a elas fiquem sujeitas as sociedades que tenham por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e sejam constituídas, ou transformadas, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, na forma dos artigos 984 e 968 do novo Código Civil. Não abrange, também, as sociedades de previdência privada e as operadoras de planos de assistência à saúde (artigo 2º, parágrafo 2º).

As sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de atividade legalmente regulamentada e os que prestam funções ou exerçam tarefa profissional autônoma, de forma individual ou organizada, como no caso dos escritórios de advocacia, dos consultórios médicos, entre outros, permanecem sujeitos à insolvência civil, pois estão expressamente excluídos da recuperação e Liquidação Judicial (parágrafo único do artigo 1º). São as chamadas sociedades simples, de acordo com o novo Código Civil.

O Projeto fixa como competente para decretar a recuperação ou liquidação judicial o juízo em cuja jurisdição o devedor tenha situado o seu principal estabelecimento ou filial de empresa com sede fora do Brasil (artigo 3º). Nesse sentido, nada mais fez que reproduzir o artigo 7º da atual Lei de Falências (DL 7.661/45), no qual prevalece, para a correta interpretação do dispositivo, o foro do local em que o devedor tem o comando de seus negócios, ou seja, o "centro nervoso", onde o devedor efetivamente atua, realizando a política da empresa e as operações comerciais e financeiras de maior importância.

Prevê, ainda, o juízo uno, indivisível e universal da recuperação e liquidação judicial, como ocorre na falência (artigo 4º do Projeto e artigo 7º, parágrafo 2º, do DL 7.661/45). É competente para conhecer todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios do devedor, ressalvadas as demandas em que o mesmo figure como autor ou litisconsorte ativo e a reclamação trabalhista, cuja competência para processamento e julgamento desta última é da Justiça Federal especializada. Transitada em julgado a decisão que fixou o crédito trabalhista, deve ser este habilitado na recuperação (sim, na recuperação, que abrange todos os créditos, e não apenas os quirografários, como ocorre na concordata) ou na liquidação judicial.

Ainda no Capítulo das "Disposições Preliminares", reza o Projeto ser obrigatória a intervenção do Ministério Público, tanto na recuperação, quanto na liquidação judicial do devedor. De vital importância a atuação do *Parquet*, quer

como fiscal da lei, quer como parte. É legitimado judicial e extrajudicialmente, não só para as hipóteses contempladas no Projeto, como também para inúmeras outras que envolvam interesse público.

Os artigos 127 e 129 da Constituição Federal bem definem o campo de atuação do Ministério Público, sendo a área falimentar aquela em que o Promotor de Justiça exerce as mais amplas e variadas atribuições. Basta citar que funciona como parte e fiscal da lei nos processos penal e civil que envolvam interesse da massa. A ausência de intimação levará à incontornável nulidade do processo. Lamenta-se que o Projeto não tenha conferido expressamente atribuição ao Ministério Público para agir em situações de nítido e incontestável interesse público; mas, nada obstante, a Constituição Federal o fez.

3 - Disposições Comuns à Recuperação e à Liquidação Judicial

O Projeto reproduz, em seu artigo 6º, parte do parágrafo único do artigo 23 do Decreto-Lei 7.661/45, vedando a cobrança do devedor de: a) obrigações a título gratuito; b) despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação ou liquidação judicial, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com aquele; c) penas pecuniárias e multas de qualquer natureza, salvo na hipótese de liquidação judicial, se houver saldo após o pagamento de todos os credores quirografários; d) honorários advocatícios, ressalvados os relativos às ações e execuções em que a massa tenha oferecido contestação ou impugnação e tenha sido vencida. São os casos de preexclusão de créditos, o que não impede sejam cobrados por via própria, com a ressalva quanto à suspensão das ações e execuções dos credores, enquanto perdurar a recuperação ou liquidação judicial (art. 7º, inciso III).

No artigo 7º, estabelece os efeitos resultantes da decisão que decreta a liquidação judicial, ou defere o processamento da recuperação. Tal artigo deve ser interpretado conjuntamente com o artigo 113, que dispõe sobre outros efeitos da decisão que decreta a liquidação, ou com o artigo 44, que disciplina o despacho de processamento da recuperação.

Entre os efeitos comuns a ambos os institutos, há: a) o vencimento antecipado das dívidas com o abatimento proporcional dos juros; b) a conversão de todos os créditos em moeda estrangeira para a moeda do País, pelo câmbio do dia em que for decretada a liquidação judicial ou mandada processar a recuperação; c) a suspensão do curso da prescrição e de todas as execuções dos credores, inclusive dos credores particulares do sócio solidário. Há previsão de continuidade das ações que demandem quantia ilíquida, devendo o autor comunicar sua situação ao juízo universal e pedir reserva das importâncias que lhe forem devidas. Liquidado o valor, ficam as ações suspensas, podendo o autor promover a habilitação de seu crédito na classe própria (parágrafos 1º e 2º).

Compensam-se as dívidas do devedor vencidas até o dia do requerimento da recuperação ou liquidação judicial, provenha o vencimento da própria sen-

tença ou da expiração do prazo estipulado. Mas não se compensam: a) os créditos transferidos após o requerimento, salvo o caso de sucessão por fusão, incorporação, cisão ou morte; b) os créditos, ainda que vencidos anteriormente, transferidos quando já conhecido o estado de crise econômico-financeira do devedor, ou cuja transferência operou-se com fraude ou dolo (artigo 8º, parágrafo único). O Projeto permite compensarem-se os créditos constantes de título ao portador, o que é vedado pela atual Lei de Falências (artigo 46, parágrafo único).

4- Classificação dos Créditos

Fugindo à boa técnica, o Projeto cuida da classificação dos créditos antes de sua verificação. Determina a sujeição de todos os credores à recuperação e liquidação judicial. Os créditos tributários podem ser reclamados em sede própria, como ocorre na falência, mas preferem a quaisquer outros, com exceção dos trabalhistas e das contribuições para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (art. 9º).

A propósito, tais créditos, até o montante de 20.000 UFIR (vinte mil unidades fiscais de referência) por empregado, têm preferência sobre os demais, na fase de recuperação judicial. Os valores podem ser reduzidos mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho e, em sua inteireza, prevalecem sobre outros créditos na liquidação judicial.

Mantém o Projeto, em seu artigo 12, a classificação de créditos da falência (artigo 102 do Decreto-Lei 7.661/45): a) créditos trabalhistas e contribuições para o FGTS; b) créditos tributários; c) créditos com direitos reais de garantia; d) créditos com privilégio especial; e) créditos com privilégio geral; f) créditos quirografários.

As despesas com o procedimento da recuperação ou da liquidação judicial são consideradas extraconcursais. Têm natureza semelhante a dos encargos e dívidas da massa falida; somente serão pagas pelo devedor, na recuperação, na medida em que vencerem. Algumas estão definidas no parágrafo primeiro do artigo 10 do Projeto: as custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa tenha oferecido contestação ou impugnação e tenha sido vencida (inciso I); as remunerações devidas ao administrador judicial e ao administrador-gestor, quando for o caso, bem como a seus auxiliares (inciso II); os impostos e contribuições públicas incidentes na fase de recuperação ou liquidação judicial (inciso III); as obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados no âmbito da recuperação ou liquidação.

5 - Verificação dos Créditos

Decretada a liquidação ou deferido o processamento da recuperação judicial, o juiz ordenará a expedição de edital para publicação no órgão oficial que

conterá, dentre outros, advertência acerca dos prazos para habilitação e impugnação de créditos.

A impugnação de créditos pode ser feita pelo administrador judicial, pelo Comitê, pelos sócios ou acionistas do devedor, por qualquer credor ou pelo Ministério Público (artigo 13).

Embora o Projeto não confira expressamente atribuição ao *Parquet*, está ela inserida em suas funções, haja vista a indiscutível presença do interesse público na exclusão de crédito eivado de vício. Protegem-se, dessa forma, os interesses da massa e os direitos individuais homogêneos dos credores, assim entendidos como decorrentes de origem comum.

Tanto tem atribuição que, mais adiante (art. 25), o próprio legislador reconhece estar o MP legitimado para, até o encerramento da recuperação ou da liquidação judicial, pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, nos casos de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro de credores.

Peca o Projeto, repita-se, pela omissão no reconhecimento de atribuição que a Constituição Federal confere ao Ministério Público (artigos 127 e segs.).

Pode o credor, no mesmo prazo fixado pelo juiz para a impugnação (nunca superior a quinze dias contados da publicação do edital), promover a habilitação de seu crédito (art. 14). Caso ultrapasse o prazo, a habilitação será autuada em separado e recebida como retardatária, seguindo o rito do artigo 15 do Projeto.

Os coobrigados solventes e os garantes do devedor ou dos sócios ilimitadamente responsáveis e administradores a que se estende a liquidação judicial podem apresentar a declaração do crédito correspondente às quantias pagas ou devidas, se o credor não fizer a sua no prazo acima citado.

O credor de coobrigados solidários, cujas liquidações judiciais sejam decretadas, tem o direito de concorrer, em cada uma delas, pela totalidade do seu crédito, até recebê-lo por inteiro, quando então comunicará ao juízo.

Com base na lista nominativa dos credores apresentada pelo devedor e nas sentenças proferidas nas impugnações e habilitações de créditos, será o quadro geral de credores elaborado pelo contador e assinado pelo administrador judicial ou Comitê, sendo homologado pelo juiz (art. 23). O quadro mencionará as importâncias dos créditos - e sua classificação - na data do requerimento da recuperação ou liquidação judicial (artigo 23, parágrafo 1).

Os créditos trabalhistas serão pagos prontamente, tão logo haja disponibilidade em caixa. Trata-se de justo reconhecimento ao trabalhador, cujo crédito tem preferência na classificação geral.

6 - Pedido de Restituição

Na liquidação judicial, pode ser pedida a restituição de coisa arrecadada em

poder do devedor (artigo 27). A arrecadação está prevista nos artigos 108 a 111 do Projeto. Na recuperação, pode-se solicitar a restituição de coisa que se encontre com o devedor em virtude de direito real ou de contrato.

A restituição pode ser pedida, ainda que a coisa já tenha sido alienada. Objetiva-se, sempre, a devolução da coisa em espécie. No entanto, se não mais existente (e nem a sub-rogada) ao tempo da restituição, receberá o requerente o valor do bem pelo preço de mercado, apurado em liquidação de sentença.

Se não alienada, é cabível quando a coisa for vendida a crédito e entregue ao devedor nos quinze dias anteriores ao requerimento de sua recuperação ou liquidação judicial.

Cabe, também, a restituição de valores entregues ao devedor em moeda nacional, por força de contrato de câmbio (artigo 75, parágrafos 3º e 4, da Lei 4.728, de 14.07.1965).

Pode ser objeto de restituição tudo o que não se incorpore legitimamente, ou não se deva incorporar, em virtude de lei, ao patrimônio do devedor. Por não serem credores, os interessados recebem o bem de volta ou o equivalente em dinheiro, sem que estejam sujeitos ao respectivo concurso. Esses são considerados "reivindicantes" ou "reclamantes", cujos direitos têm de ser examinados em separado.

Se acolhido o pedido de restituição, haverá, após o trânsito em julgado da sentença, a expedição de mandado para entrega da coisa reclamada no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Se a própria coisa, nem a sub-rogada, existirem ao tempo da devolução, o requerente receberá o equivalente em dinheiro - pelo preço de mercado - apurado em liquidação de sentença. Mas se for negada a restituição, será o requerente incluído no quadro geral de credores na classificação que lhe couber.

7 - Recuperação Judicial

Inova o Projeto ao criar a Recuperação Judicial, que vem a substituir, com diversas modificações, o instituto da concordata. Basta mencionar que, aos seus efeitos, estão sujeitos todos os credores anteriores ao pedido, inclusive a Fazenda Pública, seja qual for a natureza do crédito (artigo 40).

De acordo com o Projeto, recuperação *"é a ação judicial destinada a sanear a situação de crise econômico-financeira do devedor, salvaguardando a manutenção da fonte produtora, do emprego de seus trabalhadores e os interesses dos credores, viabilizando, dessa forma, a realização da função social da empresa"* (artigo 37).

Considera devedor no estado de crise econômico-financeira *"aquele sujeito às dificuldades temporárias do seu negócio, com iliquidez, insolvência ou em situação patrimonial a merecer readequação planejada de sua atividade"* (parágrafo único).

O Projeto confere destaque à função social da empresa, em especial aos elementos produção e trabalho. A preocupação do legislador afigura-se compatível

vel com os interesses de uma sociedade moderna e organizada, mas deve estender-se efetivamente ao crédito, que constitui o pilar da vida econômica. Os interesses dos credores devem estar tão resguardados quanto os dos empregados e empregadores, sob pena de grave deficiência no financiamento e na circulação de produtos. O grau de participação dos agentes financeiros e consumidores no ciclo de produção de bens demonstra a força econômica de uma nação. País desenvolvido prestigia capital, trabalho e produção.

Para aferir a viabilidade da recuperação judicial, considera-se, além de outros, os seguintes aspectos (artigo 38): a) importância social e econômica da atividade do devedor, no contexto local, regional ou nacional; b) mão-de-obra e tecnologia empregadas; c) volume do ativo e do passivo; d) tempo de constituição e de funcionamento do negócio desenvolvido pelo devedor; e) faturamento anual e nível de endividamento da empresa.

É preciso levar em conta, também, o objeto social do devedor e sua capacidade de honrar os compromissos do dia-a-dia.

Constituem, segundo o Projeto, meios de recuperação judicial, dentre outros (artigo 42): a) concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou que vencerem antecipadamente, por força do requerimento de recuperação judicial; b) cisão, incorporação, fusão ou cessão de quotas ou ações da sociedade; c) substituição total ou parcial dos administradores; d) aumento do capital social, que não poderá implicar diluição injustificada da participação dos sócios minoritários; e) arrendamento, de preferência às sociedades cooperativas formadas por empregados da própria empresa, atendendo às exigências de seguro dos bens e outras que o juiz entender necessárias, sem que se caracterize a sucessão de dívidas ou transferência de direitos e obrigações; f) celebração de acordo coletivo de trabalho, inclusive para reduzir salários, aumentar ou reduzir a carga horária dos trabalhadores; g) dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; h) constituição de sociedade de credores; i) venda parcial de bens; j) equalização dos encargos financeiros relativos a débitos de quaisquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto nas legislações específicas que disciplinam a matéria; k) usufruto da empresa; l) administração compartilhada; m) emissão de debêntures, sujeita à condição de aceitação pela maioria em assembléia de credores.

Com a petição inicial deverá o requerente apresentar, dentre outros, o plano de recuperação e o respectivo resumo, com a estimativa do prazo necessário para o seu cumprimento. É exatamente aqui que reside outro ponto vulnerável do Projeto: a não fixação de um prazo máximo para a recuperação judicial. À toda evidência, em caso de comprovada necessidade, tal prazo ficaria sujeito a uma única prorrogação pelo juiz. Mas seria de extrema importância a previsão legal, sob o risco de eternizar-se uma situação cômoda para o devedor, em evidente prejuízo para os credores e interessados.

Certo é que o Ministério Público (mais uma vez, o Projeto silencia quando se tem atribuição inerente à função ministerial) ou qualquer credor podem, antes do processamento da recuperação judicial, impugnar, total ou parcialmente, o plano de recuperação, oferecendo meio alternativo ou requerendo a liquidação do devedor. Após o despacho de processamento, permanecem com atribuição para fazê-lo, porém co-legitimados com o administrador judicial (que faz as vezes do comissário na concordata - artigos 59/68) ou com o Comitê de Recuperação (órgão criado pelo Projeto, que pode ser constituído pelo juiz ante o grau de complexidade do procedimento concursal ou do porte econômico-financeiro do devedor), que são nomeados pelo juiz no referido despacho.

Pode o juiz, diante de impugnação, determinar a realização de laudo econômico-financeiro do devedor, designando, entre interessados que apresentarão suas propostas, um perito para fazê-lo, em prazo não superior a trinta dias, contados da assinatura do termo de compromisso. O laudo deverá conter: a) o estado econômico, financeiro e administrativo da empresa; b) a origem, natureza e gravidade das dificuldades; c) as razões que justificam a aprovação do plano de recuperação ou as que impõem a decretação de sua liquidação judicial; d) havendo rejeição do plano de recuperação pelo administrador judicial, Comitê, credores ou Ministério Público, as razões - se for o caso - pelas quais o plano não impõe aos credores sacrifício exageradamente maior do que o resultante da liquidação judicial.

Não havendo consenso entre os interessados, tem o juiz a faculdade de designar audiência de conciliação com a presença do devedor, do impugnante, do administrador judicial, do Comitê e do Ministério Público. Obtida a conciliação, será homologado o plano de recuperação (artigo 49 e parágrafo único).

Não obtida a conciliação e aceito pelo magistrado o plano, será concedida a recuperação (artigo 50 e parágrafo 2º). Ocorrendo mudança substancial na situação econômico-financeira do devedor, o plano será revisto.

Se rejeitado, o juiz decretará a liquidação judicial.

Prevê o Projeto a possibilidade de o devedor, a qualquer tempo no curso da ação de recuperação judicial, desistir de seu pedido, desde que não se furtando ao cumprimento das obrigações assumidas, ressaltando o total cumprimento dos atos jurídicos válidos firmados no âmbito do processo (artigo 51). O Ministério Público, o administrador, o Comitê ou qualquer credor podem impugnar a desistência quando caracterizada a intenção de fraudar a lei. Trata-se de faculdade concedida ao devedor que, uma vez requerida, impõe rigor em sua apreciação, só podendo ser deferida se comprovada a boa-fé do desistente. Se aceita, não poderá o devedor renovar a ação pelo prazo de 2 (dois) anos a partir do trânsito em julgado da homologação (artigo 51, parágrafo 5º).

Lamenta-se pretenda o legislador autorizar a desistência a qualquer tempo, ainda que em estado avançado o processo de recuperação. De extrema inutilidade a movimentação da máquina judiciária se, ao final do processo, manifesta o agente a vontade de não mais prosseguir. Tem-se, inequivocamente,

incentivo à fraude e burla aos direitos dos credores, além da utilização dos serviços judiciais para fins escusos.

Devem os nobres integrantes do Congresso Nacional atentar para tais fatos, coibindo a desistência após a concessão da recuperação.

Durante o procedimento da recuperação, o devedor poderá ser mantido na administração de seus bens, continuando com seu negócio, apresentando contas demonstrativas mensais, sob a fiscalização do Comitê ou do administrador judicial, salvo quando: a) houver sido condenado, anteriormente, por sentença penal transitada em julgado, por crime cometido em outra recuperação ou liquidação judicial anteriores e qualquer outro crime contra o patrimônio, contra a economia popular e contra a ordem econômica previsto na legislação vigente; b) houver indícios veementes de crime previsto no Projeto; c) existir prova de dolo, simulação ou fraude; d) ter o devedor efetuado gastos pessoais manifestamente excessivos ao seu cabedal social; e) ter o devedor efetuado despesas do negócio ou da empresa injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital, ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas; f) ter o devedor descapitalizado a empresa ou realizado operações prejudiciais ao seu funcionamento regular; g) a critério do juiz, mediante decisão fundamentada, o afastamento se fizer necessário em benefício dos credores e demais interessados; h) retardar ou recusar-se ao cumprimento do plano de recuperação apresentado pelos credores e aceito pelo juiz.

Nesses casos, o administrador judicial assumirá as funções de gerência, passando a ser denominado administrador-gestor, sob a fiscalização do Comitê Judicial. O devedor funciona como seu auxiliar.

O juiz pode, de ofício ou provocado, desde que por motivo justificado, destituir quaisquer dos membros do Comitê ou o administrador judicial. Se caracterizada a ocorrência de prejuízo por ato de má administração ou por violação à lei, podem o Ministério Público (novamente o Projeto silencia quanto à atribuição conferida pela Constituição), o devedor, o novo administrador judicial ou qualquer credor propor ação de responsabilidade civil em face do destituído.

O devedor somente poderá alienar ou onerar bens e direitos de seu ativo permanente depois de ouvidos o administrador, o Comitê e o Ministério Público, com autorização judicial.

Os atos de endividamento praticados pelo devedor durante o procedimento da recuperação, contraídos após a oitiva do administrador, do Comitê e do Ministério Público e mediante autorização do juiz, serão considerados extraconcursais em caso de convalidação em liquidação judicial (artigo 52, parágrafo 2º).

Na recuperação judicial, as Fazendas Federal, Estadual, Distrital e Municipal poderão deferir parcelamento de seus créditos, observada a legislação vigente, em especial a Lei Complementar 101, de 04.05.2000.

Pagos os credores e cumpridas as outras obrigações assumidas pelo devedor, deve este requerer ao juiz, com a oitiva do administrador, comitê, interessados e Ministério Público, seja julgada cumprida a recuperação judicial e extintas as suas responsabilidades, com exceção dos débitos eventualmente renegociados.

Mas, demonstrando-se, no curso da recuperação judicial, a inviabilidade econômica e financeira do devedor ou o descumprimento do plano aprovado, têm o Ministério Público, os credores, o administrador, o Comitê ou qualquer interessado legitimidade para requerer a convalidação da recuperação em liquidação judicial.

A liquidação também pode ser decretada em qualquer momento da recuperação quando: a) ocorrerem prejuízos continuados, com a redução do ativo e aumento significativo do passivo; b) o devedor não demonstrar condições de cumprir o plano e suas eventuais modificações; c) houver atraso injustificado na liquidação das obrigações ou descumprimento dos prazos estabelecidos em relação aos credores, novos fornecedores e terceiros.

Na convalidação, os atos de administração, endividamento, oneração ou alienação praticados durante a recuperação presumem-se válidos. As obrigações deles resultantes são consideradas extraconcursais e serão pagas, tão logo haja dinheiro em caixa.

Feita a convalidação, mas comprovado que o custo da liquidação é incompatível com o ativo do devedor, pode o juiz, ouvido o Ministério Público, determinar o encerramento antecipado do procedimento.

8 - Liquidação Judicial

Cria o Projeto o instituto da *Liquidação Judicial*, que vem a substituir, com diversas modificações, o procedimento falimentar. O tema é tratado no Capítulo V, em onze seções, iniciando-se pelo artigo 77.

No Capítulo seguinte (VI), inaugurado pelo artigo 173, cuida-se do Procedimento Especial da Recuperação e Liquidação Judicial de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

Dispõe o Projeto, no citado artigo 77, que a liquidação judicial do agente econômico será decretada quando:

- I) sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, dívida líquida constante de título executivo que ultrapasse a soma correspondente a 10.000 UFIR (dez mil unidades fiscais de referência), considerado o valor originário;
- II) executado, não paga, não deposita, não nomeia bens à penhora, de dívida líquida e certa;
- III) comprovadamente:

- a) procede à liquidação desordenada de seus ativos ou lança mão de meios ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos;
- b) realiza por atos inequívocos, ou tenta realizar, com o fito de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou totalidade de seu ativo a terceiros, credores ou não;
- c) transfere ou tenta transferir a terceiro o seu estabelecimento, sem o consentimento de todos os credores, salvo se ficar com bens suficientes para solver o seu passivo;
- d) simula a transferência de seu principal estabelecimento, para burlar a legislação, a fiscalização ou prejudicar credores;
- e) dá garantia real a algum credor, sem ficar com bens livres e desembaraçados equivalentes às suas dívidas ou tenta essa prática, revelada a intenção por atos inequívocos;
- f) ausenta-se, sem deixar representante para administrar o negócio, habilitado com recursos suficientes para pagar os credores, abandona o estabelecimento, oculta-se ou tenta ocultar-se de seu domicílio ou da sede do estabelecimento principal de seu negócio.

Observe-se que, assim como na falência, a liquidação judicial pode ser decretada por impontualidade (artigo 77, inciso I) ou ato do devedor (artigo 77, incisos II e III).

Ocorre impontualidade quando o agente econômico não paga no vencimento, sem relevante razão de direito, dívida líquida constante de título executivo judicial ou extrajudicial regularmente protestado, cujo valor originário seja superior a 10.000 UFIR (dez mil unidades fiscais de referência).

O Projeto inova, ao estabelecer um teto mínimo para a decretação da liquidação judicial, o que evita seja desvirtuada a finalidade do instituto, que, não raro, é utilizado como meio de cobrança. Não faz sentido liquidar uma sociedade por dívida inexpressiva.

Ainda que líquidos, não legitimam o pedido de liquidação os créditos que não se possam na mesma reclamar, quais sejam, aqueles previstos no artigo 6º, tratado em momento anterior deste trabalho ¹.

Na decretação por ato do devedor, procurou o legislador manter a quase totalidade das situações estabelecidas no artigo 2º do Decreto-Lei 7.661/45. Excetuando-se a letra "d", inciso III, do artigo 77 do Projeto, todas as demais hipóteses ali previstas constituem reprodução daquele.

Na liquidação por impontualidade (artigo 77, inciso I), deverá o requerente instruir a petição inicial com instrumento representativo da dívida, cujo valor

¹ Ver item 3 deste trabalho.

originário não pode ser inferior a 10.000 UFIR (dez mil unidades fiscais de referência), representado por um ou mais títulos executivos devidamente protestados, acompanhado de certidão de protesto de dois ou mais títulos de credores distintos, tirados contra o devedor no período de 90 (noventa) dias anteriores à data do pedido.

Cria o legislador situação estranha, ao estabelecer traga o requerente, com a inicial, certidão de protesto de dois ou mais títulos de credores distintos, tirados contra o devedor no período de 90 (noventa) dias anteriores à data do pedido. Acaba por descaracterizar a relação singular credor-devedor, exigindo, nos casos de impontualidade, apresente aquele certidão de protesto de dois ou mais títulos por negócios realizados com outros credores. Com essa medida, impede a aplicação de medida justa contra o agente que não honra, no prazo certo, compromissos assumidos com um único credor. Ademais, estimula a impontualidade, eis que somente autoriza a liquidação judicial de pessoa que deva a mais de um credor, em determinado período de tempo.

Para a decretação de liquidação com base no artigo 77, inciso II, o credor instruirá o pedido com certidão expedida pelo cartório onde se processa a execução, ao passo que, para a liquidação com fulcro no artigo 77, inciso III, o requerente especificará na petição os fatos que caracterizam a situação apontada, juntando as provas que tiver e indicando as que pretenda produzir.

O Projeto não prevê a liquidação com fundamento em obrigação provada por conta extraída dos livros comerciais do devedor e verificada judicialmente, como faculta o parágrafo 1º, do artigo 1º, do DL 7.661/45.

Estão legitimados para requerer a liquidação do devedor: a) o próprio devedor; b) o cônjuge sobrevivente, os herdeiros do devedor, o inventariante, o sócio remanescente ou o liquidante; c) qualquer credor, apresentando prova de tal qualidade.

Deferida a petição inicial, concede o Projeto o prazo de 5 (cinco) dias, e não mais 24 (vinte e quatro) horas conforme prevê a Lei de Falências, para o devedor apresentar defesa e, se for o caso, depositar o valor correspondente ao crédito. Se o devedor, ou seu representante legal, não for localizado, far-se-á a citação por edital. Findo o prazo e verificada a revelia, o juiz nomeará curador especial (art. 9º, II, CPC).

O devedor pode alegar quaisquer das matérias relevantes para o não pagamento da dívida, quais sejam: a) a falsidade do título da obrigação; b) a prescrição da obrigação contida no título respectivo; c) a nulidade da obrigação ou do título respectivo; d) o pagamento da dívida; e) a apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação e respectivo rol de credores; f) qualquer outro fato que extinga, suspenda ou não legitime o pagamento do título reclamado.

Nesse caso, o juiz tem a faculdade de conceder prazo de até 10 (dez) dias – e não mais 5 (cinco) – para o devedor prová-la, ouvindo, a seguir, o requerente e

o Ministério Público, com a prolação de sentença.

A decisão que decretar a liquidação judicial conterà (artigo 85):

I) a síntese do pedido, a identificação de devedor e os nomes dos que forem a esse tempo administradores da empresa;

II) fixará o termo legal da liquidação, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias a contar:

- a) do primeiro protesto por falta de pagamento, ou;
- b) do requerimento de recuperação judicial, na hipótese de convalidação desta em liquidação judicial, ou;
- c) do requerimento de autoliquidação judicial formulado.

III) ordenará, na hipótese de pedido formulado por terceiro, que o devedor apresente, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, a relação nominal dos credores, indicando o endereço de cada um, a importância, classificação e natureza dos respectivos créditos;

IV) marcará prazo para os credores declararem seus créditos;

V) ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, remetendo-se os respectivos autos ao juízo universal, com a ressalva das ações que demandem quantia líquida e das reclamações trabalhistas (art. 7º, parágrafos 1º e 3º);

VI) proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do devedor, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial;

VII) determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do devedor ou dos representantes da empresa em liquidação, quando requerida com fundamento em provas que demonstrem a prática de crime definido em lei;

VIII) ordenará à Junta Comercial ou ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas da respectiva Comarca que proceda à anotação da liquidação judicial no registro da firma individual ou da pessoa jurídica, devendo ainda informar o nome dos administradores e responsáveis para as demais juntas comerciais de todo o território nacional;

IX) nomeará o administrador judicial;

X) determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e demais entidades, para que informem a existência de bens e direitos do devedor;

XI) pronunciar-se-á a respeito da lacração do estabelecimento.

O Projeto mantém cinco dos seis incisos do parágrafo único, artigo 14, do Decreto-Lei 7.661/45 (só exclui o inciso II, que dispõe sobre a indicação da hora da declaração de falência), acrescentando outros seis.

Das situações previstas nos onze incisos e três parágrafos do citado artigo 85, convém destacar a possibilidade de retificação, por uma única vez, do termo legal fixado (parágrafos 2º e 3º), o que, a nosso sentir, representa infeliz modificação pretendida pelo legislador, suscetível de afastar a segurança necessária aos procedimentos dessa natureza. Marco de extrema importância no processo de liquidação judicial, do qual a fixação autoriza a adoção de várias providências, o termo legal tem por base dado concreto, nada justificando retificação posterior. Trata-se de grave equívoco, a ser reparado.

De se louvar a intenção do legislador de manter a prisão preventiva do devedor ou dos representantes da empresa em liquidação, quando houver prova da existência de crime e indício suficiente de autoria, uma vez presente qualquer das situações exigidas pelo artigo 312 do Código de Processo Penal.

9- Autoliquidação Judicial

O credor pode requerer a própria liquidação judicial, através de pedido acompanhado, dentre outros, do último balanço patrimonial, da relação dos credores e de seu ativo disponível, comprovando a impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial (artigos 84 e 104/107).

Com a audiência do Ministério Público, o juiz decidirá.

Se o pedido não estiver regularmente instruído, determinará que seja emendado no prazo de 10 (dez) dias, sobrestando-se neste período qualquer pedido de liquidação judicial, enquanto não decidida a autoliquidação. Reconhece o legislador a iniciativa do devedor de postular a sua própria liquidação judicial, dando-lhe preferência na hipótese de concorrer com pedido formulado por credor.

O Projeto concede ao Ministério Público ou a qualquer credor, independente da adoção de medidas urgentes, atribuição para promover as ações visando à responsabilização civil e penal, no intuito de preservar o patrimônio do devedor (artigo 106). A legitimação é conferida não apenas na hipótese de autoliquidação, mas de toda ação de recuperação e liquidação judicial, conforme já assinalado.

10- Efeitos da Decretação da Liquidação Judicial

Além dos já mencionados no artigo 7º do Projeto ², a decretação da liquidação judicial produz os seguintes efeitos: a) vencimento antecipado dos débitos

² Item 3 deste trabalho.

pecuniários do devedor e dos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis, inclusive os administradores; b) suspensão do exercício do direito de retenção sobre os bens sujeitos à arrecadação, os quais deverão ser entregues ao administrador judicial; c) cancelamento do exercício do direito de retirada ou de recebimento do valor das quotas ou ações, por parte dos sócios.

Sujeita, também, todos os credores, que, se não arrolados pelo devedor, deverão promover a respectiva habilitação.

Assim como na falência, os contratos bilaterais não se resolvem pela liquidação e podem ser cumpridos pelo administrador judicial, se este reputar conveniente para a massa. O contratante pode interpelar o administrador, no prazo de até 90 (noventa) dias, contados da assinatura do termo de compromisso, para que, dentro de 10 (dez) dias, declare se cumpre ou não o contrato. A declaração negativa ou o silêncio do administrador confere-lhe direito à indenização, cujo valor, apurado em processo de rito ordinário, constituirá crédito quirografário.

Quanto aos contratos unilaterais, pode o administrador, ouvidos os credores e o Ministério Público, mediante autorização do juiz, pleitear o seu cumprimento, quando julgar conveniente para a massa, realizando o pagamento da prestação pela qual está obrigado e comunicando sua intenção ao outro contratante, no prazo de até 90 (noventa) dias, contados da assinatura do termo de sua nomeação.

É ineficaz em relação aos promitentes compradores, exceto quando houver anuência expressa deles, a constituição de direito real de garantia sobre empreendimento imobiliário, quando as quantias liberadas pelo credor ao devedor não tiverem sido aplicadas diretamente na construção do empreendimento e não corresponderem ao cronograma físico-financeiro. O dispositivo refere-se à hipótese em que o promitente vendedor firma contrato de financiamento - normalmente com garantia hipotecária - para construção de imóvel e emprega a verba em negócio diverso. Fica o promitente comprador resguardado, não produzindo efeitos em seu desfavor a constituição do direito real de garantia, salvo se no ato assentir expressamente.

Ao contrário do que se vê na falência, onde permanece vigente até que seja expressamente revogado pelo síndico, perde seus efeitos o mandato acerca de negócios que interessam à massa, conferido pelo devedor antes da liquidação judicial. Neste caso, cabe ao mandatário prestar contas de sua gestão.

Cessa o mandato ou comissão que o devedor houver recebido antes da liquidação, salvo os que versem matéria estranha a comércio. Considerando-se que as sociedades civis de fins econômicos estão sujeitas à liquidação judicial (artigo 1º), a exceção deveria englobar, também, matéria estranha ao objeto social do devedor.

Como ocorre na falência, as contas correntes com o devedor consideram-se encerradas no momento da decretação da liquidação judicial, verificando-se o respectivo saldo.

O Projeto acolhe dispositivo da Lei Falimentar (artigo 48), nele incluindo os acionistas e, via de consequência, as sociedade por ações, ao dispor que, se o devedor fizer parte de alguma sociedade como sócio solidário, comanditário, cotista ou acionista, para a massa liquidanda entrarão somente os haveres que na sociedade ele possuir e forem apurados na forma estabelecida no contrato ou estatuto social. Se estes nada disciplinarem a respeito, a apuração far-se-á judicialmente, salvo se, por lei, pelo contrato ou estatuto, a sociedade tiver de liquidar-se, caso em que os haveres do devedor, somente após o pagamento de todo o passivo da sociedade, entrarão para a massa. No caso de condomínio de que participe o devedor, deduzir-se-á do quinhão a este pertencente o que for devido aos outros condôminos em virtude do estado de liquidação judicial.

Também reproduz norma da Lei de Quebras, ao vedar a cobrança de juros contra a massa, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal (artigo 26). Excetuam-se os juros das debêntures e dos créditos com garantia real, por eles respondendo exclusivamente o produto dos bens que constituem a garantia. No entanto, a favor da massa correm juros.

Caso o ativo comporte, serão pagos os juros de dívidas vencidas antes da liquidação judicial e dos créditos trabalhistas, mas não os juros estipulados de débitos vencidos com a decretação da liquidação, que devem ser abatidos ou descontados.

Durante o processo de liquidação judicial, fica suspenso o curso da prestação relativa a obrigações de responsabilidade do devedor, tal como se vê no processo de falência (artigo 47).

O sócio ilimitadamente responsável, diretores, gerentes e administradores aos quais a liquidação se estende, não poderão exigir qualquer prestação devida, a que título for, pela sociedade liquidanda.

As massas dos coobrigados em liquidação não têm ação regressiva umas contra as outras.

Autoriza o Projeto que, nas relações patrimoniais não reguladas expressamente, o juiz decida o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, atendendo à unidade, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento aos credores.

11- Efeitos Quanto aos Atos Prejudiciais aos Credores

O Projeto prevê a ação revocatória, em hipóteses assemelhadas às previstas na Lei de Falências. Das oito enumeradas no artigo 52 do Decreto-Lei 7.661/45, reduz para sete as situações que autorizam o ajuizamento da ação, sem cogitar-se da existência de fraude ou de dolo, da intenção ou não de prejudicar credores (artigo 129). Altera parte das que foram mantidas e suprime a descrita no inciso VI do Decreto-Lei, qual seja, *“a restituição antecipada do dote ou a sua entrega antes do prazo estipulado no contrato antenupcial”*. São elas:

- I) o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título;
- II) o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato;
- III) a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa liquidanda receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada;
- IV) a prática de atos a título gratuito, desde 2 (dois) anos antes da decretação da liquidação judicial;
- V) a renúncia à herança ou a legado, até 2 (dois) anos antes da decretação da liquidação judicial;
- VI) os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis, realizados após a decretação da liquidação judicial, salvo se tiver havido prenotação anterior;
- VII) a venda ou transferência de estabelecimento comercial, feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, exceto se, dentro de 30 (trinta) dias, nenhuma objeção fizeram os credores à venda ou transferência que lhes foi notificada; essa notificação será feita judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos.

Dispõe, também, sobre a revocação de atos praticados com a intenção de prejudicar credores, com a prova da fraude do devedor e do terceiro que com ele contratar (artigo 130), reproduzindo, dessarte, o artigo 53 da Lei de Quebras.

Confere ao administrador legitimação para propô-la com exclusividade, nos 6 (seis) meses seguintes à decretação da liquidação. Não o fazendo nesse prazo, poderá também ser ajuizada por qualquer credor.

Por envolver interesses da massa e direitos individuais homogêneos dos credores, é o Ministério Público também legitimado a promovê-la. O artigo 182, parágrafo 1º, do Projeto, ao tratar da ação revocatória na liquidação judicial de microempresa e empresa de pequeno porte, conferiu expressa legitimação ativa ao *Parquet*. E o artigo 137 concede-lhe atribuição para requerer cautelar de seqüestro dos bens retirados do patrimônio do devedor que estejam em poder

de terceiros, como medida preparatória ou incidental da ação rescisória. Ora, se detém legitimação para o acessório, com muito mais razão a tem para o principal.

São legitimados passivos:

- I) todos os que figuraram no ato, ou que por efeito dele foram pagos, garantidos ou beneficiados;
- II) os terceiros adquirentes:
 - a) se tiveram conhecimento, ao se criar o direito, da intenção do devedor de prejudicar os credores;
 - b) se o direito se originou de ato que autorize o ajuizamento da revocatória, sem cogitar-se da existência de fraude ou de dolo, da intenção ou não de prejudicar credores (artigo 129);
- III) contra os herdeiros ou legatários das pessoas ora indicadas.

A ação correrá perante o juízo da liquidação judicial e terá procedimento ordinário, comportando pedido de tutela antecipada ³.

A sentença que julgar procedente o pedido determinará a restituição dos bens à massa em espécie, com todos os acessórios ou valor de mercado, acrescido das perdas e danos.

A massa restituirá o que tiver sido prestado pelo contratante, sob pena de enriquecimento sem causa. Na hipótese de impossibilidade de restituição, será aquele admitido como credor quirografário.

O terceiro de boa-fé tem a faculdade de propor ação de perdas e danos, a qualquer tempo, contra o devedor.

Além de constituir objeto de ação própria, a ineficácia do ato pode ser oposta como defesa em ação ou execução movida contra a massa. A palavra “defesa” tem sentido amplo, englobando a contestação, a exceção, a impugnação, os embargos, dentre outros. Ao contrário do que ocorre na falência (artigo 57), a massa em liquidação não perde o direito de propor autonomamente a ação revocatória.

12- Arrecadação de Bens

Decretada a liquidação judicial e nomeado o administrador, este, após a assinatura do termo de compromisso, acompanhado do oficial de justiça e, se possível, do Ministério Público, efetuará a arrecadação dos bens de forma individualizada ou relacionada, no local em que se encontrem, procedendo à apreensão dos documentos do devedor, lavrando-se, de tudo, auto circunstanciado.

³ A antecipação de tutela está prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, que constitui fonte subsidiária de acordo com o Projeto (artigo 221).

Cabe, portanto, ao administrador arrecadar e inventariar os bens do devedor, elaborando o respectivo auto (de arrecadação), que por ele, pelo oficial de justiça e pelo Ministério Público será sempre assinado, podendo também fazê-lo o devedor ou o administrador da sociedade em liquidação, quando presentes.

Por ser atribuição do administrador, será o Promotor de Justiça, tal como ocorre na falência, convidado a acompanhar o ato, devendo, na impossibilidade de comparecer, conferir posteriormente o que foi arrecadado. A sua ausência não contaminará o ato, que permanecerá existente, válido e eficaz.

Conforme consagrado pela doutrina, *arrecadação* é ato de apreensão judicial. No processo de falência, *inventário* é a relação especificada dos bens arrecadados. Logo, englobará: a) os livros obrigatórios e os auxiliares ou facultativos do devedor; b) dinheiro, papéis, documentos e demais bens do devedor; c) os bens do devedor em poder de terceiro, a título de guarda, depósito, penhor ou retenção; d) os bens indicados como propriedade de terceiros ou reclamados por estes, mencionando-se esta circunstância.

O produto dos bens penhorados, ou por outra forma apreendidos, entrará para a massa. Os bens arrecadados ficarão sob a guarda do administrador ou de pessoa por este escolhida, dentre elas o devedor. Aqueles que não se encontrarem no foro da recuperação ou da liquidação judicial, serão arrecadados mediante carta precatória isenta de custas e com preferência no cumprimento. Os perecíveis, deterioráveis, sujeitos à considerável desvalorização, ou que sejam de conservação arriscada ou dispendiosa, deverão ser vendidos antecipadamente, feitas a arrecadação e avaliação mediante autorização judicial.

O administrador poderá, após elaboração de laudo contendo o valor de mercado, dar em locação ou celebrar outro contrato referente aos bens do devedor, com o objetivo de produzir renda para a massa. A locação ou contratação não atribui direito de preferência na compra, nem poderá importar em disposição total ou parcial dos bens e será celebrada por tempo indeterminado, não prejudicando a alienação, independentemente de sua forma.

Ao contrário do que ocorre na falência, onde a avaliação dos bens arrecadados é feita pelo próprio síndico no auto de arrecadação, na liquidação será feita por perito avaliador, indicado pelo administrador, em laudo próprio.

13 - O Administrador Judicial

Na liquidação judicial, o administrador exerce função semelhante à do síndico na falência. Em suma, compete-lhe, sob a fiscalização do juiz e do Ministério Público, administrar os bens compreendidos na liquidação e exercer as atribuições definidas no artigo 140 do Projeto.

Pode ser pessoa física ou jurídica, de confiança do juiz. Ao aceitar o encargo, assinará termo de nomeação. Exercerá pessoalmente as suas funções, só

podendo delegá-las para atos determinados, com prévia autorização do juiz, ouvido o *Parquet*.

Terá direito à remuneração fixada pelo juiz, com base na qualidade do trabalho realizado e no seu grau de complexidade, não podendo exceder a 5% (cinco por cento) do valor das receitas auferidas pela massa e 10% (dez por cento), no caso de microempresas e empresas de pequeno porte.

Prestará contas de sua gestão, sempre que houver recebimento de receitas, sob pena de destituição. Deverá fazê-lo entre a realização do ativo e o rateio final. Aprovadas as contas, terá sua remuneração. Só poderá transigir sobre créditos e negócios da massa e conceder abatimento com autorização judicial, ouvindo-se sempre o devedor e o Ministério Público.

Responderá civil e penalmente pelos prejuízos causados à massa por sua má administração ou por infração de dispositivo legal. A ação civil pode ser proposta pelo Ministério Público, pelo novo administrador ou qualquer credor devidamente habilitado na liquidação. A penal é exclusiva do *Parquet*, dada a natureza pública incondicionada.

14 - Realização do Ativo e Pagamento aos Credores

A realização do ativo tem o propósito de transformar os bens arrecadados em dinheiro, a fim de satisfazer os credores admitidos na liquidação. Será iniciada após a arrecadação, com a venda dos bens, em leilão público, na seguinte ordem: a) alienação do estabelecimento em bloco; b) alienação de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; c) alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor, caso tenha cessado a exploração do seu negócio, ou de todos eles; d) alienação parcelada ou individual dos bens.

O Projeto autoriza mais de uma forma de alienação, desde que conveniente para a massa, ou em razão de oportunidade. Assim como ocorre na falência, faz-se indispensável a presença do membro do Ministério Público no leilão, sob pena de nulidade.

Ouvidos o administrador e o Ministério Público, o juiz pode homologar qualquer outra forma de realização do ativo, desde que aceita por credores que representem mais de 2/3 (dois terços) dos créditos no valor que lhes caberá em rateio pela avaliação, inclusive com a formação de sociedade de credores ou constituição de sociedade cooperativa formada por trabalhadores da própria empresa, com a participação, se necessária, dos sócios.

Havendo motivo justificado, é facultado ao juiz autorizar outras formas de realização do ativo.

As importâncias recebidas com a realização do ativo servirão para o pagamento dos credores, atendendo à classificação prevista no artigo 12 do Projeto.

Como destacado anteriormente ⁴, os créditos trabalhistas serão pagos prontamente, tão logo haja disponibilidade em caixa. Pagas as remunerações do administrador e de seus auxiliares, o juiz determinará a distribuição do rateio observando a classificação dos créditos, incluídos os que constituam objeto de reserva. Após o pagamento integral dos créditos, as sobras porventura existentes serão restituídas ao devedor.

15 - Extinção das Obrigações

Verificada a prescrição das obrigações de responsabilidade do devedor, que recomeça a correr a partir do dia em que transitar em julgado a sentença de encerramento da liquidação, ou a extinção das mesmas, o devedor, ou o sócio solidário da sociedade liquidanda podem requerer seja declarada por sentença a situação constatada.

As hipóteses que extinguem as obrigações do devedor na liquidação ⁸⁹são as seguintes (artigo 164): I) o pagamento, sendo permitida a novação dos créditos com garantia real; II) o rateio de mais de 40% (quarenta por cento), depois de realizado todo o ativo, sendo facultado o depósito da quantia necessária para atingir esta porcentagem, se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo; III) o decurso do prazo de 05 (cinco) anos, contados a partir do encerramento da liquidação, se o devedor não tiver sido condenado a pena de prisão pela prática de crime previsto no Projeto ⁵; IV) o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contados a partir do encerramento da liquidação, se o devedor tiver sido condenado a pena de prisão pela prática de crime previsto no Projeto.

Os dois primeiros incisos reproduzem situações previstas no artigo 135, I e II, da Lei de Falências.

No inciso III, o Projeto mantém o prazo de 05 (cinco) anos da Lei de Quebras (artigo 135, III), mas ressalva não ter sido o devedor condenado a pena de prisão pela prática de crime previsto em seus artigos 201/210. Dispensa a condição de não condenado por "crime" falimentar, conforme exige o Decreto-Lei 7.661/45. Como é cediço, a prisão é espécie de pena, assim como a restrição de direitos e a multa. Se condenado às duas últimas, pode o devedor obter a extinção das obrigações no prazo de 05 (cinco) anos. Concede, injustamente, benefício ao agente que pratica crime.

Se condenado à pena de prisão, terá o devedor o prazo de 10 (dez) anos para requerer a extinção das obrigações. O inciso IV acompanha, em parte, a Lei de Quebras (artigo 135, IV), que dispõe sobre o mesmo lapso para o "*falido, ou sócio-gerente da sociedade falida, que tiver sido condenado a pena de detenção por crime falimentar*". Volta a beneficiar o devedor, que, condenado à pena de detenção ou reclusão, terá extintas suas obrigações 10 (dez) anos após o encerramen-

⁴ Item 4 deste trabalho.

⁵ Os crimes estão previstos nos artigos 201 a 210 do Projeto.

to da liquidação judicial. Pela atual Lei de Falências, somente o condenado a pena de detenção poderá obtê-la. O falido apenado com reclusão fica excluído do benefício pelo simples transcurso do tempo, salvo se ocorrer a prescrição.

Pelo Decreto-Lei 7.661/45, a extinção das obrigações autoriza que o falido volte a exercer o comércio, salvo se tiver sido condenado ou estiver respondendo a processo por crime falimentar, hipóteses em que só poderá comerciar mediante reabilitação (artigo 138). A condenação por crime falencial, assinala-se, tem como efeito a interdição para o exercício do comércio (artigos 195 e 196).

O Projeto permite que o devedor busque sua reabilitação, fazendo cessar as incapacidades pessoais resultantes da sentença que decretou a liquidação judicial.

16 - Reabilitação do Devedor

Tratada na Lei de Falências como instituto de natureza penal, a reabilitação recebe tratamento diverso no Projeto, passando a integrar o processo de liquidação judicial. Deixa de ser objeto de apreciação do Juízo da condenação (criminal) para deslocar-se como matéria de competência do Juízo da liquidação. Será concedida quando o devedor: a) pagar integralmente os créditos admitidos na liquidação judicial, os juros correspondentes, as dívidas e encargos da massa e as despesas processuais; b) tiver extintas as suas obrigações.

Tem legitimação para requerê-la o próprio devedor, seus herdeiros ou eventuais interessados.

E para contestá-la qualquer interessado.

Com ou sem contestação, o Ministério Público será sempre ouvido, profere o juiz, após, sentença. A reabilitação cessa as incapacidades pessoais do devedor, resultantes da sentença que decretou a liquidação judicial.

Nada obstante, em caso de condenação por crime previsto no Projeto, permanece à disposição do devedor a reabilitação do artigo 93 do Código Penal. É o que dispõe o parágrafo 1º, do artigo 199, do próprio Projeto.

17 - Procedimento Especial da Recuperação e Liquidação Judicial da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte

Dispõe o Projeto, nos artigos 173 a 185, sobre a recuperação e a liquidação Judicial da microempresa e da empresa de pequeno porte, assim consideradas na forma da Lei 9.841, de 05 de outubro de 1999.

De acordo com o artigo 2º, inciso I, do referido diploma legal, considera-se microempresa "*a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que tiver receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais)*".

E o inciso II define empresa de pequeno porte como a "*pessoa jurídica e a firma mercantil individual que, não enquadrada como microempresa, tiver receita bruta*".

ta anual superior a R\$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais) e igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais)“.

Os valores acima mencionados são atualizados com base na variação acumulada pelo IGP-DI ou por índice oficial que venha a substituí-lo.

Não se classificam como microempresa e empresa de pequeno porte a pessoa jurídica em que haja participação: a) de pessoa física domiciliada no exterior ou de outra pessoa jurídica; b) de pessoa física que seja titular de firma mercantil individual ou sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado na forma da citada Lei 9.841/99, salvo se a participação não for superior a dez por cento do capital social de outra empresa cuja receita bruta global anual ultrapasse os limites de que tratam os incisos I e II do artigo 2º.

O item b não se aplica à participação de microempresas ou de empresas de pequeno porte em centrais de compras, bolsas de subcontratação, consórcios de exportação e outras formas de associação assemelhadas.

As sociedades comerciais e civis de fins econômicos, as sociedades cooperativas e as pessoas físicas que exerçam atividade econômica em nome próprio e de forma organizada com o objetivo de lucro, que se incluam nos conceitos de microempresa e empresa de pequeno porte, sujeitam-se à recuperação e liquidação judicial.

Antevendo a possibilidade de crise, têm essas empresas a faculdade de solicitar recuperação judicial mediante apresentação de um plano de recuperação econômico-financeira, que conterà minuciosa análise da atividade e desenvolverá todas as suas etapas, com a possibilidade de pagamento dos débitos da seguinte maneira: a) à vista, com desconto de 40% (quarenta por cento) sobre o valor original, em relação a todas as classes de credores; b) em 12 (doze) meses, com desconto de 20% (vinte por cento) sobre o valor original; c) em 24 (vinte e quatro) meses, hipótese em que o valor original deverá ser integralmente pago.

Se inconsistente o plano ou constatada má-fé ou dolo por parte do devedor no pedido de recuperação judicial, far-se-á a liquidação sumária da empresa.

Acaso consistente e elaborado de boa-fé, ouvidos os credores, o administrador e o Ministério Público, será homologado pelo juiz, tendo o devedor o prazo de até 2 (dois) anos, prorrogável por igual período, para viabilizar sua atividade, sem que possa aumentar gastos ou despesas e contratar empregados, exceto se houver concordância do *Parquet* e autorização judicial. Na demonstração da viabilidade, serão considerados: a) o tempo de constituição da empresa e sua importância social; b) o número de seus empregados; c) a repercussão de sua atividade no seio da comunidade local; d) o tempo de recuperação e a necessidade de recursos; e) a fidelidade do balanço e a integralização do capital; f) conta demonstrativa discriminando as receitas e despesas efetivadas mês a mês.

A cada 4 (quatro) meses, o devedor apresentará em juízo relatório de sua atividade com cópia do balanço ou balancete, do qual terão ciência os credores, interessados, o administrador e o Ministério Público. Não há, por vedação do Projeto, constituição de Comitê de Recuperação.

As dívidas trabalhistas têm preferência sobre os demais credores até o montante de 10.000 UFIR (dez mil unidades fiscais de referência) por empregado, não podendo comprometer mais do que 30% (trinta por cento) do ativo circulante da empresa, sob pena de o juiz fixar o critério de rateio entre os empregados. Eventual saldo remanescente, mantida a sua classificação, será pago ao longo do procedimento.

Os antigos e novos fornecedores do devedor em reorganização farão jus aos seus créditos conforme a capacidade do ativo e a liquidez empresarial, parceladamente.

Se houver manifestação de algum credor comprovando a impossibilidade de prosseguimento da recuperação, o juiz, após a oitiva do devedor, do administrador e do Ministério Público, decidirá pela liquidação, ou não, da empresa.

A decisão que determinar a liquidação da empresa implicará o vencimento antecipado de todas as suas obrigações, com a possibilidade de venda antecipada de seus bens, uma vez comprovados o perigo e o risco de prejuízo para a massa em caso de alienação futura ou dificuldade no depósito.

Durante o procedimento de recuperação, pode o devedor requerer a autoliquidação judicial, juntando o último balanço patrimonial, a relação dos credores e de seu ativo disponível e a prova da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial.

Sendo o pedido de liquidação formulado por credor, será instruído com um ou mais títulos executivos devidamente protestados, acompanhado de certidão de protesto de dois ou mais credores distintos, tirados contra o devedor no período de 90 (noventa) dias anteriores à data do pedido. Os protestos, individuais ou somados, deverão corresponder ao valor de 5.000 UFIR (cinco mil unidades fiscais de referência), incorporando-se ao valor originário da obrigação vencida.

Tem-se a mesma observação feita anteriormente neste trabalho ⁶, quando da análise dos pressupostos para a decretação da liquidação judicial de empresas que fogem à classificação da Lei 9.841/99, no sentido de criar o Projeto situação estranha ao estabelecer traga o requerente certidão de protesto de dois ou mais credores distintos, tirados contra o devedor no período de 90 (noventa) dias anteriores à data do pedido. Acaba por desnaturar a relação singular credor-devedor, exigindo, nos casos de impontualidade, a apresentação de certidão de protesto de dois ou mais títulos por negócios realizados com outros credores. Impede a aplicação de medida justa contra o agente que não honra, no prazo certo, compromissos assumidos com um único credor. Estimula a impontualidade na medida em que somente autoriza a liquidação judicial de pessoa que deva a mais de um credor, em determinado período de tempo.

⁶ Item 8.

Cabível a ação revocatória na liquidação judicial de microempresa e empresa de pequeno porte, no prazo de até um ano do trânsito em julgado da sentença que a declarou, pelas mesmas situações expostas no item 11 deste trabalho. Têm legitimidade para propô-la o Ministério Público, o administrador judicial ou qualquer credor. Não obstante omisso em outras oportunidades, nesta o legislador confere legitimação expressa ao *Parquet*, reconhecendo ser uma de suas atribuições atuar como parte em processo que envolva interesse da massa liquidanda.

Comporta a revocatória pedido de tutela antecipada, na forma do artigo 273 do Código de Processo Civil, para que o bem fique com a massa em depósito judicial, não podendo aliená-lo, exceto se ficar caracterizado o seu estado perecível ou a desvalorização do preço.

Estabelece o Projeto o prazo máximo de quatro anos para o encerramento da liquidação judicial de microempresa e de empresa de pequeno porte, sob pena de responsabilização civil e criminal dos responsáveis, a ser promovida pelo Ministério Público. Vale, aqui, a mesma observação feita no parágrafo anterior, quanto ao acerto no reconhecimento da legitimação conferida ao *Parquet*.

Quanto ao prazo, afigura-se elevado, tendo em vista que atualmente, salvo caso de força maior, a falência deve encerrar-se em dois anos contados da sentença que a decretou (artigo 132, parágrafo 1º). Em se tratando de microempresa e empresa de pequeno porte, pela menor complexidade que naturalmente exsurge, deve a liquidação findar-se em prazo inferior a quatro anos, sob o risco de criar situação injusta para os credores e para o próprio devedor. Evidente que, por motivo de força maior comprovado, tal prazo sujeitar-se-ia à prorrogação.

Falha o Projeto quando deixa de prever, em capítulo próprio, prazo para o encerramento da liquidação de sociedades não classificadas como microempresas e empresas de pequeno porte.

18 - Crimes e Procedimento Penal na Liquidação Judicial

Não obstante faça menção a "*procedimento penal na liquidação judicial*", cria o Projeto tipos penais também para a recuperação judicial. Impõe-se disciplinar o seu rito.

Ao distribuir entre dez artigos as condutas delituosas ⁷, dobra a quantidade em relação à Lei Falimentar, tornando mais graves as sanções cominadas. Age com acerto o legislador não apenas quando cria novos crimes, mas também quando prevê penas adequadas. Pela atual Lei de Falências, toda infração permite a aplicação da "*suspensão condicional do processo*", na forma do artigo 89 da Lei 9.099/95.

⁷ Artigos 201 a 210.

Das infrações previstas no Projeto (e também na Lei de Quebras), nenhuma se classifica como de “menor potencial ofensivo”⁸, desautorizando a aplicação do instituto da transação penal⁹.

A ação penal é pública incondicionada, mas, em caso de inércia do Promotor de Justiça, admite-se ação penal privada subsidiária da pública, que pode ser proposta pelo administrador, Comitê de Recuperação (contradição apontada neste item) ou qualquer credor habilitado.

Não será ela iniciada antes da decretação da liquidação judicial do devedor, que constitui verdadeira condição objetiva de procedibilidade, extinguindo-se com a reforma daquela decisão.

Acompanhada do inquérito judicial, a denúncia será apresentada no juízo da liquidação, que, sendo o caso, fundamentará o seu recebimento, sob pena de nulidade da decisão (Verbete 564, Súmula do STF). O Projeto não prevê o oferecimento perante o juízo criminal, consoante faculta o artigo 94 do Decreto-Lei 7.661/45.

De acordo com jurisprudência consolidada pelos Tribunais Superiores, o inquérito judicial é simples peça informativa de natureza inquisitória, desprovida de rito formal, cujos eventuais defeitos não geram a nulidade da ação penal instaurada.

Recebida a denúncia ou queixa, terá o processo rito comum, atendida a complexidade da causa, aplicando-se os princípios e regras gerais dos Código Penal e de Processo Penal. Atualmente, o procedimento falimentar está disciplinado nos artigos 503 a 512 deste último.

A pretensão punitiva prescreve em 4 (quatro) anos a contar da data em que “deveria estar encerrada a liquidação judicial ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar” (artigo 200). Louvável a intenção do legislador de aumentar o prazo prescricional para 4 (quatro) anos, quando a Lei de Falências estabelece o de dois anos (artigo 199).

Mas, ao contrário do Decreto-Lei 7.661/45, que concede até 2 (dois) anos a contar da sentença de quebra para o encerramento do processo (artigo 132, parágrafo 1º), o Projeto apenas prevê o prazo de 4 (quatro) anos para o término da liquidação especial de microempresa e empresa de pequeno porte (artigo 181), nada dispondo sobre o lapso na liquidação de outras empresas. Convém ao legislador reparar tal omissão, fixando prazo superior a 4 (quatro) anos para o encerramento da liquidação judicial (convém lembrar que se trata de prazo máximo, podendo a liquidação estar encerrada antes do tempo).

Seguindo os termos do Verbete 592, Súmula do Egrégio Supremo Tribunal Federal, o Projeto autoriza expressamente a aplicação das causas interruptivas da prescrição previstas no Código Penal (art. 117).

⁸ Definição no artigo 61 da Lei 9.099/95.

⁹ Definição no artigo 76 da mesma Lei.

Assim como na falência, oficia na ação penal o órgão do Ministério Público que atuar no processo de liquidação.

São efeitos não automáticos da condenação, que devem ser motivadamente declarados na sentença: a) a inabilitação para o exercício de atividade empresarial; b) a incapacidade para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das empresas sujeitas à recuperação ou liquidação judicial; c) a impossibilidade de gerir a empresa por mandato ou gestão do negócio.

Tais efeitos cessarão com a reabilitação do condenado, prevista no artigo 93 do Código Penal. Reabilitar é reintegrar o condenado no exercício dos direitos atingidos pela sentença. Trata-se de reabilitação penal, e não da que constitui matéria de competência do juízo da liquidação, disposta nos artigos 168 a 172 do Projeto ¹⁰.

Não subsiste o prazo de produção dos efeitos - oito anos - cominado no parágrafo 1º, do artigo 199, do Projeto, pois a reabilitação será requerida decorridos dois anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução.

19- Disposições Finais e Transitórias

Nas disposições finais e transitórias, estabelece o Projeto que, na data de sua publicação, a empresa que estiver sob regime de concordata ou falência poderá, dentro de 120 (cento e vinte) dias, requerer sua sujeição à recuperação ou liquidação judicial, quando deverá apresentar o plano de recuperação ao juízo competente. À toda evidência, a incidência do dispositivo dependerá da fase em que se encontra a concordata ou falência, não fazendo sentido sua aplicação quando o processo estiver em estado avançado.

Assinala que a denominação "devedor" também compreende os sócios ilimitadamente responsáveis, diretores e administradores por lei considerados solidários, atingidos pela recuperação ou liquidação judicial.

Dispõe sobre a liquidação judicial das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, ressaltando que a decretação não interrompe os serviços nem a construção das obras necessárias constantes dos respectivos contratos.

Adota como fonte subsidiária o Código de Processo Civil.

Mantém em vigor as disposições do Decreto-Lei 7.661/45 para exclusiva aplicação aos processos de concordata e falência em curso na data de sua publicação, respeitada a faculdade de o devedor sujeitar-se à recuperação ou liquidação judicial.

¹⁰ Item 16 deste Trabalho.

20- Conclusões

O Projeto inova em diversas questões, a começar pela criação da recuperação judicial, que pode ocupar o lugar da concordata, e da liquidação judicial, prevista para substituir a falência.

Ao inovar, deve o legislador levar em conta a realidade financeira, econômica, social e cultural do País. Pouco serve uma legislação avançada se aplicada em País ainda não suficientemente desenvolvido.

No momento, carecem as entidades nacionais de base mínima para uma condizente reorganização de empresas, nos moldes propostos pelo legislador. Imperioso é a modernização das leis, indubitavelmente. Mas não se pode descurar da estruturação das instituições que as fiscalizam.

Faz-se mister a alteração de alguns pontos previstos no Projeto, consoante mencionado neste trabalho.

Credores e devedores devem ter os direitos assegurados de forma justa, atendendo-se para o cumprimento de suas obrigações.

A Teoria Social da Empresa deve ser seguida à risca pelo legislador, de forma a preservar o capital, o trabalho, a produção e a tecnologia, indispensáveis ao desenvolvimento de toda nação.

Como assinala o Professor THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, em parecer sobre o Projeto publicado na Revista *Juris Poiesis*¹¹, deve-se ter “os cuidados necessários para não incorrer em estímulos a empresas que não têm condição de sobrevivência e cuja continuidade irá ainda mais prejudicar os que dela dependem, com a degradação sucessiva de seus ativos e elevação de seu passivo”

Há tempo para as mudanças necessárias.

Janeiro de 2003.

¹¹ THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, parecer publicado na Revista *Juris Poiesis*, número 3, ano 2000, pp. 81/92.

(*) LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES FILHO é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

*Aspectos coletivos das relações de consumo:
interesses transindividuais e o Ministério Público* (*)

MÁRCIO SOUZA GUIMARÃES (**)

SUMÁRIO

Introdução

1. Relações de Consumo

1.1. Consumidor Singular

1.2. Consumidor Coletivo

2. Direitos Individuais e Coletivos

2.1. Direito Individual

2.2. Direitos Transindividuais ou Metaindividuais

2.2.1. Visão Publicista e Visão Social

2.2.2. Paradigma Histórico no Direito Brasileiro

3. Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

3.1. Interesses Difusos

3.1.1. Conceito

3.1.2. Hipóteses

3.2. Interesses Coletivos

3.2.1. Conceito

3.2.2. Hipóteses

3.3. Interesses Individuais Homogêneos

3.3.1. Conceito

3.3.2. Hipóteses

4. O Ministério Público

4.1. O campo de atuação do Ministério Público

4.2. O Ministério Público e a tutela dos interesses do consumidor

4.3. Instrumentos para o desempenho da proteção ao consumidor pelo Ministério Público

Conclusões

Referências Bibliográficas

(*) O presente trabalho obteve segundo lugar no "Prêmio de Estudos Jurídicos Luiz Carlos Cáfaro", instituído pela Fundação Escola do Ministério Público (FEMPERJ) e pelo Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), com apoio do Centro de Procuradores de Justiça (CEPROJUS).

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo a análise do crescimento das relações jurídicas de massa em decorrência de um fenômeno de modificação da economia. O direito tem por finalidade pautar a convivência, resolvendo os conflitos sociais a medida em que forem surgindo, impulsionado sempre pelo binômio anseio social/segurança jurídica. As relações de consumo não se prestam apenas ao alcance do consumidor singular que adquire produtos ou serviços. A realidade é a de que as pessoas consomem em massa, sendo de extrema necessidade o desenvolvimento de um raciocínio jurídico para a tutela coletiva.

Todavia, o consumidor individual, integrante de um grupo de consumidores classificados como coletivos, restará desprovido de força para o enfrentamento de questões de tal envergadura. Nesse contexto, o Ministério Público se apresenta como a instituição que melhor se prestará ao desempenho de tal mister, em razão de seu perfil constitucional.

1. Relações de Consumo

A terminologia empregada para identificar o conjunto de normas que se atém às relações jurídicas de consumo não tem sido das mais felizes - Código de Defesa do Consumidor - , pois não tem por escopo apenas a tutela do consumidor, mas, sobretudo, alcançar o delineamento da política nacional das relações de consumo, como asseverou CRISTIANE DERANI ¹.

Toda sociedade anseia ao progresso e este só é obtido com o incremento da economia, fomentando-se riquezas, acarretando na geração de empregos, aumento da arrecadação de tributos e, via de consequência, alcance de tecnologia que acaba por beneficiar a todos. Para tanto, necessário se faz o regramento dos negócios jurídicos realizados, a fim de que não haja desequilíbrio em nenhum dos fatores desenvolvimentistas. É nesse contexto que o consumidor se insere e será identificado como a parte desprovida de recursos, não financeiros, mas sim instrumentais, como demonstra JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO: "*O consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco*". O autor dessa frase, ao contrário do que possa parecer, não é qualquer consumerista exacerbado. Ao contrário, é o "*pai da produção em série*", ninguém menos que o célebre magnata da indústria automobilística Henry Ford (...)" ². Não obstante a procedência do conceito, não há como se olvidar que a interpretação das regras não pode ser cega em favor do consumidor, devendo ser focado com base na política nacional das relações de consumo, destinada ao meio social em que se insere, a fim de que não se inviabilize o progresso.

¹ DERANI, Cristiane. "Política nacional das relações de consumo e o Código de Defesa do Consumidor". *Revista da Associação Paulista do Ministério Público do Estado de São Paulo* nº 24, dezembro de 1998.

² GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária.

1.1. Consumidor Singular

O conceito de consumidor há muito vem sendo estudado como aquele que figura na ponta da cadeia de produção. A Lei 8.078/90, em seu artigo 2º dispõe que: “*Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*” No mesmo sentido, adota a lei sueca, de 1973, em seu artigo 1º, o conceito como: “*pessoa privada que compra de um comerciante uma mercadoria, principalmente destinada ao seu uso privado e que é vendida no âmbito da atividade profissional do comerciante*”; bem como a lei mexicana, de 1976, no artigo 3º: “*consumidor é quem contrata, para sua utilização, a aquisição, uso ou desfrute, de bens ou a prestação de um serviço*”.

A adoção legal do indigitado conceito tem merecido críticas. Para a identificação do consumidor, numa visão finalista, deve-se adunar ao conceito o critério da vulnerabilidade, restringindo àquele que se utiliza do bem ou do serviço para seu uso próprio ou de sua família. Já para os maximalistas, a Lei 8.078/90 surge como um novo regulamento jurídico para as relações de consumo, alcançando uma gama muito ampla de negócios jurídicos, como, *v.g.*, o médico que adquire um equipamento para a realização de cirurgias em seu consultório ou o advogado que adquire computadores para seu escritório.

1.2. Consumidor Coletivo

Identificado o consumidor individual, necessário se faz o delineamento do consumidor coletivo.

Com o desenvolvimento da tecnologia e principalmente com o aumento das atividades econômicas, as sociedades têm passado por uma transformação em sua estrutura de produção e distribuição. Verifica-se em todo o mundo o fenômeno das fusões e incorporações, de modo que cada vez mais aquelas empresas de médio porte têm se tornado de grande porte em virtude da união ocorrida. Por outro lado, outras empresas de médio porte, inaptas ao crescimento necessário, preferem o enxugamento, isto é, tornam-se pequenas. Já se pode vislumbrar um quadro em que existem muitas pequenas, poucas médias e algumas grandes empresas. A chamada base da pirâmide está muito alargada, com o seu topo baixo. Esse fato acaba por fazer surgir a relação coletiva de consumo.

O consumidor coletivo foi identificado pela Lei 8.078/90, quando o parágrafo único do artigo 2º aduziu: “*Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.*” Como exemplos de coletividade nas relações de consumo, pode-se verificar nos problemas de fabricação de determinado veículo, quando é feito *recall* para que todos os proprietários troquem gratuitamente determinada peça defeituosa de fábrica. Tal idéia já vinha sendo incutida na doutrina desde 1974, no direito

italiano, traduzida pelo conceito de direito metaindividual ou transindividual ³, conceito a ser abordado adiante.

Expostos os conceitos de consumidor singular e consumidor coletivo, de forma ampla, apenas para a fixação do raciocínio, analisemos seus efeitos, sob a égide da tutela dos interesses transindividuais.

2. Direitos Individuais e Coletivos

2.1. Direito Individual

O conceito de direito individual sempre esteve presente no campo jurídico. Atrela-se a uma visão privatística. Determinado sujeito contrai uma dívida com uma entidade creditícia e na data aprazada, diante da impontualidade, intenta-se demanda executiva em que o Judiciário irá subsumir-se à conduta do devedor – o qual deveria ter adimplido voluntariamente –, através do processo de excussão, ingressando em seu patrimônio e retirando quantos bens forem necessários à satisfação do crédito exequendo, levando-os à hasta pública.

A aferição de um direito individual, como leciona RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO ⁴, consiste em examiná-lo sob os ângulos do “prejuízo” e da “utilidade”, “*um acidente automobilístico do qual só resultem danos materiais gerará interesses individuais (ao ressarcimento, ao recebimento do seguro); as situações de que só podem resultar benefício para as partes implicadas (por exemplo, um ato de liberalidade) geram interesses individuais, porque a utilidade do evento se esgota na esfera de atuação dos participantes.*”

Desta feita, parece não haver maior dificuldade em se vislumbrar um direito individual.

2.2. Direitos Transindividuais ou Metaindividuais

2.2.1. Visão Publicista e Visão Social

A origem de tais interesses tutelados situa-se, como já asseveramos, na Itália, quando se vislumbrou o deslocamento do interesse privatístico para um campo em que um número considerável de pessoas fossem titulares de direitos, sejam elas determináveis ou indetermináveis.

No ano de 1977, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ⁵ já lecionava que as relações não mais seriam identificadas por um feixe de retas paralelas, mas por um le-

³ CAPPELLETTI, Mauro. “Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti allá giustizia civile”. *Revista de Processo*, nº 5, 1977.

⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. 5ª ed., São Paulo: RT, 2000.

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A ação popular do Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. *Temas de Direito Processual*, 1ª série. Saraiva, 1977, pp. 110-123.

que de linhas que convergissem para um objetivo comum e indivisível.

Surgiu então a questão da classificação desse novo interesse que não tinha por finalidade alcançar apenas uma pessoa, mas várias, às vezes até não conhecidas e indetermináveis. Seria um interesse privado ou público? Nem propriamente um nem outro.

Os denominados interesses transindividuais estão posicionados entre o público e o privado, na categoria dos interesses sociais, consoante o fenômeno da descentralização social, em que a *sociedade de massa* passa a influenciar na gestão estatal – é a denominada *gestão participativa*. A soberania estatal é limitada pela soberania social. A sociedade de massa passa a interagir nas decisões para a definição dos rumos sociais. Um exemplo, no âmbito das relações de consumo, pode ser alcançado com a possibilidade que determinada pessoa tem de se insurgir contra uma propagação considerada enganosa, sem que aquele que está a reclamar uma solução tenha sofrido qualquer prejuízo dispensada, inclusive, a prova de que consome aquele produto ou serviço.

2.2.2. Paradigma Histórico no Direito Brasileiro

O direito brasileiro, desde 1969, já adotava o conceito de interesse social (*rectius*: transindividual).

A Constituição da República de 1967, com a redação empregada pela Emenda Constitucional nº 1/69, preceituava, no artigo 153, § 31: “*Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.*”. A Lei 4.717/65, que trata da ação popular, regula em seu artigo 1º: “*Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.*”, sendo de registrar que apesar de não estar prevista a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação, há regra imperativa no sentido da assunção do pólo ativo na eventual desistência da ação pelo autor originário, além da sua atuação como *custos legis*. A Lei 6.938/81, disciplinando a proteção ao meio ambiente, já indicava a legitimidade do Ministério Público para perseguição da responsabilidade civil e penal do causador do dano. Já a Lei 7.347/85, ao dispor sobre a ação civil pública, surge como um diploma que tinha por escopo a tutela dos interesses que são o objeto do presente trabalho, com abrangência muito ampla em relação não só aos legitimados à propositura da ação (artigo 5º), mas também ao seu objeto (artigo 1º).

A nova ordem constitucional de 1988 incluiu em seu texto, como princípio fundamental, a cidadania ⁶, erigindo à categoria das garantias individuais, classificadas como cláusulas pétreas, a defesa dos consumidores e a possibilidade do exercício da gestão participativa ⁷. A Constituição Cidadã de 1988, adiante, ao dimensionar a órbita de poder do Ministério Público, confiou-lhe a proteção dos interesses metaindividuais ⁸.

Outras leis adotaram a defesa dos interesses transindividuais, como a Lei 7.853/89, referente às pessoas portadoras de deficiências físicas; a Lei 7.913/89, reconhecendo o interesse dos investidores do mercado de valores mobiliários e a Lei 8.069/90, ao disciplinar o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ademais, a Lei 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, assera, por mais de uma vez, que as relações consumeristas não se restringem àquele indivíduo que se direciona à loja e adquire determinado produto em contraposição ao comerciante que o vendeu. Nesse sentido, a coletividade de consumidores ganha proteção específica ⁹.

E, por derradeiro, a Lei 8.884/94, reconhece que a infração contra a ordem econômica encaixa-se na órbita dos interesses em tela, da mesma forma da recente Lei 9.605/98, com o escopo da proteção ao meio ambiente.

Assim, como se verificou, o ordenamento jurídico brasileiro possui bom sustentáculo positivo para o enfrentamento das questões cada vez mais crepitantes da tutela dos interesses que transcendem o campo individual.

3. Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

Os direitos transindividuais são divididos em espécies: difusos, coletivos e individuais homogêneos, na forma da regra enunciativa do parágrafo único do artigo 81 da Lei 8.078/90; daí a necessidade de análise individualizada de cada qual, a seguir.

⁶“ Art. 1º. 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:

II - a cidadania;”

⁷“ Art. 5º. 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, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

⁸“ Art. 129- São funções institucionais do Ministério Público:

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

⁹“ Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

3.1. Interesses Difusos

3.1.1. Conceito

O conceito positivado pela indigitada regra é o que tem recebido a maior aceitação pelos juristas, como denota JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: "*Los conceptos de "interés difuso" y de "interés colectivo", desde hace mucho empleados por la doctrina, aunque no siempre en forma unívoca, están ahora, entre nosotros, legalmente fijados. Em efecto, el art. 81, párrafo único, de la Ley n° 8.078/90, define ambas categorías(...)*"¹⁰

Assim, nos termos do inciso I do parágrafo único do artigo 81 da Lei 8.078/90: "*I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato,*"

Os direitos difusos são aqueles que se situam na órbita mais ampla, pois será necessário que pela sua natureza sejam indivisíveis, alcançando pessoas indeterminadas e indetermináveis, ligadas tão somente por uma situação fática. Sua amplitude é tão extensa que chega até a se confundir com o interesse público, como na hipótese de propaganda enganosa de determinado produto farmacêutico.

Relevante a diferença realizada por MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA¹¹ entre *determinação e estimativa*: "*A determinação implica em conceito preciso, exato; a estimativa, por seu turno, lida com o critério da aproximação, da probabilidade*". Não sendo possível a determinação matemática das pessoas titulares de determinado direito, alcança-se o requisito da ausência de identificação; nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal¹², em *leading case*, decidiu: "*Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos*".

Os titulares de tal espécie de direitos transindividuais, além de indetermináveis, deverão estar ligados por uma circunstância fática, titulares de direito indivisível, isto é, não estarão unidos entre si, tampouco aos demais, como na definição clássica de relação jurídica, mas sim em decorrência de um fato, como, *v.g.*, a comercialização de um alimento estragado, não se podendo

Art. 29- Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas".

¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "La iniciativa em la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (Un aspecto de la experiencia brasileña)". *Temas de Direito Processual*, 5ª série. Saraiva, 1994, p. 163.

¹¹ DE SOUZA, Motauri Ciocchetti. *Interesses Difusos em Espécie*. São Paulo: Saraiva, 2000.

¹² Tribunal Pleno, RE-163231/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julg. em 26/02/97. DJU: 29-06-01, p. 55.

dizer que cada pessoa tem o direito divisível de consumir alimentos dentro da data de validade.

3.1.2. Hipóteses

A aplicação prática do conceito de interesse difuso, quando levada ao crivo jurisdicional tem suscitado algumas divergências e imprecisões. É nesse contexto que se faz necessária a análise de casos práticos.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ¹³ enfrentou questão patrocinada pelo Ministério Público Estadual, quando este pugnou pela declaração de nulidade de diversas cláusulas abusivas existentes em contratos bancários, adotando decisão no sentido de que se tratava não só de problema relacionado ao réu na demanda – Banco BANESPA –, mas à “população em geral”.

O mesmo inovador e preciso Tribunal, em outra oportunidade ¹⁴, assertou que o Ministério Público: “*está autorizado a investigar e requisitar informações que entender oportunas e convenientes para agir e, assim, promover ações do interesse preventivo, de tutela dos consumidores. No presente caso, sem qualquer sombra de dúvida, estamos diante de um interesse público e difuso, qual seja pretensão de anulação e ajuste de regras adesivas de contratos previamente elaborados e programados pelas instituições financeiras, onde estão inseridas cláusulas leoninas, abusivas, com tratamento não só desigual, mas, via de regra, desfavorável ao consumidor. Os bancos, como prestadores de serviços, especialmente, contemplados no art. 3º, §2º, estão submetidos as disposições do Código de Defesa do Consumidor(...)*”. Não obstante o brilho das decisões, não se acanhando diante das instituições financeiras que infelizmente infringem diuturnamente os direitos de seus correntistas, a questão não se amolda ao conceito de interesse difuso, por ser possível a determinação dos correntistas existentes em cada instituição bancária, face ao sistema informatizado de controle do Banco Central do Brasil.

O Ministério Público do Estado de São Paulo propôs ação civil pública com o objetivo de impugnar o critério de reajuste de mensalidades escolares, quando o Tribunal de Justiça daquele Estado ¹⁵ entendeu que se tratava de interesse difuso, ao passo que, na verdade, está na órbita do interesse coletivo, pois não obstante a dificuldade a ser enfrentada para a aferição dos titulares dos interesses – alunos da rede privada de ensino –, o MEC (Ministério da Educação) possui registros das escolas, as quais também poderão informar quem são os alunos matriculados.

Hipóteses que se amoldam com precisão ao conceito de interesse difuso são: a) propaganda enganosa; b) a negativa por parte de um hotel em hospedar de-

¹³ Apelação Cível nº 196197867, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, julgado em 12/03/98.

¹⁴ Apelação Cível nº 196247647, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Rel. Des. Fernando Bráf Henning Júnior, julgado em 07/04/98.

¹⁵ Ap. Cível nº 102.437-1, rel. Des. Ernani de Paiva.

terminada pessoa, em razão da cor da sua pele ou sua religião; c) a concorrência desleal; d) o monopólio; e e) a comercialização de alimentos ou remédios sem condições de consumo, por estarem deteriorados. Em todos esses casos, tem-se um grupo de pessoas indeterminadas e indetermináveis, pois não será possível saber-se quantas pessoas no país, ou até mesmo no exterior, passaram mal com a ingestão de determinado alimento; ligadas por uma mesma circunstância fática e titulares de direito indivisível - todos têm direito à informação precisa sobre determinado produto ou serviço.

3.2. Interesses Coletivos

3.2.1. Conceito

O interesse coletivo se afigurará também como uma espécie dos direitos transindividuais, com um campo de alcance mais restrito. O inciso II do parágrafo único do artigo 81 da Lei 8.078/90, dispõe: "*interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os 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*".

Os titulares serão pessoas, numa análise perfunctória, indeterminadas, porém determináveis, mesmo que com algum esforço, que façam parte de grupo, categoria ou classe. Além disso, o bem jurídico deve se denotar indivisível.

A indivisibilidade do objeto apresenta-se da mesma forma dos interesses difusos, sendo possível exemplificar com a discussão judicial do aumento de mensalidades escolares, eis que quando o pedido for julgado procedente, beneficiará a todos os alunos da rede de ensino particular.

A determinação dos titulares dos interesses coletivos será alcançada, como já exarado, pela matemática, sendo possível a identificação dos sujeitos integrantes de determinado grupo, categoria ou classe.

Como acentua RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO ¹⁶, os interesses coletivos não surgem com a simples soma de direitos individuais, tampouco com a defesa de interesse pessoal do grupo; trata-se de interesse que ultrapassa esses dois limites, "*ficando afetados a um ente coletivo, nascido no momento em que certos valores individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, se amalgamam no grupo.(...) É preciso, então, que haja um ideal coletivo, uma alma coletiva; é isso que conduz à característica específica*".

3.2.2. Hipóteses

No campo dos direitos difusos a eventual distorção na sua classificação, acarretará na identificação de um direito coletivo, não apresentando proble-

¹⁶ *Op. cit.*, p. 50.

mas práticos. O contrário se dará com os interesses coletivos, pois a tergiversação culminará com a classificação do interesse como individual homogêneo, ingressando em campo controvertido sobre a legitimidade do Ministério Público para a tutela dos interesses homogêneos *indisponíveis*.

O caso das mensalidades escolares, já assinalado ¹⁷, foi objeto de intensa controvérsia jurisprudencial no cenário nacional, tanto que coube ao órgão pleno do Supremo Tribunal Federal a definição da questão, decidindo que se tratava de um interesse coletivo.

Também se amolda ao conceito de interesse coletivo a discussão sobre o aumento de planos de saúde, como reconheceu o Superior Tribunal de Justiça ¹⁸ em ação proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro: *“O debate sobre a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em favor dos consumidores do serviço de saúde prejudicados pela majoração ilegal dos prêmios de seguro-saúde situa-se no campo do Direito Privado. É cabível ação civil pública para requerer a suspensão de cobrança a maior de prêmios de seguro-saúde. Em tal caso, o interesse a ser defendido não é de natureza individual, mas de todos os consumidores lesados que pactuaram com as empresas de seguro-saúde. O Ministério Público Estadual tem legitimidade para propor a ação porquanto se refere à defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, em que se configura interesse social relevante, relacionados com o acesso à saúde.”*

O grupo de pessoas que se unem pela situação fática caracterizada pela aquisição de imóvel pelo SFH (Sistema Financeiro da Habitação), foi reconhecido como detentor de interesse coletivo para discussão de cláusula contratual adesiva, considerada leonina ¹⁹: *“Legitimidade. Ministério Público. Ajuizamento. Ação Civil Pública. Fundamentação. CDC. Hipótese. Existência cláusula abusiva. Contrato. Compra e Venda. Casa Própria. SFH. Objetivo. Defesa direito coletivo, direito difuso, direito individual homogêneo. Irrelevância. Direito indisponível. Caracterização. Relevância. Interesse social”*

Por último, questão que merece análise é a da definição dos interesses dos contribuintes para discussão das questões tributárias. O Superior Tribunal de Justiça tem apresentado entendimento divergente. Acentua MARCOS ANTONIO MASELLI DE PINHEIRO GOUVÊA ²⁰ que *“curiosa é a jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça. Nos autos do Recurso Especial nº168.415, a 1ª Turma proferiu acórdão assentando que “o Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa de contribuintes do IPTU, que não são considerados consumidores”. Causa espécie, porém, que o referido julgado tenha sido deliberado de forma unânime, quando, pouco*

¹⁷ Nota 22.

¹⁸ REsp 286732/RJ (2000/0116464-3), julgado em 09/10/2001, Df:12/11/2001, p.152, Rel. Min. Nancy Andrighi.

¹⁹ STJ. Corte Especial. EREsp 141491/SC; Df: 01/08/2000, p.182. Rel. Min. Waldemar Zveiter.

²⁰ “A legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos”. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, RJ, (11), 2000, pp.199/233.

tempo antes, três dos cinco Ministros que compunham a Turma manifestaram, na condição de relatores de outros recursos (todos julgados unanimemente, frise-se), entendimento diametralmente oposto.”

Como demonstrado, recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça têm asseverado que trata-se de um interesse individual, como pode ser ilustrado no aresto seguinte ²¹ da sua 1ª Turma: “*Ação Civil Pública - Direitos individuais disponíveis - ICMS - ilegitimidade do Ministério Público. A legitimidade do Ministério Público é para cuidar de interesses sociais difusos ou coletivos e não para patrocinar direitos individuais privados e disponíveis. O Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa de contribuintes, que não são considerados consumidores. Recurso provido.*”. A 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça tem o mesmo posicionamento ²².

Sem ingressar na questão do enquadramento do contribuinte como consumidor, por acreditar ser tema para trabalho específico, registrando, apenas, entender desarrazoado o posicionamento jurisprudencial esposado, parece difícil a compreensão dos recentes arestos. Os contribuintes, sem dúvida alguma, integram uma classe; são indetermináveis à primeira vista, mas determináveis, com algum esforço, bem como são ligados por uma relação jurídica comum. Tomando-se por base o tributo IPTU, bastará que o Município de determinada cidade forneça o seu cadastro de contribuintes para que se identifique o grupo, não obstante ser difícil estimar-se o seu número, em uma grande cidade, como a do Rio de Janeiro; essas pessoas estão ligadas por uma relação jurídica base com o fisco, qual seja a de que devem cumprir com as suas obrigações tributárias junto ao erário, submetidas as mesmas regras. Ora, realmente, como enfatizou MARCOS ANTONIO MASELLI DE PINHEIRO GOUVÊA, é de difícil percepção a exclusão dos contribuintes do rol de interesses coletivos, salvo se o mesmo raciocínio jurisprudencial fosse engendrado em relação aos segurados dos planos de saúde ou aos alunos da rede particular de ensino.

3.3. Interesses Individuais Homogêneos

A última espécie de interesse transindividuais é a dos individuais homogêneos, apresentando-se, na maioria das vezes, como o que abrange, na escala desenvolvida, o menor número de titulares de direitos.

3.3.1. Conceito

O inciso III do parágrafo único do artigo 81 da Lei 8.078/90, preceitua que: “*interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.*”

²¹ STJ, 1ª Turma. REsp nº 248.281/SP. Djf: 29/05/2000, p. 127. Rel. Min. Garcia Vieira.

²² STJ, 2ª Turma. AgREsp nº 33.3016/PR. Djf: 18.03.2002, p. 232. Rel. Min. Paulo Medina.

Os titulares de interesses individuais homogêneos são determináveis; o bem jurídico é divisível e são ligados por origem comum. Assemelham-se aos difusos, quanto à origem fática comum e aos coletivos, em relação à determinação dos sujeitos. Contudo, a divisibilidade do objeto os tornará deveras diferente.

Um interesse individual, mesmo que homogêneo, pode ser identificado e tutelado singularmente por seu titular. A possibilidade da tutela coletiva de tais interesses, conferida pelo legislador, tem por escopo facilitar o acesso à justiça, ainda mais em certos casos em que mesmo em se tratando de direito individual, tomará uma feição de proporções vultosas, como a situação verificada em um *recall* promovido por determinada montadora de automóveis; cada proprietário do veículo poderá pugnar do Poder Judiciário uma solução para a peça defeituosa, mas através de uma demanda coletiva em que acarrete na condenação da montadora, havendo uma abrangência maior, indo ao encontro do princípio da economia processual, tão almejado nos dias em que há sobrecarga de processos judiciais.

De outra forma, a possibilidade da tutela coletiva de interesses individuais unguídos por uma mesma situação fática fará com que lesões que seriam insignificantes e de difícil acesso à reparação, possam ser perseguidas, desacreditando fornecedores inescrupulosos. Imagine-se que determinado banco resolveva debitar a quantia de R\$ 0,50 (cinquenta centavos) da conta de cada correntista para, com o produto do ilícito criminal de apropriação indébita, saldar determinada dívida. Provavelmente, poucos correntistas se atreveriam a reclamar judicialmente do desconto, até mesmo porque poucos serão os que os identificarão; sem falar na esfera criminal, a qual dificilmente seria suscitada. Imagine-se qual será o montante alcançado por tal operação fraudulenta! A demanda coletiva se prestará à disciplina de tal situação.

3.3.2. Hipóteses

Quando feita referência aos interesses coletivos, demonstrou-se que a questão do aumento abusivo de mensalidades escolares se encaixava naquela espécie; contudo, como corolário do reconhecimento de que os aumentos foram ilegais, conclui-se que o que foi pago a maior deve ser devolvido aos alunos, momento em que esse direito à devolução do indébito afigurar-se-á como interesse individual homogêneo, como ressalta HUGO NIGRO MAZZILLI²³.

Como já preceituado, o *recall* feito por indústrias para que os adquirentes de determinado produto com vício de fabricação possa ser trocado ou corrigida a falha, também está adstrito ao conceito de interesse individual homogêneo.

Indica MOTAURI CIOCCETTI DE SOUZA²⁴ que " *todos os adquirentes do feijão daquela marca sofreram lesão da mesma natureza e decorrente de origem comum* - a

²³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 53.

²⁴ *Op. cit.*, p. 155.

subtração, em cada pacote do produto, de dez gramas em relação à quantidade devida." Arrematando que "cada uma dessas lesões, em termos econômicos, possuirá mínima expressão – para não dizermos praticamente nenhuma. Não obstante, o produtor, agindo da forma preconizada em cerca de dez mil embalagens, por certo experimentou sensível enriquecimento ilícito." Nesse caso, vislumbra-se que a defesa dos interesses individuais homogêneos de forma coletiva se apresenta de forma não só repressiva, à lesão ocasionada ao consumidor, mas, sobretudo, de maneira preventiva.

Como acima já enfrentado, os interesses dos contribuintes em relação à discussão de tributos não devem ser classificados como individuais homogêneos, mas como coletivos.

Assunto muito ventilado nos Tribunais em passado recente foi o índice de correção da caderneta de poupança quando da edição do chamado Plano Verão (janeiro de 1989), em que o Judiciário decidiu ser devido o percentual de 42,72% (quarenta e dois, setenta e dois por cento). A discussão sobre a existência do crédito encontra-se no plano do interesse coletivo, só que uma vez reconhecida a dívida e o seu percentual, passa-se ao interesse individual homogêneo, em que cada poupador terá direito à sua incidência, nos termos da sua própria situação – saldo na conta de poupança à época. Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça ²⁵.

4. O Ministério Público

O Título IV da Constituição da República, ao dispor sobre a organização dos poderes, insere, em seu Capítulo IV, Seção I, o Ministério Público como instituição permanente, cujo comando constitucional é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, delineando, com precisão, as suas funções institucionais na regra inserta no artigo 129.

Para o cumprimento de seu *munus* constitucional, é necessária a previsão de instrumentos, o que se alcança com o inquérito civil e a ação civil pública, guarnecendo os interesses difusos e coletivos, além dos individuais homogêneos.

4.1. O campo de atuação do Ministério Público

A tendência dos estudiosos sobre o Ministério Público é a de restringir a atuação do *Parquet* às hipóteses em que se vislumbre interesse público e social, diferenciando-se o interesse público primário do secundário. A simples contraposição de interesse público e privado não traduz a necessidade da in-

²⁵ STJ. 4ª Turma. REsp. nº 173.379/SP. DJ.: 25/02/2002, p. 382. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

tervenção ministerial. A definição de RENATO ALESSI ²⁶, bem traduz a diferença: “(...) interesse público compreende o interesse público primário e o secundário: não há confundir o interesse do bem geral (interesse público primário) com o interesse da administração (interesse público secundário), pois este último é apenas o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público.”

As atribuições do Ministério Público, modernamente, são objeto de reflexão pelas chefias institucionais em todo o País, havendo quem se manifeste sobre a necessidade da *racionalização* da sua atuação, fixando-se a discussão na dispensa da intervenção ministerial em determinadas hipóteses como, *v.g.*, em uma separação judicial de pessoas maiores, capazes e sem filhos menores.

O estudo do delicado assunto deve ganhar o seguinte tema: *O Ministério Público e a sua Destinação Constitucional*. Como é cediço, a nova ordem constitucional, pela teoria adotada no ordenamento pátrio – *Teoria da Recepção*, elaborada por HANS KELSEN ²⁷, poderá recepcionar as normas anteriores desde que compatíveis com a *novel* sistemática, consoante asseverado: “*Uma grande parte das leis promulgadas sob a antiga Constituição permanece, como costuma dizer-se, em vigor. No entanto, essa expressão não é acertada. Se estas leis devem ser consideradas como estando em vigor sob a nova Constituição, isto somente é possível porque foram postas em vigor sob a nova Constituição, expressa ou implicitamente(...)*”.

Destarte, todos os dispositivos legais anteriores à Constituição da República devem ser interpretados conforme a Constituição e os posteriores da mesma forma, sob pena de estarem maculados da eiva da inconstitucionalidade, consubstanciado, neste passo, o princípio da supremacia da Constituição ²⁸.

Como indigitado, o Ministério Público tem as suas funções insertas na Constituição da República, incumbindo-lhe, desta feita, atender a tais ditames, os quais, a todo evidente, parecem não se coadunar com a atuação em casos em que não há nenhum interesse público primário, difuso, coletivo ou individual homogêneo, tanto no exemplo já citado de uma separação judicial de pessoas maiores, quanto, *v.g.*, em relação à sua atuação compulsória no mandado de segurança, não se coadunando o raciocínio de que há previsão legal para tanto ²⁹, pois é certo que se trata de dispositivo legal pretérito à ordem constitucional.

Na esteira do raciocínio, os membros do Ministério Público terão condição de concentrar seus esforços no alcance dos anseios da sociedade revelados pela Assembleia Nacional Constituinte de 1988, pois como bem asseverado por SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA ³⁰, o *Parquet* funciona como o *Advogado da Sociedade*,

²⁶ *Sistema istituzionale Del diritto amministrativo italiano*, 1960, pp. 197-8.

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 4ª. ed., Coimbra, Arménio Amado Ed., 1979.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.150.

²⁹ Artigo 10 da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

³⁰ FERREIRA, Sergio de Andréa. *Princípios Institucionais do Ministério Público*. 4ª ed., Rio de Janeiro:Coletânea de Legislação Brasil – Organização Judiciária, 1996, p. 21.

atuando não só na sociedade, mas para a sociedade.

4.2. O Ministério Público e a tutela dos interesses do consumidor

O *Parquet* brasileiro tem uma feição ímpar no cenário mundial, haja vista a sua desvinculação hierárquica da divisão tripartite dos poderes, contando com autonomia não só institucional, mas principalmente de seus membros, no que tange às garantias e prerrogativas^{31 32}. A inamovibilidade é um dos atributos mais importantes, pois é muito fácil e conveniente *transferir* algum investigador quando está incomodando ou, ao revés, *designar* um acusador de exceção para determinado caso; além da irredutibilidade de subsídios que se afigura, também, como importante segurança à pessoa natural que exerce a função de membro do Ministério Público, pois seria muito fácil aviltá-lo financeiramente para que se rendesse a interesses espúrios.

Nesta conformidade, vislumbra-se que o Ministério Público se presta, com perfeição, ao desempenho da função de Advogado da Sociedade, tanto assim é que a Lei 8.078/90, em seu artigo 5º, contém comando determinando a criação de Promotorias de Proteção ao Consumidor: "*Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros: II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público,*".

A atuação do Ministério Público na defesa dos consumidores está adstrita aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, em decorrência do comando constitucional inserto no artigo 127³³ e no inciso III do artigo 129³⁴. Contudo, em decorrência da redação empregada no artigo 127, tentou-se interpretá-lo restritivamente, reservando ao Ministério Público legitimidade apenas para os direitos individuais homogêneos *indisponíveis*. Tal posicionamento não merece prosperar diante da análise do inciso III do parágrafo único do artigo 81 da Lei 8.078/90 e alínea *a* do inciso IV do artigo 25 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - Lei 8.625/93³⁵.

Nesse sentido, a jurisprudência tem se inclinado: "*Ministério Público. Legitimidade ativa. Código de Defesa do Consumidor. Cooperativa habitacional.*

³¹ Inciso I do § 5º do artigo 128 da Constituição da República Federativa do Brasil.

³² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 148.

³³ "Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais *indisponíveis*".

³⁴ III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

³⁵ "Art. 25 - Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e *individuais indisponíveis e homogêneos*." (grifei).

Administração em detrimento dos cooperados apurada em inquérito civil. Precedentes da Corte. 1. Tem o Ministério Público, na forma de vários precedentes da Corte, legitimidade ativa para defender interesses individuais homogêneos, presente o relevante interesse social, assim, no caso, o direito à aquisição de casa própria, obstado pela administração de cooperativa habitacional em detrimento dos cooperados, como apurado em inquérito civil. 2. Recurso especial conhecido e provido”³⁶. Da mesma forma, o seguinte julgado: “*Processo Civil. Ação Civil Pública. Legitimidade ad causam. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública cujo objeto seja a tutela de direitos de adquirentes de apartamentos residenciais. Ressalva do entendimento pessoal do relator, que a restringe à defesa dos interesses individuais homogêneos indisponíveis. Recurso especial conhecido e provido.*”³⁷. Os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul³⁸ e do Rio de Janeiro³⁹ também assim se posicionam.

Para o cumprimento do comando constitucional necessário se fez a elaboração de mecanismos efetivos ao desenvolvimento de seu mister.

4.3. Instrumentos para o desempenho da proteção ao consumidor pelo Ministério Público

Para o desempenho da fiscalização das relações de consumo, não só sob o ponto de vista repressivo, mas sobretudo preventivo e implementador, a Constituição da República dispôs sobre o inquérito civil e a ação civil pública⁴⁰.

O inquérito civil⁴¹, criado pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, é um dos instrumentos mais importantes para a atuação dos membros do Ministério Público na defesa dos denominados interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Trata-se de um procedimento de natureza administrativa inquisitorial, de utilização exclusiva do Ministério Público, carecedor, ainda, de regulamentação legal. Consigne-se que há anteprojeto de lei para discipliná-lo, elaborado por uma comissão instituída pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público⁴².

³⁶ STJ. 3ª Turma. REsp. nº 255.947/SP. DJ: 08.04.2002, p. 209. Rel. Min. Carlos Alberto Direito.

³⁷ STJ. 3ª Turma. REsp. nº 187.668/DF. DJ: 18.03/2002. p. 242. Rel. Min. Ari Pargendler.

³⁸ “Apelação nº 70000077917, julgada em 03/11/1999. Rel. Des. Rejane Maria Dias de Castro Bins.

³⁹ Apelação Cível nº 8432/98. 6ª Câmara Cível. Des. Ronald Valladares.

⁴⁰ Inciso III do artigo 129 da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁴¹ E não inquérito civil *público*, em razão de não haver a contraposição de um inquérito civil *privado*.

⁴² Art. 1º - O inquérito civil é investigação administrativa prévia, de caráter inquisitorial, instaurada e presidida pelo Ministério Público, que se destina a colher elementos de convicção preparatórios para o exercício das atribuições a seu cargo, tais como:

a) a propositura de ação civil pública;

b) a tomada de compromisso de ajustamento de conduta dos causadores de danos a interesses transindividuais;

c) a realização de audiências públicas;

O procedimento de investigação, denominado de inquérito civil, quando instaurado, será presidido pelo membro do Ministério Público e se destinará à colheita de provas para que seja expedida recomendação ao investigado; promovida audiência pública; realizado termo de ajustamento de conduta ou, então, intentada ação judicial, intitulada como ação civil pública. A coercibilidade do instrumento de investigação, além do fato da figura da presidência, está no poder de requisição de informações, ressaltando que o seu não atendimento configura-se crime previsto no artigo 10 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985⁴³.

Corrobore-se que o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, chancelou o posicionamento de que a quebra de sigilo fiscal e bancário pelo Ministério Público, quando se tratar de contas públicas, independe de autorização judicial⁴⁴, o que se aplica, por exemplo, na investigação de serviço público prestado por um concessionário de telefonia fixa.

Não se torna difícil concluir que o inquérito civil é um instrumento de alcance efetivo dos objetivos acoimados, revelado, neste sentido, pela pesquisa realizada por PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO⁴⁵, que: "*em média, para cada duas ações promovidas pelo Ministério Público, uma é precedida de inquérito civil, ou seja, 50 %.(...) Quanto ao resultado, 61,19% dos processos transitados em julgado, precedidos de inquérito obtiveram êxito (...)*".

Já a ação civil pública, denominada desta forma, não está restrita à Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, eis que outros diplomas legais prevêem a ação civil pública, como já visto no item 2.2.2.. Trata-se de uma forma de se levar ao conhecimento do Poder Judiciário o fato investigado, pugnano-se pela sua solução. Não se verifica apenas o Ministério Público como legitimado ativo, contudo, a prática tem demonstrado que a grande maioria das ações civis públicas intentadas tem por autor o *Parquet*⁴⁶.

Diante do quadro fático delineado, identifica-se que o estabilizador do equilíbrio social, comprometido, apenas, com a sociedade – pois sempre foi e será social –, é o Ministério Público a instituição que cada vez mais se insere no cenário nacional como o responsável pela moralização e transparência da atuação dos fornecedores.

d) a expedição de recomendações para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública respeitem os direitos assegurados na Constituição, e a promoção das medidas necessárias à sua garantia;

e) a coleta de elementos de convicção necessários ao exercício de quaisquer outras atribuições a seu cargo.

Parágrafo único. O inquérito civil não é pressuposto processual para o ajuizamento das ações públicas a cargo do Ministério Público.

⁴³ Artigo 10 – Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1(um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitado pelo Ministério Público.

⁴⁴ MS 21.729/DF, Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno.

⁴⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 204.

⁴⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, *op. cit.*, p. 192.

Conclusões

1. As relações de consumo abrangem não só o consumidor, de forma que parece não ser a melhor terminologia para a Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, mas sim Código de Política Nacional das Relações de Consumo.
2. Em decorrência da reestruturação econômica mundial, o consumidor individual vai cedendo ao consumidor coletivo.
3. A relação jurídica clássica credor-devedor, com enfoque à proteção do direito individual, traduzida por um feixe de retas paralelas, está fadada a apresentar-se como exceção. Os interesses da coletividade, representativos de uma sociedade de massa, afigurando-se como feixes convergentes, assumem proporções cada vez mais acentuadas – denominados de direitos transindividuais.
4. Os interesses transindividuais são classificados em espécies: difusos, coletivos e individuais homogêneos, cuja abrangência decresce nessa ordem.
5. O Ministério Público, nos termos da Constituição da República, assumiu feição sem paradigma internacional semelhante, razão pela qual tem, como uma das suas principais funções, a proteção dos interesses transindividuais, incluídos aí os consumidores coletivos, valendo-se de instrumentos de extrema eficácia – ação civil pública e inquérito civil.

Referências Bibliográficas

- ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale Del diritto amministrativo italiano*. 1960.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro. "Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti allá giustizia civile". *Revista de Processo*, nº 5, 1977.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DERANI, Cristiane. "Política nacional das relações de consumo e o Código de Defesa do Consumidor". *Revista da Associação Paulista do Ministério Público do Estado de São Paulo* nº 24, dezembro de 1998.
- DE SOUZA, Motauri Ciocchetti. *Interesses Difusos em Espécie*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FERREIRA, Sergio de Andréa. *Princípios Institucionais do Ministério Público*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Coletânea de Legislação Brasil – Organização Judiciária, 1996.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. *Ação Civil Pública*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

- GOUVEA, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro. "A legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos". *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, RJ, (11), 2000, pp. 199/233.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- JÚNIOR, Nelson Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. 5ª ed., São Paulo: RT, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 4ª. ed., Coimbra, Arménio Amado Ed., 1979.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. 5ª ed., São Paulo: RT, 2000.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 7ª ed., São Paulo: RT, 2001.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. "As investigações do Ministério Público". *Revista da Associação Paulista do Ministério Público do Estado de São Paulo* nº 28, agosto de 1999.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A ação popular do Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos' ". *Temas de Direito Processual*, 1ª série. Saraiva, 1977, pp. 110-123.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A proteção jurídica dos interesses coletivos". *Temas de Direito Processual*, 3ª série. Saraiva, 1984, pp. 173-181.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A Legitimação para a defesa dos 'interesses difusos' no direito brasileiro". *Temas de Direito Processual*, 3ª série. Saraiva, 1984, pp. 183-191.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos". *Temas de Direito Processual*, 3ª série. Saraiva, 1984, pp. 193-220.
- MOREIRA, José Carlos. "La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (Un aspecto de la experiencia brasileña)". *Temas de Direito Processual*, 5ª série. Saraiva, 1994, pp. 163-167.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Ação civil pública e programação da TV". *Temas de Direito Processual*, 6ª série. Saraiva, 1997, pp. 239-254.

(*) MÁRCIO SOUZA GUIMARÃES é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

A tentativa no flagrante provocado

PATRICIA MOTHÉ GLIOCHE BÉZE (*)

1. Introdução

A televisão, o rádio e a imprensa de modo geral vêm mostrando, na esteira do Movimento Lei e Ordem ¹, determinadas situações de flagrante delito que são, na verdade, conseqüências do fato da violência ter se tornado um produto de comercialização. Os estudiosos do Direito, então, devem verificar atentamente estas questões que surgem, em que alguém é levado a praticar crime, sob a alegação de que seria assim “desmascarado”.

Estas situações, mostradas amplamente na imprensa – fazendo crer até que é a única instituição capaz realmente de descobrir os crimes – tem, como pano de fundo, toda uma disciplina que envolve a tentativa, o crime impossível e o flagrante preparado, que estão, de alguma maneira, ligados entre si.

Iniciaremos com algumas considerações sobre a tentativa, passando ao crime impossível e às situações conflitantes que o envolvem para, depois, analisarmos o flagrante provocado e, por fim, concluir sobre os fatos que são empurrados para dentro de cada casa, com o objetivo de que as pessoas acreditem que a solução da criminalidade está na repressão cada vez maior aos crimes.

2. A tentativa

Há, na atualidade, várias questões interessantes quando são estudadas as características do crime tentado. Muito embora a análise principal aqui seja a do flagrante provocado, não é possível deixar de lado algumas noções iniciais sobre a tentativa, até para ser o ponto de partida de toda a explanação.

Em primeiro lugar, não há, em regra, tipicidade da tentativa de crimes definida na parte Especial do Código Penal. A adequação típica da conduta se dá por subordinação mediata, valendo-se da norma de extensão temporal prevista no art. 14, inciso II do Código Penal. Da mesma forma, no que toca à aplica-

¹ Para aprofundamento da matéria: ARAUJO JR, João Marcello de. “Os Grandes Movimentos da Política Criminal de Nosso Tempo – aspectos”. In *Sistema Penal para o Terceiro Milênio – atos do colóquio de Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan. 1991.

ção da pena, a tentativa constitui uma causa especial de sua diminuição, já que o parágrafo único do art. 14 do Código Penal determina que, em regra, a pena deverá ser diminuída de um a dois terços².

Na tentativa, o agente tem dolo na consumação, mas esta não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade. Mas o que poderiam ser as circunstâncias alheias à vontade do agente, que levariam à consumação do crime? Muitas situações, e tantas elas podem ser que não há como enumerar, pois sempre se esqueceria de alguma.

De qualquer forma, o agente sempre está voltado para a consumação e o certo é que sempre erra quanto a ela, restando o delicto tentado. Assim entende EUGÊNIO ZAFFARONI:

“em todas as tentativas os meios acabaram por mostrar-se inidôneos, para produzir o resultado, porque, do contrário, o fato não teria ficado em grau de tentativa.”³

Dentre estas várias circunstâncias alheias à vontade do agente que levam à tentativa, para a análise do crime impossível, interessam aquelas oriundas, como determina a lei, da ineficácia do meio e da impropriedade do objeto.

Não se está querendo dizer, e é bom que fique claro, que toda circunstância alheia à vontade do agente seja obrigatoriamente uma ineficácia do meio ou uma impropriedade do objeto, mas, tão somente, que, dentro do universo de circunstâncias, estas serão estudadas especificadamente porque são os casos que podem levar à caracterização do crime impossível.

3. Crime impossível

O crime impossível, também chamado de tentativa inidônea, tentativa inútil ou quase crime, é disciplinado no art. 17 do Código Penal, que determina que “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime”.

Pela leitura do dispositivo legal, parte da doutrina entende que, no crime impossível, há uma tentativa em que não há punição do agente devido à impossibilidade da ocorrência da consumação. Neste sentido LUIZ RÉGIS PRADO:

“O crime impossível (tentativa inidônea) vem a ser aquele em que, *a priori*, com base em um juízo de

² O critério utilizado pela jurisprudência majoritária para calcular a diminuição da pena do crime tentado é considerar o número de atos executórios praticados.

³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997, p. 697.

previsibilidade objetiva, surge como impossível a produção do resultado delitivo”⁴.

Esta falta de punição é entendida como excludente de tipicidade, ou seja, não seria típica a tentativa se houvesse uma impossibilidade de ocorrência da consumação. São exemplos clássicos da doutrina a tentativa de homicídio por envenenamento com aplicação de farinha em vez de veneno, ou do agente que aciona o gatilho com a arma descarregada, ou ainda as manobras abortivas em mulher que não está grávida, ou, por fim, os disparos de arma de fogo efetuados, com vontade de matar, em cadáver.

Posição interessante é a de EUGÊNIO ZAFFARONI, para quem, no crime impossível, não há sequer tentativa, tendo em vista que a consumação, para ele, não ocorre em razão da inexistência dos elementos necessários para a configuração da consumação. *In verbis*:

“A tentativa é só uma ampliação da tipicidade para abranger uma etapa anterior à consumação, vale dizer, a falta do tipo objetivo da tentativa surge unicamente da antecipação cronológica da proibição que a tentativa implica, mas de modo algum se podem admitir faltas de outra natureza, porque isso implicará que, com a tentativa, se alcancem condutas que não estão tipificadas, como a perfuração do cadáver, deitar-se com o próprio cônjuge, apoderar-se de uma coisa própria, a bestialidade, a necrofilia etc. Em todos esses casos faltará a vida que se queria tirar, a mulher alheia com quem se relacionar, a coisa alheia de que se desejava apoderar, o lucro indébito que se pretendia obter, a pessoa com quem se desejava o acesso carnal, mas estas faltas não obedecerão a uma antecipação cronológica da proibição, própria da tentativa, por razões totalmente diferentes e, por conseguinte, alheias à natureza da limitação que a tentativa produz no tipo objetivo. Estará faltando muito mais tipicidade objetiva do que aquela que a tentativa exige que falte”⁵.

⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 257.

⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Da tentativa – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 4ª edição, p. 71.

Diametralmente oposta é a posição de ROGÉRIO GRECO, para quem, pela redação do art. 17 do Código Penal, deve-se partir do pressuposto que o agente já ingressou nos atos executórios, ou seja, há a tentativa e a consumação não ocorreu por circunstâncias alheias à sua vontade ⁶.

O meio, tratado na lei, é tudo que o agente utiliza para produzir o resultado desejado. Ele é ineficaz quando se torna incapaz de produzir o evento de consumação do crime. O objeto é tudo em que recai a conduta do agente e se revela impróprio se inidôneo a chegar à consumação do crime.

EUGENIO ZAFFARONI entende que meio não deve ser confundido com instrumento do crime, mas seria considerado toda a conduta praticada pelo agente que coloca em prática a causalidade de seu crime ⁷. E completa, ensinando que nenhum meio é absolutamente inidôneo, exemplificando com o açúcar, que é inidôneo para matar por envenenamento, mas é idôneo para atingir a saúde de um diabético ⁸.

Conclui-se, assim, que há casos em que, embora o agente tenha agido com dolo de atingir a consumação - pois o dolo da tentativa é o mesmo do crime consumado - esta é impossível de ocorrer, não havendo, por isso, tipicidade objetiva e, conseqüentemente, punição (nem mesmo em virtude da periculosidade do agente, como determinava a anterior Parte Geral do Código Penal).

Verifica-se claramente a ênfase dada pelo legislador ao resultado danoso, em prejuízo da intenção perseguida.

Havendo, ainda, a consumação do crime, não há que se imaginar o crime impossível onde não há tipicidade nem a título de tentativa.

4. Flagrante provocado

Verifica-se o flagrante provocado quando alguém induz um terceiro a praticar o crime para surpreendê-lo na prática deste. A doutrina e a jurisprudência entendem que esta situação não pode gerar nem a existência de crime nem tampouco ser legítima para configurar um cerceamento à liberdade.

Primeiramente, cabe uma análise quanto à nomenclatura. O flagrante provocado também é chamado de crime de ensaio, crime putativo por obra do agente provocador ⁹, crime provocado ou, ainda, flagrante preparado ¹⁰.

⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 278.

⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Ob.cit.*, p. 80.

⁸ *Idem*, p. 81.

⁹ FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal - parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 253.

¹⁰ Em posição contrária, igualando o flagrante preparado ao flagrante esperado, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal - parte geral*, volume I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 370.

Neste caso, a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal exterioriza a opinião majoritária de que “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. A impunidade decorre do fato de que somente na aparência é que ocorre um crime, “na realidade, o seu autor é apenas o protagonista inconsciente de uma comédia” ¹¹.

CEZAR ROBERTO BITENCOURT trata bem da questão, afirmando que

“no flagrante provocado, o delinqüente é impelido à prática do delito por um agente provocador (normalmente um agente policial ou alguém a seu serviço). Isso ocorre, por exemplo, quando a autoridade policial, pretendendo prender um delinqüente, contra o qual não tem provas, mas que sabe ser autor de vários crimes, provoca-o para cometer um, com a finalidade de prendê-lo. Arma-lhe uma cilada. Isso é uma representação; o agente, sem saber, está participando de uma encenação teatral. Aqui, o agente não tem qualquer possibilidade de êxito na operação (crime impossível)”.

Vale a pena consignar que, embora a polícia use este expediente para efetuar prisões, a cada dia que passa, mais e mais, este artifício está sendo usado pela mídia nos programas em que se deseja a audiência da violência. Repórteres que se passam por vítimas para que a população conheça pessoas que praticam crimes, sendo que esta prática é um nada jurídico, e que não pode levar à punição da pessoa por este fato. Fica então, no ar, uma falsa impressão de impunidade, porque as pessoas praticam o crime e não são punidas.

A impressão é falsa porque só é possível uma punição com provas, com investigação, com devido processo legal, e não simplesmente com uma encenação de crime, ainda que o autor não saiba disso.

O flagrante provocado é, assim, equiparado ao crime impossível, pela ausência de tipicidade em razão de não ser viável a tentativa numa situação em que tudo existe para flagrar o agente no crime em que foi artificialmente levado a praticar.

Não se pode concordar com a opinião de ROGERIO GRECO, *data venia*, para quem, no flagrante provocado, “a total impossibilidade de se consumar a infração penal pretendida pelo agente pode ocorrer tanto no caso de absoluta eficácia do meio por ele utilizado como no de absoluta impropriedade do objeto” ¹².

¹¹ FRAGOSO, Heleno. *Ob. cit.*, p. 253.

¹² GRECO, Luis. *Ob. cit.*, p. 283.

Na verdade, o flagrante provocado é parecido com a hipótese do crime impossível, mas não se identifica como sendo a mesma situação porque é a impossibilidade das circunstâncias criadas que levam à ausência de consumação.

O flagrante provocado não se confunde, no entanto, com o flagrante esperado, onde o agente não é incitado à prática do crime, mas, ao praticá-lo livremente, é surpreendido pela polícia. Neste sentido é a doutrina, conferindo validade ao flagrante esperado.

Esta é a posição de HELENO FRAGOSO:

"a jurisprudência hoje é pacífica no sentido de que não há crime putativo no caso de mera predisposição da autoridade, previamente informada da ação delituosa. Só haveria crime putativo, no caso de flagrante preparado, quando há ação de agente provocador, tornando impossível a efetiva realização do crime" ¹³.

Assim também CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

"o agente, por sua exclusiva iniciativa, concebe a idéia do crime, realiza os atos preparatórios, começa a executá-los e só não consuma seu intento porque a autoridade policial, que foi previamente avisada, intervém para impedir a consumação do delito e prendê-lo em flagrante. Constata-se que não há a figura do agente provocador. A iniciativa é espontânea e voluntária do agente. Há início de ação típica. E a presença da força policial é a 'circunstância alheia à vontade do agente' que impede a consumação" ¹⁴.

Esta também a posição da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"RHC. Concussão. Ilegalidade do flagrante. Prisão efetuada 15 dias após a consumação do crime. Despacho que recebe a denúncia. Desnecessidade de fundamentação. Recurso parcialmente provido.

Consumando-se, o crime de concussão, com a efetiva exigência da vantagem indevida, tem-se a ilegalidade da prisão realizada mais de 15 dias após a consumação do crime, quando do recebimento daquilo

¹³ FRAGOSO, Heleno. *Ob. cit.*, p. 253.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ob. cit.*, p. 370.

que foi exigido, pois tal fato constitui-se em mero exaurimento do delito. Não se cogita da descriminalização prevista na Súm. nº 145/STF para fins de trancamento do feito, pois o crime se consumou antes do flagrante. O despacho que recebe a denúncia prescinde de fundamentação. Recurso parcialmente provido tão-somente para determinar o relaxamento da prisão em flagrante do paciente”¹⁵.

“Habeas corpus. Negativa de autoria. Necessidade de exame aprofundado do conjunto fático-probatório. Flagrante provocado, forjado e preparado. Enunciado nº 145 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Inaplicabilidade às hipóteses de flagrante preparado. Materialidade. Responsabilidade penal. Concessão da ordem.

1. Não demonstrada na luz da evidência, *primus ictus oculi*, a negativa de autoria, deve a questão, por demandar aprofundado exame do conjunto fático-probatório, ser decidida em momento processual oportuno, qual seja, por ocasião da prolação da sentença, refugindo a matéria, pois, da via augusta do *habeas corpus*.

2. Não há confundir flagrante preparado, forjado e esperado. No primeiro, “o agente é induzido à prática de um crime pela ‘pseudo vítima’, por terceiro ou pela polícia, no caso chamado de agente provocador”; no segundo, “os policiais ou particulares ‘criam’ provas de um crime inexistente”; já no terceiro, “a atividade policial é apenas de alerta, sem instigar o mecanismo causal da infração, e que procura colher a pessoa ao executar a infração (...), quer porque recebeu informações a respeito do provável cometimento do crime, quer porque exercia vigilância sobre o delinqüente.” (in *Processo Penal*, JULIO FABBRINI MIRABETE, Editora Atlas, 5ª edição, 1996, páginas 371/373).

3. O enunciado nº 145 da Súmula do Supremo Tribunal Federal não se aplica à hipótese de flagrante esperado.

¹⁵ Publicado no *DJ* em 22/11/1999, p. 164, Relator: Ministro Gilson Dipp.

4. O fato de o réu não ser encontrado com a substância entorpecente não o exime de responsabilidade penal na hipótese de a droga ter sido descoberta previamente por policiais que, retirando-a do ambiente em que originariamente acondicionada, mas aguardando em vigília o retorno do acusado ao local em que depositada, executam sua prisão.

5. Embora caracterizada a justa causa para a ação penal, deve-se desconstituir a prisão cautelar na hipótese de a precipitada apreensão do entorpecente pela polícia excluir a situação de flagrância do crime, rompendo a relação material que une o tóxico ao traficante.

6. Ordem concedida para desconstituir o auto de prisão em flagrante." ¹⁶

Assim também o Supremo Tribunal Federal:

"Crime impossível: inexistência: flagrante preparado de crime de mera conduta já anteriormente consumado: inaplicabilidade da Súmula 145.

Cuidando-se de concussão - crime de mera conduta - que já se consumara com a exigência de vantagem indevida, a nulidade de prisão do servidor quando, dias depois, recebia a quantia exigida, obviamente não torna impossível o delito antes consumado." ¹⁷

"Habeas corpus. Alegações de flagrante preparado e de falta de provas para a condenação.

1. Não configura situação de flagrante preparado aquela em que a Polícia, tendo conhecimento prévio do fato delituoso, vem a surpreender, em sua prática, o agente que, espontaneamente, iniciara o processo de execução' (HC 67.984 - 1. T. - DJ 10.08.90).

2. É pacífica a jurisprudência do S.T.F., no sentido do descabimento de 'habeas corpus' para o reexame de provas em que baseada a condenação.

3. 'H.C.' indeferido" ¹⁸.

¹⁶ Publicado no DJ em 04/02/2002, p. 568. Relator: Ministro Hamilton Carvalho.

¹⁷ Publicado no DJ em 19/05/2000, p. 15. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence.

¹⁸ Publicado no DJ em 19/04/96, p. 11072. Relator: Min. Sydney Sanches.

Assim, verifica-se que a maioria da doutrina e da jurisprudência diferencia o flagrante provocado do esperado, inclusive nas suas conseqüências jurídicas. A posição de ROGERIO GRECO, que equipara as duas espécies de flagrante, é minoritária.¹⁹

Também não se deve confundir o flagrante provocado e o flagrante esperado com o flagrante forjado. Neste caso, o agente inventa uma situação falsa para imputar um crime a uma pessoa. É o caso clássico da Polícia, que coloca dolosamente substância entorpecente num automóvel alegando que encontrou a substância, com o fim de efetuar uma prisão em flagrante com base na Lei de Tóxicos.

Ainda merece ser analisada a situação do agente que provoca um flagrante, mas ao invés de impedir sua consumação, nada faz. Neste caso, como a provocação não impediu a consumação, a disciplina deve ser outra.

O crime, embora provocado, existiu em sua inteireza e quem o praticou deve ser responsabilizado. A questão é: quem provocou o flagrante – e nada fez para impedir a consumação – pode ser de alguma maneira responsabilizado?

O mestre ZAFFARONI enfrenta a questão e tem a posição de que o provocador de um flagrante deve ser punido como instigador de um crime tentado – ainda que não haja crime para o provocado. Assim:

“cabe considerar que a impunidade do agente provocador deixa livre uma forma de ‘investigação’ de delitos bastante discutível, pois, em lugar de investigar policialmente delitos cometidos, trataria de instigar o cometimento de delitos para depois punilos. Semelhantes métodos não têm cabimento num Estado de direito, porque a ética deste impede a degradação da sua imagem, não permitindo que o Estado se valha do crime para a realização da sua justiça”²⁰.

Parece lógico que, havendo o crime consumado, tanto o autor deva responder como o agente provocador. Este agente, na verdade, ao provocar um crime, torna-se garantidor da sua não-ocorrência. A fonte de onde emana a sua posição de garante é o art. 13, § 2º, alínea c do Código Penal porque o agente, ao

¹⁹ GRECO, Rogério. *Ob. cit.*, p. 283: “não vislumbramos, contudo, qualquer distinção que importe em atribuir a tentativa no flagrante esperado e o crime impossível no flagrante preparado. (...) Não importa se o flagrante é preparado ou esperado. Desde que o agente não tenha qualquer possibilidade, em hipótese alguma, de chegar à consumação do delito, o caso será o de crime impossível, considerando-se a absoluta ineficácia do meio por ele empregado, ou a absoluta impropriedade do objeto”.

²⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Ob. cit.*, p. 697.

preparar o flagrante, acaba criando o risco que a consumação pudesse ocorrer. Assim, se puder agir e se omitir dolosamente, passa a ser partícipe do crime que podia e devia evitar e não evitou.

Prática comum, na televisão, a colocação de câmeras ocultas e a provocação do crime. Havendo a consumação, não restam dúvidas de que a preparação não levou ao crime impossível e quem praticou o crime consumado deve responder por ele. E o provocador também, ainda que tenha deixado ocorrer a consumação para demonstrar na televisão como tudo acontece.

5. Hipóteses previstas em leis especiais

A lei de organização criminosa trata ainda de uma situação parecida: o flagrante retardado, ou postergado, ou ainda chamado prorrogado. Esta disciplina só se aplica aos crimes praticados por organização criminosa, ou seja, em princípio, quando há um crime de bando ou quadrilha, que é um crime permanente.

Afirma a doutrina que, se o bando ou quadrilha da organização criminosa estiver praticando crimes, ao invés de haver a prisão em flagrante naquele momento – como, aliás, determina o art. 301 do Código de Processo Penal, sabendo a autoridade policial que depois haverá outro crime, pode deixar para um momento posterior esta prisão, tendo em vista que a quadrilha é crime permanente, com o objetivo de uma melhor colheita de provas. Esta permissão encontra-se no art. 2º, inciso II da Lei 9.034/95. É um caso que pode ocorrer somente no flagrante esperado, e não no flagrante preparado.

Na aplicação da Lei 9034/95, então, é necessário que se trate de organização criminosa e que não haja nenhuma alteração artificial para levar à prática do crime, ou seja, que não seja o caso do flagrante provocado, mas sim do esperado.

Situação ainda parecida é prevista na Nova Lei de Tóxicos, Lei 10.409/2002, em seu art. 33, inciso II, e parágrafo único ²¹, permitindo à autoridade deixar de autuar o traficante ou usuário de substância entorpecente, no caso de inves-

²¹ Lei 10.409/2002: Art. 33. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos na Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que entrem no território brasileiro, dele saiam ou nele transitem, com a finalidade de, em colaboração ou não com outros países, identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II, a autorização será concedida, desde que:

I - sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores;

II - as autoridades competentes dos países de origem ou de trânsito ofereçam garantia contra a fuga dos suspeitos ou de extravio dos produtos, substâncias ou drogas ilícitas transportadas.

tigação internacional. Trata-se de uma forma especial de flagrante prorrogado e de uma hipótese de exceção prevista na lei.

6. Conclusão

O flagrante preparado, ou situações análogas a ele, fazem parte do nosso cotidiano. Basta recordar as extorsões, corrupções, principalmente envolvendo funcionários públicos, em que, no momento da obtenção da vantagem, há prisão em flagrante. Como são crimes formais, a consumação já havia ocorrido quando do constrangimento e da solicitação, não havendo, portanto, em princípio, nem situação de flagrante, ainda mais supostamente preparado.

O flagrante preparado não é válido a configurar um crime, nem tampouco para justificar uma prisão. No entanto, pode e deve ser valorado com cautela pelo juiz se fizer parte de uma investigação a respeito de fato anteriormente praticado, sem qualquer provocação.

Assim, se ocorrerem vários furtos de toca-fitas num determinado condomínio e houver uma investigação, onde há testemunhas que viram o autor do fato – mas não se sabe sua qualificação – é admissível que um flagrante preparado leve a uma pessoa que, ouvida na Delegacia, poderá ser reconhecida e qualificada pelos fatos pretéritos, mas que não poderá ser presa de forma alguma em razão dos fatos objeto da preparação. A provocação do flagrante não constitui prova ilícita, uma vez que esta preparação, por si só, não é criminosa, ainda que não seja desejável num Estado Democrático de Direito.

O flagrante preparado, diante de todo o examinado, só existirá se o crime for tentado. Consumado o delito, afastado está o flagrante preparado.

A colocação de câmeras, por si só, não determina uma preparação de flagrante. Mas algumas situações diferentes podem ocorrer. No caso de uma mãe que avisa ao filho que está colocando câmeras escondidas para comprovar que a babá o agride fisicamente, e pede ao menor para que ele a irrite bastante, está alterando artificialmente a situação que levará a babá a agredir a criança, mas pode ser que, em determinados casos, não se consiga surpreendê-la no flagrante quando ela já consumou a agressão.

Neste caso, ou se entenderá que a câmara não poderia impedir a consumação, para afastar o flagrante provocado – apesar da instalação do equipamento, que só servirá para comprovação do crime consumado – ou se deve entender que a mãe, ao instigar o filho a irritar a babá, é partícipe das agressões.

A primeira opção parece mais correta: embora exista uma alteração da situação normal, não há como impedir a ocorrência da consumação só com a câmara, não sendo, então o caso de se falar em flagrante preparado.

Por fim, é importante consignar o total repúdio à prática do flagrante provocado por parte da mídia, com o objetivo de provar o que não pode ser provado, já que a preparação do flagrante torna aquele fato um “nada jurídico”, ainda que o autor tivesse a intenção de praticar o crime.

7. Bibliografia

- ARAÚJO JR, João Marcello de. "Os Grandes Movimentos da Política Criminal de Nosso Tempo - aspectos". In *Sistema Penal para o Terceiro Milênio - atos do colóquio de Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan. 1991.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal - parte geral*, volume I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.
- FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal - parte geral*. Rio de Janeiro: Forense. 1983.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro - parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Da tentativa - doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 4ª edição.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997.

(¹) PATRÍCIA MOTHÉ GLOCHE BÉZE é Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Mestre e Doutora em Direito pela UERJ.

A legitimidade do Ministério Público para pleitear a antecipação dos efeitos da tutela em prol do incapaz^(*)

SÉRGIO BUMASCHNY^(**)

1. Considerações introdutórias acerca da atribuição ministerial prevista no artigo 82, inciso I, do Código de Processo Civil.
2. Aspectos gerais da antecipação dos efeitos da tutela de mérito.
3. Posição do assunto na doutrina e jurisprudência.
4. Fundamentos da legitimidade ministerial.
5. Desdobramentos práticos da legitimação ministerial.
6. Conclusão .
7. Bibliografia.

1. Considerações introdutórias acerca da atribuição ministerial prevista no artigo 82, inciso I, do Código de Processo Civil

A promulgação da Constituição Federal em 1988, que veio a lume na esteira de todo o processo de redemocratização da sociedade brasileira encetado em finais da década de setenta, alterou substancialmente o cenário político-jurídico nacional, diante da instituição de uma série de direitos e garantias individuais e coletivas, encartados principalmente no rol de seu artigo 5º.

Aliás, tamanha foi a preocupação do legislador constituinte em tornar efetivos tais direitos e garantias que os erigiu em cláusula pétrea, situando-os, de tal sorte, no núcleo insuscetível de qualquer alteração posterior, pelo Poder Constituinte derivado (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF).

Mas, a par da previsão desses cânones fundamentais, alguns dos quais, conforme se abordará oportunamente, assumem especial relevo no tema objeto do presente ensaio - tais como os relativos à inafastabilidade da jurisdição e ao contraditório e ampla defesa -, teve a Constituição Federal de 1988 o relevante papel de sacramentar a nova roupagem institucional do Ministério Público, o qual já se desenhava nos anos anteriores, através da edição de legislações ordinárias esparsas, como, *v.g.*, a própria Lei nº 7.347/85, conhecida como a Lei

^(*) O presente trabalho obteve o 3º lugar no "Prêmio de Estudos Jurídicos Luiz Carlos Cáfaro", promovido pela Fundação Escola do Ministério Público (FEMPERJ) e pelo Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), com apoio do Centro dos Procuradores de Justiça (CEPROJUS).

da Ação Civil Pública. Assim, sem prejuízo das atribuições concernentes à persecução penal, aí se incluindo o salutar controle externo da atividade policial, deu-se a própria constitucionalização da legitimidade ministerial para a tutela dos interesses chamados indisponíveis, destacando-se, nesse contexto, a previsão para a promoção do inquérito civil e da ação civil pública.

Pode-se concluir, à luz de todas as atribuições consagradas nos artigos 127 e 129 da Carta Magna, que o novo perfil constitucionalmente assegurado ao *Parquet* lhe rendeu, sem qualquer exagero, o papel de verdadeiro defensor da ordem jurídica e de todo o grupo social, por meio de múltiplos mecanismos judiciais e extrajudiciais que se lhe puseram à disposição.

Dá se deflui que a exata compreensão da atuação do Ministério Público no âmbito do processo civil, ainda que não o tenha deflagrado na condição de autor da ação, não pode prescindir da aplicação dos princípios e regras constitucionais que, especificamente, se lhe aplicam - a começar pelo próprio rol de atribuições elencadas nos supramencionados artigos da Carta da República -, e bem assim dos próprios dogmas concernentes à função jurisdicional (art. 5º, incisos XXXV e LV).

Na esteira, portanto, de toda a evolução legislativa relativa ao papel do Ministério Público na sociedade brasileira, uma idéia assente na análise de sua atividade no processo civil, conforme se depreende das lições dos estudiosos que se ocuparam do tema, descansa no fundamento da indisponibilidade dos interesses em disputa, quer tenham estes cunho social, quer se revistam de índole puramente individual. Nesse sentido, aliás, é o abalizado entendimento do ilustre autor HUGO NIGRO MAZZILLI, para quem todo o interesse indisponível deve ser fiscalizado pelo Ministério Público, residindo nessa indisponibilidade, pois, a nota marcante de sua intervenção no feito cível, embora não exclusiva ¹.

No que concerne, em especial, ao interesse indisponível de cunho individual, como se dá em relação ao incapaz - objeto específico do presente trabalho -, sustenta ainda o ilustre mestre paulista que, não obstante a recusa de alguns doutrinadores em entrever maior abrangência social em tal atribuição, não se pode negar a conveniência que representa para toda a coletividade a preservação de seus direitos e interesses (ostentem, ou não, cunho patrimonial). Com efeito, não há negar que o incapaz, diante das maiores limitações fáticas e jurídicas a que se sujeita, está a merecer do ordenamento jurídico todo um mecanismo especial de tutela.

Tendo em mira essa premissa fundamental, a saber, a indisponibilidade do direito ou interesse em litígio, mercê da condição individual de seu titular, e sobre a qual não grassam maiores controvérsias, no que diz com a conseqüente

¹ Segundo o autor, há ainda casos em que, embora não se vislumbre a indisponibilidade do interesse discutido no processo, o mesmo é dotado de "suficiente abrangência" ou "larga expressão social", a legitimar, de igual sorte, a intervenção do Ministério Público. HUGO NIGRO MAZZILLI, *Regime Jurídico do Ministério Público*, p. 210.

necessidade de intervenção do Ministério Público no processo civil correspondente, nos termos do que dispõe o artigo 82, inciso I, do Código de Processo Civil, cabe proceder ao exame, ainda que não muito aprofundado, da própria natureza jurídica dessa mesma intervenção. Vale dizer, cumpre analisar a que título o *Parquet* atua no processo quando um dos litigantes ou interessados for incapaz ².

É certo que não há entendimento absolutamente pacificado sobre a questão, bastando mencionar, a título de exemplo, que o ilustre processualista de São Paulo, ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, entrevê na atuação ministerial em razão da presença de incapaz no processo a natureza jurídica de legitimação interventiva assistencial, ou seja, "legitimidade para coadjuvar o incapaz, suprindo eventuais falhas no exercício do direito de demanda ou de defesa" ³. Esse conceito, como se verá, repercutirá no entendimento do referido autor acerca do tema específico objeto deste trabalho.

Todavia, perfilha-se aqui a idéia de que, mesmo em razão da presença de interesses de incapaz na relação processual, a intervenção ministerial se dá a título de *custos legis*.

Mas o dissenso mais significativo acerca do tema, em sede doutrinária, refere-se aos próprios limites das prerrogativas e faculdades processuais cabentes ao Ministério Público, quando atua em razão da presença de incapaz no processo. Assim, parte da doutrina sustenta que, nessa hipótese, pode o Ministério Público, a par de pronunciar-se livremente quanto ao *meritum causae*, interpor recursos mesmo para fins de impugnação de decisões favoráveis ao incapaz, cuja presença na lide, precisamente, rende ensejo à sua intervenção no feito. Essa é a posição defendida por JOSÉ FERNANDO DA SILVA LOPES, para quem é sempre o interesse público que informa a condição de *custos legis* do *Parquet* ⁴.

Entretanto, outra respeitável corrente, embora ressalve que, nessa qualidade de *custos legis*, pode o Ministério Público pronunciar-se livremente quanto ao mérito da causa - inclusive para opinar no sentido da rejeição do pedido formulado pelo incapaz, ou do acolhimento do pedido formulado contra este - e bem assim opinar no sentido do desprovimento de seu recurso, ou do provimento do recurso interposto pela parte contrária, restringe-lhe algumas faculdades processuais, mormente para fins recursais. Tal orientação estriba-se no argumento de que, conquanto atue na condição de fiscal da lei nos processos

² Tenha-se em mira que a intervenção ministerial no processo civil pelo fundamento do art. 82, I, do CPC, justifica-se tanto na hipótese de um dos litigantes ser incapaz como também se houver um interessado que ostente tal condição, sem que necessariamente seja parte na relação processual. É o exemplo do espólio, em se tratando de sucessão em que haja herdeiros menores. Estes não são, em rigor, parte, condição restrita ao espólio, mas ao menos interessados, o que rende ensejo, do mesmo modo, à intervenção do Ministério Público no processo.

³ ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, p. 223, e *Tutela Antecipada*, p. 513.

⁴ JOSÉ FERNANDO DA SILVA LOPES, *O Ministério Público e o processo civil*, pp. 48/49.

em que haja incapaz, não poderia o *Parquet* postular a reforma de uma decisão, que a despeito de lhe parecer injusta, se mostra favorável àquele, sob pena de acabar exercendo atos de impulso processual em prol de parte maior e capaz, em relação à qual inexistente respaldo jurídico-institucional para atuar.

Esse é o entendimento sustentado por PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO. Aliás, preciso parece ser o seu magistério, ao ressaltar que, abstraída qualquer adjetivação da atuação do Ministério Público como fiscal da lei, por impertinente – fiscal imparcial ou fiscal assistente⁵ –, pode o respectivo órgão interpor recurso sempre que se tratar de decisão nula, ou seja, maculada por *error in procedendo* (na medida em que, em última análise, lhe incumbe, sempre, velar pela correta aplicação da lei, inclusive a processual) ou, já no âmbito do direito material, em face de decisão injusta que contrariar os interesses do incapaz cuja presença determinara a sua intervenção.

À luz dessas considerações preliminares, algumas observações já se podem extrair e doravante serão invocadas como fundamentos das idéias sustentadas no presente ensaio.

Diante da presença de interesses de incapaz no processo, é obrigatória a intervenção do Ministério Público no feito civil, em que velará pela validade da relação jurídico-processual e pela própria garantia do equilíbrio das forças dos litigantes, antes comprometido pelas naturais limitações impostas pela condição da parte incapaz, de molde a assegurar a plena observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Tudo isso sem se olvidar que lhe cabe, também, buscar a verdade real e a conseqüente realização da plena justiça. É-lhe possível, de tal sorte, participar ativamente da instrução probatória, podendo requerer a mais ampla produção de provas, a par de suprir lacunas e deficiências vislumbráveis na defesa técnica do incapaz, de que são exemplos, aliás nada infreqüentes nas causas cíveis, o não arrolamento de testemunhas e o não oferecimento de quesitos, nas hipóteses de petições iniciais omissas quanto a tais pontos, em ações de rito sumário.

Dita intervenção encontra previsão não apenas na norma contida no artigo 82, I, do CPC, como também, e principalmente, nas normas constitucionais aplicáveis ao Ministério Público e à própria jurisdição, assumindo relevo, nesse aspecto, o fundamento da indisponibilidade dos interesses do incapaz (art. 127 da CF). No relevante desempenho desse seu mister, o *Parquet*, sem jamais se despir da condição de *custos legis*, como já assentado, pode opinar livremente quanto ao mérito da causa, mesmo contra os interesses do incapaz, estando apenas mais limitado quanto ao exercício de sua faculdade recursal, sendo-lhe interdito, à minguada de interesse, impugnar a decisão que, no plano do direito material, se afigure favorável ao incapaz.

⁵ Vislumbra-se aqui uma divergência de entendimento entre o referido autor e HUGO NIGRO MAZZILLI, sustentando este que a natureza jurídica da intervenção ministerial em feitos em que haja interesses de incapazes é de assistência, o que é refutado por PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, para quem tal intervenção não perde a qualidade de *custos legis*. PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*, p. 12.

2. Aspectos gerais da antecipação dos efeitos da tutela de mérito

Um dos institutos mais relevantes criados pela primeira grande reforma por que passou o Código de Processo Civil, nos anos de 1994 e 1995, num processo capitaneado, especialmente, pelo eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira, e pelo não menos ilustre Athos Gusmão Carneiro - àquela época também membro daquela Colenda Corte Superior -, foi a chamada antecipação dos efeitos da tutela de mérito, ou simplesmente tutela antecipada ⁶, disciplinada no novo artigo 273 do estatuto processual.

Sem nenhuma dúvida, o instituto em questão é um daqueles que mais encarnam o espírito e a finalidade que nortearam a reforma do estatuto processual, em que se buscou alcançar a verdadeira efetividade do processo, enquanto instrumento de realização da justiça e de tutela dos direitos materiais, cumprindo-se, assim, a própria garantia constitucional (e não uma mera promessa, ou um conselho político) do acesso à jurisdição. Com efeito, a reforma operada tinha por escopo eliminar os pontos ainda existentes de obstaculização do processo, que sempre importaram na morosidade da entrega da prestação jurisdicional, tudo em evidente prejuízo à proteção dos direitos subjetivos e, em última análise, ao próprio prestígio do Poder Judiciário.

Assim, a fim de evitar, principalmente, a incidência dos efeitos negativos provocados pelo considerável lapso temporal decorrido entre a propositura da ação e a prolação da sentença de mérito, era necessária a criação de tutelas jurisdicionais diferenciadas que, contrapondo-se aos procedimentos tradicionais, consistiriam na reunião de procedimentos estruturados a partir de peculiaridades ditadas pelas próprias situações substanciais. Vale dizer, a tutela jurisdicional diferenciada - de que é exemplo marcante a tutela antecipada, assim como a própria ação monitória, também instituída pela primeira reforma do Código -, consiste numa técnica legislativa engendrada para se adaptar a qualquer situação de direito material discutida no processo, por mais peculiar que esta seja, devendo a referida tutela guardar plena correspondência com cada direito violado, ao escopo de protegê-lo de maneira efetiva.

Muito embora não seja o objetivo do presente ensaio a análise aprofundada do instituto da tutela antecipada de mérito, aliás também regulada no artigo 461, § 3º, do CPC, no que diz com as chamadas obrigações de fazer e de não fazer, cumpre tecer ligeiras considerações acerca do tema, à luz dos dispositivos que a disciplinam, como etapa imprescindível às conclusões que se procurarão sustentar, mais adiante.

Desse modo, vige um certo consenso entre os renomados processualistas que se ocuparam do tema, no sentido de que a tutela antecipada consiste num

⁶ No que concerne à questão da nomenclatura, por ora o texto empregará as expressões indistintamente, até o ponto do trabalho em que seja imprescindível precisar-lhes as diferenças essenciais.

provimento jurisdicional, fundado em cognição sumária, através da qual se permite ao demandante o imediato desfrute do direito material alegado, antes mesmo da prolação do provimento definitivo, este decorrente de uma cognição exauriente, que expressamente o declare. Reveste-se a tutela antecipada, portanto, de inegável cunho satisfativo, na medida em que, ao contrário da tutela cautelar, que visa fundamentalmente a preservar a eficácia de outro processo – de conhecimento ou de execução, ditos principais –, viabiliza o imediato exercício do direito material cuja tutela o demandante postula ⁷.

No que concerne aos requisitos da medida, também não mais parecem persistir maiores controvérsias em âmbitos doutrinário e jurisprudencial, exigindo-se, para o seu deferimento, a probabilidade de existência do direito material, consubstanciada na expressão legal “prova inequívoca da verossimilhança da alegação” (art. 273, *caput*, CPC).

É certo que ainda se observa alguma divergência em relação à terminologia a ser atribuída a esse requisito, entendendo alguns processualistas, como ALEXANDRE FREITAS CÂMARA ⁸ e ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO ⁹, tratar-se do próprio *fumus boni iuris*, enquanto outros, como CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ¹⁰, negam tal nomenclatura. Todavia, o aspecto que realmente sobreleva é que, quanto ao próprio conteúdo do requisito, em si mesmo, a doutrina é pacífica ao exigir a probabilidade (quase certeza) do direito alegado, e não a sua mera aparência.

Sem prejuízo desse pressuposto, reclama a lei processual, alternativamente, o fundado receio de que esse direito, de existência quase certa, sofra lesão grave de difícil ou impossível reparação – o que nada menos representa do que o *periculum in mora* (art. 273, I, do CPC) – ou, então, o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, nos termos do artigo 273, inciso II, do mesmo diploma, hipótese em que assume especial relevo o caráter sancionatório da medida em comento.

A tais pressupostos alia-se, também, um de natureza negativa, consistente na inexistência de perigo de irreversibilidade da medida antecipada, requisito esse que, acertadamente, vem sendo interpretado *cum grano salis* pela doutrina e jurisprudência, no sentido de permitir o deferimento da tutela antecipatória ainda que isso importe num efeito irreversível, desde que o seu não deferimento conduza a uma situação igualmente irreversível, porém mais grave e preju-

⁷ Na esteira da previsão genérica do instituto da antecipação de tutela, a doutrina processualista também concluiu, de modo uniforme, que cessaram as próprias razões que antes justificavam a hipertrofia do processo cautelar, diante da então costumeira invocação das “cautelares satisfativas”, verdadeira contradição em termos, já que, ou bem se cuida de uma tutela cautelar, destinada a preservar a eficácia e utilidade de outro processo, no qual, afim, se tutelará o direito material invocado pela parte, ou bem se trata de tutela satisfativa, como o é a regulada no artigo 273 do CPC, eis que prevê diretamente tal direito material, viabilizando o seu imediato exercício.

⁸ ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lineamentos do Novo Processo Civil*, p. 68.

⁹ *Op. cit.*, pp. 384/385.

¹⁰ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A Reforma do Código de Processo Civil*, p. 143.

dicial. Trata-se de invocar, nesse particular, o próprio princípio da proporcionalidade, segundo o qual se deve prestigiar, entre dois interesses em conflito, aquele que se afigura mais relevante e, portanto, mais digno de tutela pelo direito ¹¹.

Já abordados, assim, os aspectos gerais pertinentes ao instituto da tutela antecipada de mérito, cabe, no tópico que segue, analisar as correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema objeto do presente ensaio.

3. Posição do assunto na doutrina e jurisprudência

Não havendo motivos para qualquer controvérsia acerca da viabilidade jurídica de o Ministério Público postular a antecipação de tutela quando ajuíza, ele mesmo, a ação civil, seja como legitimado ordinário, seja como legitimado extraordinário - hipótese em que, como cediço, em nome próprio pleiteia a tutela de interesse alheio -, toda a dificuldade reside, ao menos aparentemente, caso atue como *custos legis* e, em especial, nas demandas em que se tenham configurado interesses de incapaz.

Incipiente ainda é o material doutrinário a respeito do tema em análise, havendo poucos processualistas que, em suas respectivas obras, a ele tenham se referido, ainda que não expressamente. Entre aqueles que o fizeram, vislumbra-se uma predominância do entendimento que nega a legitimidade ministerial.

Assim, o primeiro argumento invocado é o de que, atuando como fiscal da lei, seria o Ministério Público "sujeito imparcial do processo". Nesse sentido é o entendimento já sustentado por ALEXANDRE FREITAS CÂMARA ¹².

Mas, o fundamento mais largamente difundido para chegar-se à mesma conclusão, e que, em rigor, tem vinculação com o primeiro, reside na consideração de que, à luz do próprio texto legal que disciplina o instituto em apreço, o seu requerimento é restrito à parte que deduz uma pretensão no processo. Nesse ponto, vários são os doutrinadores que, sem adentrar diretamente na análise da legitimidade ministerial para requerer a antecipação da tutela em favor do incapaz, deixam entrever, de qualquer sorte, essa impossibilidade, por restringi-la ao demandante a quem a medida aproveita. Mencionem-se, nesse grupo, ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS ¹³, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ¹⁴, JOSÉ FREDERICO MAR-

¹¹ Mencione-se o já clássico exemplo da necessidade de transfusão de sangue em criança cujos pais, por motivos de convicção religiosa, vinham se negando a submetê-la ao procedimento. O deferimento da medida antecipada implica numa situação de efeitos irreversíveis, como irreversíveis - e infinitamente mais graves e nocivos - também o são os efeitos de sua não concessão.

¹² ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lineamentos do Novo Processo Civil*, p. 64, e *Lições de Direito Processual Civil*, p. 387.

¹³ ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 313.

¹⁴ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro*, p. 87.

QUES¹⁵, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹⁶, OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA¹⁷, VICENTE GRECO FILHO¹⁸ e PAULO AFONSO BRUM VAZ¹⁹, o qual sintetiza o pensamento geral ao ressaltar que só pode pleitear a tutela antecipada a parte que assume a posição ativa no processo, o que abrange não só o autor, como também o litisdenunciante, o oponente e o próprio réu (este quando reconvinde ou, ainda que não ostente tal condição, se se tratar de uma ação dúplice).

Merece especial destaque a posição sustentada por ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, que conclui de maneira enfática pela falta de legitimação do *Parquet* para postular a medida antecipatória, pois que “não exerce direito de demanda, mas apenas assistência parecida com a litisconsorcial”, assim podendo, quando muito, sugerir-la ao incapaz²⁰. Aliás, ainda que se tratasse da condição de fiscal da lei - negada pelo referido autor na hipótese prevista no artigo 82, I, do CPC -, sustenta ele falecer, de qualquer sorte, legitimação ao *Parquet* para postular a medida, pela mesma razão, qual seja, a de não exercer ação, sob pena de “desvio flagrante de sua missão institucional”²¹.

Em suma, a posição majoritária da doutrina inclina-se no sentido de negar legitimação ao Ministério Público para requerer a antecipação da tutela em prol do incapaz, por restringir tal faculdade à figura do titular da posição ativa do processo. De resto, essa orientação pareceria, à referida corrente, mais consentânea com os próprios princípios dispositivo e da inércia da jurisdição, consagrados nos artigos 2º e 262, ambos do Código de Processo Civil.

Reconhecendo, todavia, a legitimação ministerial, podem-se mencionar ATHOS GUSMÃO CARNEIRO²², SERGIO BERMUDES²³, LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA, EDUARDO TALAMINI²⁴ e NELSON NERY JÚNIOR, esclarecendo este último que, nessa hipótese, o Ministério Público não estará “fazendo pedido em sentido estrito, mas apenas pleiteando seja concedida a antecipação dos efeitos da sentença: o pedido já foi deduzido pela parte (assistido e aquele por quem intervém o MP)”²⁵.

Não obstante a inegável procedência do argumento, o qual merecerá mais acurada análise oportunamente, a observação que desde logo se impõe é a de que, mesmo entre os doutrinadores que, como os acima elencados, reconhecem

¹⁵ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. II, atualizada por Vilson Rodrigues Alves, p. 22.

¹⁶ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 369.

¹⁷ OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, *Curso de Processo Civil*, vol. I, p. 111.

¹⁸ VICENTE GRECO FILHO, *Direito Processual Civil brasileiro*, vol. II, p. 75.

¹⁹ PAULO AFONSO BRUM VAZ, *Manual da Tutela Antecipada*, p. 97.

²⁰ *Op. cit.*, p. 514.

²¹ *Op. cit.*, p. 516.

²² ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Da Antecipação de Tutela*, p. 57.

²³ SERGIO BERMUDES, *A Reforma do Código de Processo Civil*, p. 29.

²⁴ LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI, *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. I, p. 351.

²⁵ NELSON NERY JÚNIOR, *Atualidades sobre o Processo Civil*, p. 55.

a legitimação ministerial, não houve, com todas as vênias, uma maior preocupação em deter-se com profundidade sobre o instigante tema, sistematizando todos os fundamentos que a justificam, mormente à luz de uma aplicação conjugada dos dispositivos que disciplinam o instituto da tutela antecipada com outros da legislação ordinária e, evidentemente, com os da própria Constituição da República.

Mas, se no âmbito doutrinário já não se vislumbra uma maior consistência dos argumentos, seja num, seja noutro sentido, mais evidente ainda é a escassez de decisões judiciais sobre o tema em apreço, fato confirmado pelas consultas realizadas não apenas junto ao Tribunal de Justiça fluminense e às Cortes Superiores, como também aos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo, Goiás, Distrito Federal, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Das referidas consultas que se fizeram aos arquivos de todas essas Cortes, pertinentes à matéria, encontrou-se um acórdão proferido pelo Tribunal gaúcho, que, perfilhando precisamente as lições dos supramencionados processualistas LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA, EDUARDO TALAMINI²⁶ e NELSON NERY JÚNIOR²⁷, concluiu caber ao Ministério Público, no exercício de seu mister de fiscal da lei em razão da qualidade de incapaz da parte, desempenhar-se com proficiência, aí se incluindo as postulações em favor desta, tal como a tutela antecipada. Confira-se a ementa do julgado em questão:

“ Ação de Responsabilidade Civil. Acidente de Trânsito. Tutela Antecipada. Pedido Formulado pelo Ministério Público como Fiscal da Lei. Cabimento.

1. O Ministério Público, quando intervém no processo como fiscal da lei em razão da qualidade da parte, que é menor, possui legitimidade para requerer tutela antecipada em seu favor, pois nessa condição incumbe-lhe zelar não somente pela regularidade procedimental, mas igualmente pela preservação dos interesses do incapaz, podendo assim postular todas as medidas necessárias ao pleno exercício dessa função (inteligência dos arts. 82, I, e 83, II, do CPC).

2. Havendo prova inequívoca da verossimilhança da alegação do direito afirmado em juízo, e presente o fundado receio de que se não concedida a tutela antecipada a recuperação da saúde da vítima pode-

²⁶ *Op. cit.*, p. 351.

²⁷ NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 731.

rá vir a ser comprometida, impõe-se o deferimento da tutela antecipada pleiteada, mas não na extensão pretendida, considerando existir a possibilidade de reconhecimento de culpa concorrente, pois tese defendida pelos réus (inteligência do art. 273, caput, 273, I e 273, § 2º, do CPC).

Agravo de Instrumento parcialmente provido.” (Agravo de Instrumento nº 70. 001. 545. 383, 11ª Câmara Cível, Comarca de Bagé, Relator Desembargador Voltaire de Lima Moraes, julgado em 01/11/2000)

Em sentido contrário, entretanto, há que mencionar uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo – trazida à colação pelo eminente ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, em abono de sua tese –, cuja 1ª Câmara de Direito Privado negou provimento a recurso de agravo interposto contra decisão de saneamento que omitira decisão sobre requerimento de antecipação formulado pelo Ministério Público, nos autos da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Veja-se, por oportuno, o trecho do voto do Relator, transcrito na obra *Tutela Antecipada*, do referido autor ²⁸:

“De se dispor antes de mais nada ser no mínimo discutível a legitimidade do Ministério Público no que diz respeito à primeira das proposições” (alusão ao pedido de fixação antecipada de alimentos provisionais), “para a qual haveriam os interessados que ser representados por Advogado”. E mais à frente: “Ao contrário do que entendeu a ilustrada Procuradoria de Justiça, esse propósito não se tratou de simples reprodução, pelo Ministério Público, de postulação já formulada pelos interessados, que na peça inaugural foram suficientemente claros ao dizer que esperavam a fixação dos alimentos ‘... concomitantemente com a declaração da filiação’, em termos, portanto, que não se compatibilizam com a ação coadjuvante do Ministério Público para aquela finalidade” (acórdão publicado no *JTJ-LEX*, 179/173-176).” (Agravo de Instrumento nº 5.231-4, julgado em 02/04/96, por votação unânime).

²⁸ *Op. cit.*, p. 517.

De qualquer sorte, vale ponderar que, ainda que a solução adotada pelo Tribunal paulista tenha sido no sentido de negar a legitimação ministerial, o trecho da fundamentação do voto, acima transcrito, não é tão veemente quanto o magistério de ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, segundo se depreende da alusão a ser “no mínimo discutível” a faculdade do *Parquet* para pleitear a antecipação da tutela. Não fosse isso bastante, é bem de ver, ainda, que o acórdão em análise parece ter valorizado sobretudo a circunstância de o próprio demandante incapaz haver declarado um possível desinteresse no deferimento da medida.

Revelada, assim, a pouca atenção que o tema em debate mereceu da doutrina e jurisprudência, inversamente proporcional, aliás, ao seu verdadeiro alcance social, eis que se cuida, em última análise, de faceta de um instituto que tão bem reflete a própria aspiração do legislador e dos operadores do direito ao ideal magno da efetividade do processo, cumpre esmiuçar, doravante, todos os argumentos conducentes à convicção acerca da legitimação ministerial para requerer a antecipação dos efeitos da tutela em prol do incapaz.

4. Fundamentos da legitimação ministerial

Pondo-se de lado, por ora, a controvérsia estabelecida entre as correntes mencionadas no tópico anterior, a qual, insista-se, não se fundou em argumentos profundos ou sistematizados, força é reconhecer que a adequada conclusão sobre o tema proposto pressupõe a aplicação de todos os princípios e regras que informam a atuação ministerial no processo civil, assim como aqueles que informam a própria jurisdição – devidamente analisados na parte introdutória deste ensaio –, sem se olvidar, ainda, os demais dispositivos contidos na legislação processual.

Ao se proceder, com efeito, à indispensável conjugação das normas insculpidas na lei ordinária, que regulam não apenas a antecipação da tutela como também outros institutos do processo civil brasileiro, com os mencionados princípios constitucionais, a conclusão que se impõe é no sentido de que o Ministério Público ostenta inegável legitimação para requerer tal medida, em favor do incapaz, caso, evidentemente, se dê por convencido da configuração dos respectivos pressupostos legais, já objeto de consideração anterior.

Assim é que, de logo, cumpre esmiuçar a própria idéia sustentada pelo ilustre processualista NELSON NERY JÚNIOR, acima já transcrita, segundo a qual o Ministério Público, ao requerer a tutela antecipatória de mérito em favor do incapaz, não está, em rigor, deduzindo uma pretensão em juízo.

Não se desconhece, por oportuno, que a legitimação extraordinária, ou substituição processual, depende de autorização legal nesse sentido, conforme se depreende do artigo 6º, segunda parte, do Código de Processo Civil. Tampouco se pretende negar que vigora no ordenamento pátrio o princípio *ne procedat iudex ex officio*.

Todavia, o ponto que parece ser o nodal para o correto deslinde da controvérsia que gira em torno do tema consiste na observação de que o Ministério Público, em rigor técnico, não pleiteia a antecipação da tutela, ou a antecipação do provimento jurisdicional definitivo. Diversamente, o que faz o *Parquet* é postular a antecipação dos efeitos práticos, no mundo dos fatos, da tutela jurisdicional já pleiteada pelo incapaz, em sua inicial.

Não se trata, como poderiam sustentar os partidários da corrente que nega a legitimidade ministerial, de um mero sofisma ou de jogo de palavras, empregados para se contornar os aparentes óbices da inércia da jurisdição ou da consagração de uma legitimação extraordinária sem previsão legal.

Realmente, do entendimento sustentado por diversos processualistas que se ocuparam do tema afeto à natureza do instituto, constata-se uma certa prevalência da idéia, bem resumida na lição de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE²⁹, de que o seu requerimento não se refere à própria tutela jurisdicional pleiteada pelo interessado, mas sim aos efeitos práticos que dela possam decorrer no plano do direito material. Aliás, nesse mesmo sentido é a lição do notável processualista fluminense JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA³⁰, segundo a qual, a requerimento do autor, pode o juiz “antecipar, total ou parcialmente, os efeitos dessa tutela”. E, seguindo a mesma pegada, mencionem-se, além do já referido NELSON NERY JUNIOR³¹, os não menos festejados autores ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS³², JOSÉ FREDERICO MARQUES³³ e OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA³⁴, todos a enfatizar que não é o provimento judicial definitivo que se adianta, senão os efeitos práticos dele advindos.

A distinção, diversamente do que se poderia entender, não é meramente terminológica ou acadêmica, na medida em que é nela que reside a própria possibilidade de se requerer a tutela antecipada (*reclusus*: a antecipação dos efeitos da tutela) em demandas de natureza declaratória e constitutiva, e não apenas nas de cunho condenatório. Mencione-se, como importante exemplo de ação declaratória, aquela em que se persegue o reconhecimento judicial de inexistência de uma obrigação, em que, sem que seja possível o adiantamento do próprio provimento que ateste, desde logo, a inexistência da relação jurídico-obrigacional – o que, à evidência, pressupõe toda uma cognição exauriente – se torna possível, ao menos, a antecipação de um ou alguns efeitos práticos que decorreriam do provimento definitivo, como, *v.g.*, a sustação de um protesto. Ou então, já tendo em mira uma ação de natureza constitutiva, figure-se a hipótese de pedido de anulação de um negócio jurídico sob a alegação de configura-

²⁹ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, p. 356.

³⁰ *Op. cit.*, p. 101.

³¹ NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 730.

³² *Op. cit.*, p. 313.

³³ *Op. cit.*, p. 22.

³⁴ *Op. cit.*, p. 111.

ção de um vício de consentimento, com o pedido de tutela antecipada para o fim de que imediatamente se sustentem os efeitos do ato impugnado.

Nesses exemplos, assim como em tantos outros que também poderiam ser trazidos à colação, fica evidente que são os efeitos da tutela jurisdicional definitiva, no mundo fenomênico - e não esta, propriamente -, que se antecipam, fator que, como visto, confere respaldo à incidência do instituto em estudo também nos âmbitos das demandas declaratórias e constitutivas, em que a declaração da existência, ou inexistência, de uma relação jurídica, nas primeiras, e a modificação (e bem assim a criação e a extinção) de uma relação jurídica, nas segundas, pressupõem necessariamente o desenvolvimento de toda uma cognição exauriente.

Desse modo, não há negar a substancial diferença que existe entre a antecipação da própria tutela jurisdicional objeto da pretensão deduzida em juízo, de um lado, e a antecipação dos efeitos dessa mesma tutela, de outro. Em se tratando desta última, entendimento que, como visto, parece ser o correto e conta com o apoio da melhor doutrina³⁵, não se vislumbra nenhuma violação aos princípios e regras do sistema na circunstância de o Ministério Público formular tal pedido em prol do incapaz. Restam incólumes, vale dizer, as regras da legitimidade *ad causam* extraordinária e da inércia da jurisdição.

Impende considerar, outrossim, que, mesmo à luz de uma interpretação puramente literal do artigo 273, *caput*, do CPC, depreende-se que o legislador cometeu a legitimidade para pleitear a medida em comento à "parte", e não ao "autor", como poderia fazer, se assim desejasse (mencione-se, à guisa de exemplo, o artigo 269, I, do Código, de cujo teor resulta evidente que a pretensão deduzida o é pelo titular da posição ativa da relação processual). Não se olvide ainda, por fundamental, que o Ministério Público, conquanto não seja parte da demanda, é parte do processo, assim desfrutando de um complexo de direitos, faculdades e ônus inerentes à relação processual, os quais influenciarão na futura entrega da prestação jurisdicional.

Outro aspecto que assume especial relevo para a correta compreensão do tema objeto deste ensaio diz com as próprias atribuições inerentes ao Ministério Público no processo civil, na condição de fiscal da lei. Segundo dispõe o artigo 83, inciso II, do CPC, é facultado ao *Parquet* requerer a mais ampla produção de provas, visando à apuração da verdade real.

Assim, suponha-se que, no exercício desse mister, promova o Ministério Público a juntada de um importante documento ou, então, requeira a oitiva de uma testemunha não arrolada pelas partes, revelando-se, afinal, extremamente relevante o poder de convicção desse novo elemento de prova, o qual, por si só, tenha o condão de levar à probabilidade da existência do direito afirmado pela parte incapaz, até então não vislumbrada. Ora, pareceria extremamente incon-

³⁵ Essa também é a posição sustentada por ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, *op. cit.*, pp. 493/494.

gruente que, a despeito dessa ampla faculdade de que dispõe o Ministério Público, relacionada à produção da prova, não pudesse ele pleitear os efeitos jurídico-processuais que dela decorreriam, como se a atividade probatória fosse um fim em si mesmo e não um mero instrumento para o reconhecimento e realização do direito afirmado pela parte.

Ainda nessa linha, e sempre tendo em mira, por ora, a análise dos próprios dispositivos do estatuto processual, há que mencionar, também, a regra contida no parágrafo 2º de seu artigo 499, a cometer ao Ministério Público a legitimidade recursal tanto nos feitos em que atua como parte como também naqueles em que intervém como fiscal da lei ³⁶.

Como já se teve oportunidade de registrar, afigura-se preciso o entendimento, sustentado por PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, de que, justificando-se a intervenção ministerial pela presença de interesses de incapaz no feito, pode o *Parquet*, sem jamais se despir de sua condição de *custos legis*, interpor recurso para impugnar decisões nulas ou injustas, desde que, quanto a estas últimas, não tenham contrariado os interesses do incapaz cuja presença dera ensejo à sua intervenção. O fundamento dessa restrição é de simples compreensão: a interposição de um recurso não deixa de representar uma manifestação da própria promoção da ação, ato que, como cediço, não se exaure com o seu mero ajuizamento. Fácil é concluir, de tal sorte, que, para fins de obtenção da reforma da decisão, permite-se ao Ministério Público lançar mão da faculdade recursal apenas para almejar um provimento do órgão *ad quem* que seja favorável à parte ou interessado incapaz, sem o que, no caso da inércia deste, dar-se-ia o trânsito em julgado da sentença contrária a seus interesses.

Por oportuno, pense-se na corriqueira hipótese do incapaz que ajuíza determinada demanda, vindo a sua pretensão a ser rejeitada na sentença. Não se discute que, nesse caso, além do próprio autor, o Ministério Público também pode interpor o competente recurso de apelação, porquanto se cogita de pretensão recursal veiculada em favor do interesse daquele.

Portanto, se assim se dá na disciplina da sistemática recursal, e extremamente freqüentes têm sido os recursos ministeriais interpostos em prol do incapaz, sem qualquer questionamento acerca de sua admissibilidade, é de indagar se haveria alguma diferença ontológica entre essa faculdade amplamente reconhecida ao Ministério Público e a de requerer a antecipação dos efeitos da tutela, em favor desse mesmo incapaz.

A resposta só pode ser no sentido negativo, eis que, tanto numa como noutra situação, está o *Parquet* a velar pela própria indisponibilidade do interesse

³⁶ A despeito do dissídio sobre se, na condição de *custos legis*, o Ministério Público também desfrutaria do benefício do prazo em dobro a que alude o artigo 188 do CPC, a melhor posição é no sentido afirmativo, seja em razão do entendimento, já referido no texto, de que o *Parquet* sempre é parte do processo, conceito mais largo do que o de parte da demanda, seja, ainda, por força do argumento, sustentado por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, de que o Ministério Público, ao interpor recurso, sempre será parte, ao menos no procedimento recursal.

em questão, evitando que o direito material do incapaz, uma vez configurado, pereça, à míngua da oportuna e eficaz defesa, sobretudo por razões ditas pelas suas limitações naturais. Ademais, para aqueles que ainda entrevêm no requerimento da medida regulada no artigo 273 do CPC uma manifestação do exercício do direito subjetivo de ação – posição rejeitada neste trabalho, mas que ora se admite apenas para efeitos de argumentação –, como lhes seria possível superar a incongruência de admitir a interposição do recurso ministerial em favor do incapaz, se tal faculdade, como visto, também se traduziria num ato processual de promoção da ação, na medida em que viria a prorrogar o trânsito em julgado da decisão impugnada? A ausência de uma resposta convincente só corrobora a inconsistência da posição contrária à legitimação ministerial, que só se explica pela falta de uma adequada conjugação de todos os dispositivos processuais pertinentes à matéria.

Nessa mesma ordem de idéias, cabe figurar outro exemplo, aliás um desdobramento do anterior. Suponha-se que o incapaz, a par de formular o seu pedido, requeira, ainda em sua peça exordial, a antecipação dos efeitos da tutela, a qual, todavia, vem a ser indeferida pelo juiz.

Os mesmíssimos fundamentos que conduzem à conclusão acerca da legitimidade ministerial para interpor a apelação em face da sentença que rejeitara o próprio pedido formulado pela parte se fazem presentes, até com maior razão, no que concerne à legitimação do Ministério Público para interpor o recurso de agravo tendo por alvo a interlocutória indeferitória do adiantamento dos efeitos da tutela. Se, com efeito, pode o mais, eis que a interposição do apelo é verdadeira manifestação da promoção da ação, evitando a formação da própria coisa julgada material em desfavor do incapaz, certamente pode menos. Aliás, não se olvide que, ao interpor o recurso de agravo de instrumento, pode e deve o *Parquet* requerer expressamente a antecipação dos efeitos da tutela ao seu Relator, diante da consagração legislativa do chamado efeito ativo, na forma do artigo 527, III, segunda parte, do estatuto processual ³⁷.

Ora, se assim é, não há como deixar de se reconhecer a insuperável incoerência do raciocínio, com a devida vênia dos que sustentam o contrário, de que o Ministério Público ostenta legitimidade e interesse recursais em face da sentença que rejeita a própria pretensão deduzida em juízo pelo incapaz – e bem assim, como corolário, da própria decisão interlocutória que indefere a antecipação dos efeitos da tutela definitiva – e, nada obstante, não possa, ele próprio, requerer esta medida ao juiz de primeiro grau. Insista-se, pois: poderia o mais, embora indiretamente – por via recursal –, mas não poderia o menos, apenas porque requerido por via direta.

³⁷ Trata-se de mais uma salutar inovação da última reforma do CPC, que implicou na incorporação ao direito positivo uma praxe já agasalhada pelos tribunais, e que não deixa de representar mais um avanço na luta pela efetividade do processo, sobre a qual se discorrerá oportunamente.

Outra questão que esse mesmo enfoque do tema suscita refere-se à própria faculdade cometida ao Ministério Público de se opor a uma transação lesiva aos interesses do incapaz – aí se incluindo a própria possibilidade de recorrer de eventual sentença homologatória –, pois que, muitas vezes premido pela própria necessidade e, ainda, mal assistido pela respectiva defesa, inclina-se aquele no sentido de aceitar os seus termos, optando por uma solução mais célere, embora a mesma não lhe seja benéfica. Vislumbra-se aqui, mais uma vez, a relevante atuação do *Parquet*, na busca da adequada e justa solução do litígio.

Todas essas considerações remetem ao próprio ponto nuclear que, em última análise, justifica a intervenção ministerial nos feitos cíveis em que haja interesses de incapaz. Aliada à própria indisponibilidade do direito deste, dada a sua peculiar condição individual, incumbe ao Ministério Público, no seu relevante papel de *custos legis*, velar pela manutenção do pleno equilíbrio de forças das partes litigantes, impedindo que as limitações do incapaz, de natureza fática e jurídica, releguem-no a uma condição inferior à de seu adversário, em evidente prejuízo para a tutela de seu eventual direito.

É precisamente esse pressuposto fundamental que informa toda a atuação ministerial, quer mediante o requerimento da produção de toda a sorte de meios probatórios que se mostrarem adequados ao deslinde da controvérsia posta no processo – muitas vezes suprindo, como já visto, as próprias deficiências técnicas da defesa do incapaz –, quer recorrendo para obter um provimento jurisdicional mais justo, mercê da interposição do recurso cabível, quer se opondo aos termos de uma transação nociva, quer, por fim, requerendo a própria antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional a que o incapaz faça jus, em constatando a presença dos respectivos pressupostos.

Nada disso representa uma indevida assunção do pólo ativo da relação processual pelo Ministério Público (por ausente a autorização para tanto), tampouco lhe importando uma condição de mero assistente à defesa da parte incapaz. Nas quatro situações acima figuradas, em relação às quais, como já por demais ressaltado, não se vislumbra nenhuma distinção substancial, o *Parquet*, embora podendo eventualmente suprir as próprias deficiências técnicas da defesa do incapaz, jamais perde a sua condição de fiscal da lei, no sentido mais amplo que a expressão pode sugerir, a saber, o relativo à preservação do devido processo legal, com a plena observância do contraditório e da ampla defesa.

Mas outros fatores, igualmente consistentes, estão a apontar no sentido da legitimação ministerial para o requerimento da antecipação dos efeitos da tutela em favor do incapaz. Atente-se, a partir de agora, a um outro pressuposto alternativo exigido pela lei para a sua concessão, a saber, o “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, II, CPC).

Embora não seja o propósito deste trabalho aprofundar-se sobre todas as questões suscitadas pelo instituto da antecipação dos efeitos da tutela, senão naquilo que se mostrar estreitamente vinculado ao tema específico versado,

vale ressaltar que a doutrina não parece discrepar quanto à exata compreensão desse requisito específico. Assim é que, a despeito de dispensar o próprio estado de periclitacão do direito autoral, aludido no inciso I do artigo 273, o legislador, a par de exigir a prova conducente à convicção acerca da probabilidade de sua existência (art. 273, *caput*), reclama ainda o cometimento de uma conduta processual ilícita por parte do demandado, no sentido de obstaculizar ou retardar a efetiva entrega da prestação jurisdicional, que certamente se daria em seu desfavor. Precisamente em razão da natureza sancionatória de tal pressuposto é que o deferimento do adiantamento dos efeitos da tutela, com base no mesmo, não pode prescindir da prévia integração do réu na relação processual, diversamente do que se dá em relação ao pressuposto do *periculum in mora*, que autoriza - muitas vezes sob pena de se esvaziar o próprio instituto - a sua concessão *inaudita altera parte*.

Curiosamente, uma observação meramente aleatória dos processos que tramitam no tribunal fluminense demonstra que é significativamente maior o número de medidas antecipatórias dos efeitos da tutela requeridas e deferidas sob o fundamento do risco de dano irreparável ou de difícil reparação do que sob o fundamento do exercício abusivo do direito de defesa, como se tal prática não consistisse num lamentável hábito dos advogados que militam nos foros. Talvez se possa arriscar que a adoção de expedientes protelatórios dos réus seja uma prática tão difundida na cultura nacional que os operadores do direito, aí se incluindo os advogados dos litigantes prejudicados, hajam perdido a sensibilidade para percebê-la e, pior, ainda não se tenham dado conta dos eficazes mecanismos previstos na lei processual para coibi-la.

Pois bem. É nesse exato contexto que assume transcendental importância o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, já então como poderoso instrumento destinado a combater as condutas que tipifiquem a litigância de má-fé, arroladas no artigo 17 do CPC (em especial, para o tema em apreço, em seus incisos I, II, IV, VI e VII). Plenamente invocável, nesse passo, uma interpretação sistemática dos dispositivos da lei processual, que inevitavelmente conduz à possibilidade de o Ministério Público requerer a concessão da antecipação dos efeitos da tutela em favor do incapaz, já então como prejudicado, primeiro pela conduta processualmente desleal de seu adversário e, depois, pela inércia de seu próprio patrono, ao não requerer a medida.

Assim é que, se a litigância de má-fé rende ensejo, na forma do disposto no artigo 18 do CPC, a que o juiz aplique multa e determine que a parte responsável indenize a outra, até de ofício - e, *a fortiori*, a requerimento do Ministério Público -, não se compreende como não seria possível ao *Parquet*, no seu relevante mister de velar pela correta aplicação da lei (inclusive, insista-se, a processual), ao vislumbrar a configuração do requisito a que alude o inciso II do artigo 273 do mesmo diploma, requerer a antecipação dos efeitos da tutela em prol do incapaz prejudicado.

Representaria, de tal sorte, outra grave incongruência, tão invencível quanto as demais, acima noticiadas, concluir-se que o Ministério Público, embora

podendo, independentemente de requerimento específico do incapaz prejudicado pela litigância de má-fé, requerer ao juiz a aplicação das sanções processuais daí decorrentes contra a parte responsável, já não possa, por outro lado, pleitear a concessão da medida que, diretamente, conjure os efeitos nocivos do comportamento irregular detectado, de molde a se evitar o perecimento do direito material digno de tutela, e em favor do qual nem sempre aquelas medidas puramente sancionatórias do artigo 18 poderão se mostrar suficientes. Daí por que soa intuitiva, também por esse aspecto, a legitimidade do *Parquet* para postular a antecipação dos efeitos da tutela, já compreendida esta sob um enfoque mais amplo, ditado pela necessidade de se resguardar a plena observância da lei processual e o próprio prestígio do processo e do Poder Judiciário.

Por oportuno, há que tecer, ainda, outras considerações, necessariamente advindas de um panorama mais amplo e realista que só uma interpretação lógico-sistemática de uma norma jurídica pode oferecer. Cuida-se de se analisar a legitimidade ministerial sustentada neste ensaio à luz do próprio conjunto de reformas por que recentemente passou o Código de Processo Civil.

Como sustentado pelos grandes processualistas que dela já se ocuparam, merecendo inicial destaque o eminente CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, o espírito que norteou a elaboração desse grupo de leis reformadoras do estatuto processual civil (especialmente as Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002), assim como o que já inspirara a edição dos diplomas que compunham o grupo da primeira reforma, nos anos de 1994 e 1995, descansa primordialmente na idéia de se remover, em caráter definitivo, os óbices ainda existentes à efetividade do processo judicial, privilegiando os litigantes ao lhes assegurar a tutela jurisdicional a que, à luz do direito material, façam jus, de forma mais completa e célere. Nesse passo, a bandeira reformadora, ainda segundo o notável processualista de São Paulo, teve por escopo fundamental a realização prática da própria garantia, posta pelo constituinte, do acesso à jurisdição, dogma que restaria seriamente comprometido caso ainda persistissem no sistema processual pontos de obstaculização que as reformas operadas procuraram afastar ³⁸.

Nesse diapasão, outra relevante conclusão que se extrai de todo o contexto da reforma diz com a sensível tendência do legislador processual no sentido de romper, cada vez mais, com tecnicismos e "conceitualismos acadêmicos" – na expressão de DINAMARCO ³⁹ –, para tomar uma posição definitiva em prol da efetividade do processo, sem que, à evidência, com isso se incorra em qualquer espécie de inconstitucionalidade. De resto, essa é a posição que verdadeiramente se mostra consentânea com a idéia, algumas vezes olvidada na praxe forense, de que o processo não é um fim em si mesmo, mas, ao revés, um mero instrumento para a realização do direito material.

³⁸ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A Reforma da Reforma*.

³⁹ *Op. cit.*, p. 36.

Essa tendência se evidencia facilmente em uma série de exemplos que, aleatoriamente, se podem extrair das recentes leis reformadoras. Mencione-se, por ora, a regra insculpida no novo parágrafo 7º do artigo 273, do CPC, a consagrar uma verdadeira – e benfazeja – fungibilidade entre as medidas antecipatória e cautelar, tema que voltará a ser objeto de consideração, mais adiante. Muito embora já se possa concluir que ambas nada mais são do que espécies do gênero tutela jurisdicional de urgência, e que reclamam, freqüentemente, requisitos semelhantes, ostentam elas, como já se teve oportunidade de ressaltar, natureza jurídica diversa, residindo tal traço distintivo, fundamentalmente, na índole satisfativa das primeiras, inexistentes nas últimas.

Assim é que, ao estatuir, em boa hora, a regra da fungibilidade, evitou o legislador da reforma qualquer risco de reconhecimento do vício da carência acionária - diante da falta de interesse de agir por inadequação do provimento jurisdicional solicitado -, em razão do eventual equívoco do demandante na eleição de uma via processual, em vez da outra, que seria a realmente cabível. Como se vê, restou flexibilizado o rigor muitas vezes imposto pela teoria das condições da ação, em prol de um valor infinitamente mais relevante, como o é a efetividade do processo, a assegurar a tutela do direito material.

Mas, é no âmbito da tutela jurisdicional relativa às obrigações de fazer e de não fazer - campo fértil, aliás, para a aplicação do instituto da antecipação dos efeitos da tutela (art. 461, § 3º, do CPC) - que mais nitidamente se observa, de um lado, o obstinado propósito do legislador processual de garantir a efetividade das decisões judiciais, e de outro, o rompimento de dogmas antes tidos como absolutos, na busca de um mecanismo eficaz para que se tutelem os direitos subjetivos violados.

Trata-se das chamadas “transgressões legítimas”, consagradas no artigo 461 e seus parágrafos, do estatuto processual, brilhantemente esmiuçadas por CANDIDO DINAMARCO em sua obra sobre a mais recente reforma ⁴⁰. Versa a primeira delas a possibilidade de, na hipótese de perdurar o inadimplemento do réu depois de proferida uma sentença já eficaz (mercê de seu trânsito em julgado ou de interposição de recurso desprovido de efeito suspensivo), o juiz inovar no processo, no sentido de determinar a adoção de providências diversas da contida no *decisum*, a fim de assegurar o cumprimento da obrigação ainda inadimplida. Desse modo, não mais se revestiria de caráter absoluto a regra do exaurimento da atividade jurisdicional após a publicação da sentença de mérito, a que alude o artigo 463 do CPC, parcialmente revogado, nesse aspecto específico, pelo novo artigo 461 do mesmo diploma.

A segunda “transgressão legítima” tem por objeto, precisamente, o conceito tradicional da correlação entre a sentença e o pedido, e pode ser retratada no mesmo exemplo. Com efeito, podendo o juiz, sempre com o fim de superar os óbices criados pelo inadimplemento da parte demandada, determinar a adoção

⁴⁰ *Op. cit.*, pp. 226/228.

de providências distintas da que havia deferido na sentença, e em relação às quais não havia pedido específico do demandante na inicial, acabou-se por romper aquele princípio, antes absoluto. De se ressaltar, por oportuno, que tais “transgressões”, por isso que são legítimas, nada têm de inconstitucionais, por suposta violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, na medida em que estariam assegurando ao demandante o mesmo resultado prático objeto de sua pretensão inicialmente deduzida, e da qual o réu se defendera.

Aliás, a conclusão que emerge da análise dessas novas normas é no sentido diametralmente oposto, pois que a sua *ratio essendi*, cabe insistir, reside na plena realização do princípio constitucional do acesso à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV) e, por que não, do próprio dogma do devido processo legal, que não passaria de pura letra-morta na hipótese de postergação da satisfação do direito material de seu titular.

Portanto, é absolutamente imprescindível, para a compreensão do tema versado neste ensaio, que se abandone uma deficiente interpretação insulada das normas que disciplinam o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, para situá-las no contexto maior de todo o processo de reforma do Código de Processo Civil, cuja finalidade não foi outra senão a de assegurar a efetividade do processo como instrumento para a proteção adequada e célere dos direitos materiais.

Assim, por força desses necessários métodos hermenêuticos – lógico-sistemático e teleológico –, a conclusão que se impõe é no sentido de que, se o novo sistema processual chega a permitir a própria inovação, pelo juiz, do conteúdo da sentença de mérito, a par da outorga de providências não expressamente pedidas na petição inicial, segue-se que a legitimidade ministerial para requerer a antecipação dos efeitos da tutela em favor do incapaz com muito mais razão se justifica, eis que não deixa de ser um corolário natural da busca da efetividade do processo e do cumprimento dos mencionados princípios constitucionais, mesmos ideais que legitimam aquelas “transgressões”.

Nesse passo, tem-se que a legitimação cometida ao *Parquet* para requerer a medida regulada no artigo 273 do CPC também deve partir da premissa da própria ampliação de suas atribuições como *custos legis*, nos dias atuais. Não mais se trata, apenas, de velar pela correta aplicação da lei ou mesmo pela realização da justiça, como tradicionalmente já se definiu. Incumbe-lhe, no contexto mais amplo da reforma do estatuto processual e da observância aos próprios fundamentos constitucionais que lhe conferiram validade – as garantias do acesso à jurisdição e do devido processo legal –, velar pelo próprio princípio da efetividade do processo.

Tal é a verdadeira condição que o Ministério Público deve ostentar no processo civil, considerando o estágio atual de sua evolução, legitimando-o, também por esse aspecto, a pleitear a antecipação dos efeitos da tutela em favor do incapaz, já não fossem bastantes todos os demais fundamentos, acima já esmiuçados, que apontam para o mesmo sentido.

Nada disso importa, é bem de ver, em quebra da imparcialidade do Ministério Público, como, com a devida vênia, equivocadamente sustentou o processualista ALEXANDRE FREITAS CÂMARA. A uma, porque não se mostra técnica e tampouco compatível com os princípios da Instituição e do próprio direito processual a dicotomia entre parte e fiscal da lei, já que, como visto, mesmo quando não propõe a ação, o *Parquet* é considerado parte do processo (embora não da demanda). Por outro lado, ainda que quando ajuíze a ação, penal ou civil, o Ministério Público sempre será fiscal da lei, podendo ao final, como cedo, requerer a improcedência da pretensão que inicialmente deduzira, se as provas coligidas assim aconselharem.

E a duas, porque, na esteira do mesmo raciocínio, também carece de respaldo técnico a adjetivação de “parcial” ou “imparcial”, atribuída à condição do Ministério Público no processo civil, segundo existam, ou não, interesses de incapaz, respectivamente. De acordo com o seu moderno perfil institucional, acima analisado, cumpre-lhe velar, sempre, pela aplicação da lei – aí se incluindo a própria Lei Maior –, pela realização da justiça e pela efetividade do processo, o que em nada é infirmado pela indisponibilidade que marca o interesse de incapaz. Nessa perspectiva, se alguma “parcialidade” há, justifica-se ela no exato limite em que seja apenas suficiente para garantir o pleno equilíbrio das forças processuais, de molde a se preservar os princípios do contraditório e do acesso à justiça.

Poderia o juiz contornar a dificuldade – apenas aparente – de apreciar a questão da legitimidade do órgão do Ministério Público que lhe haja requerido o adiantamento dos efeitos da tutela em favor do interessado incapaz, usando da fórmula de imediatamente mandar intimar a sua defesa, na crença de que, diante do prévio requerimento ministerial, esta também o formulará, viabilizando-se, de tal sorte, o seu deferimento.

Tal expediente, a par de consagrar um indevido artificialismo, muitas vezes não se mostra sequer eficaz, eis que, como já se teve oportunidade de acompanhar em um determinado processo, nem mesmo diante dos sólidos argumentos que o órgão ministerial então esposara para demonstrar a presença dos requisitos legais para a concessão da antecipação da tutela em prol do incapaz, o patrono deste atentou-se para a conveniência e mesmo para a necessidade da medida. Ora, são exatamente essas as hipóteses (que nada têm de acadêmicas), em que fica definitivamente descortinada a fragilidade da defesa do incapaz – cuja natural debilidade, se já o impedira de eleger o advogado, do mesmo modo não lhe permite vislumbrar e muito menos evitar as nefastas conseqüências de suas deficiências técnicas –, evidenciando-se também, por conseguinte, a própria desigualdade de forças entre os litigantes, tudo a justificar, mais do que em qualquer outra circunstância, a relevante atuação do Ministério Público, no sentido de velar pela restauração do equilíbrio da relação processual e, em última análise, pela efetiva observância dos princípios do contraditório e do acesso à jurisdição.

A mesma reflexão se aplica na hipótese de o juiz, pretendendo não enfrentar, como lhe competiria, o tema da legitimação ministerial, determinar a abertura de vista à Curadoria Especial, cujas atribuições, no Estado do Rio de Janeiro, são desempenhadas pelo órgão da Defensoria Pública.

Mais uma vez, está-se diante de uma fórmula atécnica e, de igual modo, não necessariamente eficaz. Segundo se infere do disposto no artigo 9º, inciso I, do Código de Processo Civil, nomeia-se Curador Especial ao incapaz que não tenha representante legal ou, tendo-o, na hipótese de se configurar a colidência de interesses entre um e outro. Ora, não se vislumbra, aqui, nenhuma colidência de interesses entre o incapaz e o respectivo representante legal, senão uma fragilidade de seu representante judicial e, por conseguinte, um profundo desequilíbrio das forças dialéticas do processo. Incabível, desse modo, a abertura de vista ao Curador Especial que, precisamente por tal razão, pode perfeitamente - e acertadamente -, caso intimado, demitir-se de sua atribuição, por inocorrente o respectivo pressuposto legal.

Assim, deve o órgão do Ministério Público, sem prejuízo de formular o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela em prol do incapaz sempre que constatar a presença dos respectivos pressupostos, interpor o competente recurso de agravo de instrumento em face da decisão que expressamente o indefira e, ainda, daquela que, embora não o apreciando, determine a intimação da parte beneficiária da medida pleiteada para se manifestar. Mesmo tal provimento, é bem de ver, reveste-se de inegável carga decisória impugnável, na medida em que denuncia o inequívoco posicionamento do juiz acerca da falta de legitimidade ministerial para postular a medida.

5. Desdobramentos práticos da legitimação ministerial

Conforme já se repisou, a legitimação que o sistema normativo comete ao Ministério Público para pleitear a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, em favor da parte ou do interessado incapaz, não desnatura, antes se compatibiliza com a sua função de *custos legis*.

Assim, é precisamente essa condição de fiscal da lei que permite que o *Parquet*, conquanto tenha requerido a antecipação dos efeitos da tutela, por dividir os seus pressupostos legais, possa, ao depois, quando do lançamento de sua promoção meritória, opinar contrariamente à pretensão deduzida pelo incapaz, por reputá-la improcedente (à luz das regras do direito material ou mesmo do conjunto probatório que já terá se formado nos autos). Nessa hipótese, por uma questão elementar de lógica jurídica, deverá o órgão ministerial opinar, também, pela revogação da antecipação deferida a seu requerimento.

Tal situação não deve suscitar perplexidade, na medida em que guarda absoluta similitude com outra que se verifica, comumente, em sede processual penal, em que o Ministério Público, na condição de legitimado ordinário para propor a ação, fá-lo ao vislumbrar a presença do indispensável suporte

probatório mínimo para tanto - equiparável, sem qualquer ginástica de raciocínio, ao próprio *fumus boni iuris* -, podendo, nada obstante, vir a requerer a posterior absolvição do acusado, depois de encerrada a instrução criminal.

Tanto uma como outra hipótese encontram explicação em pelo menos um fundamento comum. A análise dos pressupostos da antecipação dos efeitos da tutela, assim como a do suporte probatório mínimo que autoriza o ajuizamento da ação penal, realizam-se com base numa cognição meramente sumária (quando não sumaríssima, ao menos em relação ao oferecimento da denúncia), ao passo que a prolação da sentença definitiva já pressupõe todo o desenvolvimento de uma cognição exauriente.

É exatamente essa distinção que dá ensejo a que, no limiar de uma ação civil, um juiz possa conceder uma liminar, seja a título de medida cautelar, seja a título de antecipação dos efeitos da tutela e, posteriormente, sentencie em sentido contrário ao seu primeiro provimento, revogando-o. Nesse aspecto, observa-se um total paralelismo entre a atividade jurisdicional e a do Ministério Público, inserta no contexto maior de sua função de *custos legis*.

No que concerne à oportunidade para o *Parquet* pleitear o adiantamento dos efeitos da tutela, inexistem peculiaridades profundas que afastem a incidência do regime comum, tal como se fosse o próprio titular do alegado direito material o autor do requerimento. Em rigor, a única distinção marcante reside na circunstância de que, em sendo o Ministério Público o autor do requerimento, este evidentemente não terá sido veiculado no bojo de uma petição inicial, antes já ofertada pela parte demandante. É possível, todavia, que, na primeira ocasião em que tenha ciência do conteúdo da peça exordial e dos documentos que a instruíram, o órgão ministerial já se dê por convencido da presença dos pressupostos da medida, vindo então a requerê-la.

Mas, pode se dar de os requisitos legais da antecipação só se fazerem presentes após a produção de uma prova pericial, ou mesmo depois da colheita da prova testemunhal, em audiência de instrução e julgamento ⁴¹, razão por que deve o órgão ministerial, uma vez que lhes constate a existência, formular o requerimento pertinente em um tópico de sua promoção meritória, a qual, nessa hipótese, necessariamente será no sentido da procedência do pedido, dada a coincidência temporal de ambas as manifestações, a relativa ao requerimento de antecipação e a referente à própria opinativa sobre o mérito.

Não se pode olvidar, a propósito, que uma das inúmeras inovações salutares incorporadas pela reforma ao Código de Processo Civil consiste, exatamente, na inexistência de efeito suspensivo da apelação interposta contra a sentença que confirma a antecipação dos efeitos da tutela, de molde a se permitir o imediato exercício do direito reconhecido, por seu titular (art. 520, inciso VII).

⁴¹ No sentido de que é processualmente cabível a concessão da medida mesmo depois de encerrada a fase da instrução probatória: ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *op. cit.*, p. 82.

Outro exemplo: figure-se um processo cuja questão controvertida seja unicamente de direito, autorizando, assim, o julgamento antecipado da lide, favorável à pretensão deduzida pelo incapaz. Nada obstante, os réus, cientes de que o direito não os favorece, lançam mão de toda a sorte de expedientes procrastinatórios, tais como constituir, deliberadamente, advogados distintos, embora pertencentes a um mesmo escritório, tão-somente para obter o benefício do prazo em dobro, a que alude o artigo 191 do CPC, além de requerer uma série de diligências e provas impertinentes, visando a retardar ao máximo a entrega da prestação jurisdicional. Parece não haver dúvidas de que Ministério Público, diante de todo esse panorama, deva lançar a sua promoção de mérito, nela formulando, também, o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, com a especial menção ao pressuposto referido no inciso II do artigo 273, conjugadamente aplicado com os artigos 17 e 18, todos do CPC.

Ainda sobre o tema da oportunidade para o requerimento da medida em estudo, impende considerar que, em rigor, o órgão do *Parquet* pode formulá-lo tão logo vislumbre a presença dos respectivos pressupostos, não estando, em absoluto, a sua legitimação condicionada a uma demonstração inequívoca da omissão da parte autora, nesse sentido. Aliás, força é reconhecer que, diante de todos os sólidos fundamentos que justificam a legitimidade ministerial em comento, a mesma pode ser validamente desempenhada ainda na hipótese - remota, é verdade - de o incapaz, por meio do respectivo patrono, expressamente declarar que aguardará a prolação da sentença de mérito, para ver tutelado o seu direito ⁴². Ora, se tal ocorrer, restará nitidamente configurado um nefasto desequilíbrio das forças dialéticas do processo, em desfavor do titular do interesse indisponível, a render ensejo à iniciativa ministerial de postular a antecipação dos efeitos da tutela.

Como já por demais enfatizado, a legitimação ministerial para o requerimento em questão tem por escopo, em última análise, assegurar a plena observância das garantias do acesso à jurisdição e do devido processo legal, que restariam seriamente comprometidas sem a efetiva tutela ao interesse do incapaz, cujas naturais limitações a justificam e legitimam.

Desse modo, a faculdade do Ministério Público tem um amplo espectro de incidência, podendo-se mencionar, como hipóteses em que freqüentemente a medida pode se tornar necessária, ações de indenização por ato ilícito, em que estão presentes os pressupostos que, ao menos, ensejam a antecipação dos efeitos relativos a um pensionamento, ou a um tratamento médico, de um autor menor, vitimado por acidente ⁴³. Avulta, aqui, a importância de uma adequada intervenção ministerial, que, em vez de cancelar um eventual acordo muitas

⁴² Como já ressaltado no texto, esse fundamento, mais do que qualquer outro, parece ter impressionado a Corte paulista no julgamento em que concluiu pela ausência de legitimação ministerial para requerer a medida.

⁴³ É curioso notar que o requisito da verossimilhança da alegação do autor há de assumir um especial relevo, na esteira da própria evolução do direito brasileiro acerca da consagração da responsabilidade civil objetiva do ofensor, tanto em nível constitucional (art. 37, § 6º, da CF), como

vezes lesivo ao incapaz, pode e deve opinar no sentido de sua não homologação, ao mesmo tempo em que já formula, em seu benefício, o requerimento do adiantamento dos efeitos da tutela, pleiteando o pensionamento e/ou o tratamento que já se mostram de rigor.

Mas, a par dos processos que tramitam perante os juízos cíveis, a legitimação ministerial também pode ser eficazmente desempenhada em outras searas, como a dos processos das varas de família, bastando invocar o exemplo, hoje já extremamente freqüente, das ações de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, ajuizadas pelo próprio menor ⁴⁴. A despeito da impossibilidade do manejo da própria ação de alimentos regulada pela Lei 5.478/68 – que, aliás, na disposição atinente aos alimentos provisórios, já prevê uma hipótese específica de antecipação dos efeitos da tutela definitiva (art. 4º) –, à mínima da indispensável prova pré-constituída, parece lógico concluir, diante de todos os fundamentos acima esposados, que, vindo aos autos o laudo pericial comprobatório do vínculo de filiação até então meramente alegado, pode o órgão ministerial requerer a medida antecipatória, relativamente à prestação alimentícia, em favor do autor menor.

Da mesma forma, nas demandas aforadas perante juízos fazendários pôde o Ministério Público requerer a antecipação dos efeitos da tutela, desde que em favor de incapaz que seja parte ou interessado no feito. Invocável, aqui, o mesmo exemplo da antecipação dos efeitos práticos do provimento que condena o réu à assunção do tratamento médico-hospitalar de um autor menor, por força da responsabilidade civil imputada a algum ente público ⁴⁵. Entretanto, caso a intervenção do *Parquet*, em feitos fazendários, seja ditada tão-somente pela presença do interesse público, nos termos do artigo 82, inciso III, do CPC, não mais se configura essa legitimação ministerial, precisamente por inexistir, então, o fundamento maior que a justifica, relacionado à necessidade de se assegurar o reequilíbrio das forças antagônicas da relação processual e o próprio cumprimento dos cânones constitucionais supramencionados.

Dessas considerações pode-se extrair uma segura conclusão. Sem prejuízo da incidência de uma outra causa legal que renda ensejo à intervenção do Ministério Público no processo (seja o interesse público, o estado de pessoa *etc.*), em se configurando, também, a presença de interesse de incapaz, pode o órgão de execução com atribuição, caso, evidentemente, vislumbre a presença dos

infraconstitucional (v.g. art. 14 da Lei 8.078/90). Assim, diante da própria inversão do ônus da prova acerca de alguns (não de todos) fatos constitutivos do direito indenizatório autoral, mais fácil poderá se configurar o requisito previsto no artigo 273, *caput*, do CPC.

⁴⁴ Não por coincidência, esse é precisamente o tema versado no já referido acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

⁴⁵ A doutrina e a jurisprudência, inclusive a do Superior Tribunal de Justiça, já se pacificaram acerca do cabimento da concessão da medida contra a Fazenda Pública, mormente para fins de se tutelar direitos essenciais da pessoa, como a vida, a saúde *etc.* Nesse sentido: ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *op. cit.*, p. 90, e REsp. nº 409.172, ac. de 04.04.2002, *in* Inf. STJ, nº 128 - março-abril 2002.

pressupostos legais, requerer a antecipação dos efeitos da tutela, em favor daquele. Diversamente, na hipótese de se caracterizar apenas uma causa legal de intervenção, que não a relativa ao interesse do incapaz, incoerrem os fundamentos jurídicos para a legitimação ministerial em estudo.

Interessante desdobramento que essas questões suscitam concerne a uma possibilidade que, se não é muito freqüente, também não é desprezível, relativa à existência de interesses de incapazes em pólos distintos da relação processual. Tome-se, assim, o exemplo: determinado imóvel, objeto de inventário aberto em razão da morte de seu proprietário, foi dado em locação, estando o locatário - interdito - inadimplente em relação a diversos débitos decorrentes da avença. Proposta pelo espólio a competente ação de despejo, constata-se a existência de herdeiros incapazes.

Supondo-se, então, que se façam presentes os pressupostos legais, cumpre perquirir a possibilidade de o *Parquet* formular o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, em favor dos interessados incapazes ⁴⁶.

Uma primeira solução para o impasse partiria da idéia de que, nessa hipótese, o Ministério Público, ainda que reputasse presentes os seus pressupostos, jamais poderia requerer a medida, porquanto tal manifestação representaria uma indevida tomada de posição em detrimento de um incapaz, no caso aquele situado no pólo passivo da demanda. Demais disso, havendo incapazes em pólos antagônicos da relação processual, não mais subsistiria a premissa do desequilíbrio da mesma, a justificar o requerimento ministerial.

Todavia, tal orientação, embora fundada em argumento respeitável, não resiste a uma análise mais profunda de todos os fundamentos conducentes à legitimação ministerial para o requerimento da antecipação dos efeitos da tutela, acima analisados. Com efeito, não parece logicamente sustentável que, ainda que esteja convencido da presença dos pressupostos legais da medida, não requerida pela deficiente defesa do autor ou interessado incapaz, o órgão do *Parquet* deva se impor uma angustiante posição de inércia, não formulando o competente requerimento, apenas porque o mesmo repercutirá negativamente na esfera jurídica do réu incapaz. Em rigor, a inércia do Ministério Público, nesse particular, implicaria na negação de todos os poderes e faculdades que a legislação lhe confere, a fim de velar pela indisponibilidade do interesse merecedor de proteção especial.

Mas, superado esse primeiro impasse, com a franca admissibilidade da legitimidade ministerial, surge um outro como desdobramento, também a exigir adequada solução. Ainda nesse exemplo, deveria atuar no processo apenas um

⁴⁶ Embora se trate de tema controvertido, parece mais correto o entendimento no sentido de ser cabível a invocação do instituto da tutela antecipada mesmo fora das hipóteses expressamente previstas na Lei do Inquilinato, com base na disciplina genérica do Código de Processo Civil. Nesse sentido: ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *op. cit.*, p. 100, e LUIZ FUX, em palestra proferida em dezembro de 1998, na sede da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

órgão do Ministério Público ou, diversamente, dois órgãos, cada qual voltando a respectiva atuação ao zelo do interesse de um litigante incapaz? Quanto ao ponto, vale conferir a abalizada lição do ilustre HUGO NIGRO MAZZILLI ⁴⁷:

“Não se pode falar seja indivisível a função de promover a ação penal pública e ação civil pública *ex delicto*, nem entre a função de efetivamente suplementar as deficiências na defesa de um incapaz, situado num dos pólos da relação processual, e a de fazer outro tanto com a defesa inconciliável de outro incapaz, denunciado à lide pelo primeiro. Neste último caso, exige-se mais de um membro do Ministério Público a atuar no feito, sob pena de criar-se situação teratológica de ‘obrigar-se, por exemplo, o curador de um incapaz, cujos interesses são conflitantes com outro incapaz eventualmente existente na demanda, a ser curador também deste’ - como observou com razão o Ministro Carlos Velloso.”

E prossegue o festejado autor:

“Tomemos outro exemplo. Imaginemos agora uma ação em que haja incapazes nos dois pólos da relação processual. Suplementando a deficiente produção probatória do menor autor, o promotor de justiça estará beneficiando, sim, a este, mas certamente causará prejuízo de fato ao réu, também incapaz, a quem não interessa tal suplementação. Ora, tanto um como outro dos menores têm interesses colidentes e podem ambos estar insatisfatoriamente defendidos por seus representantes legais: cada qual deles tem direito a ver zelados seus interesses em separado, porque colidentes. Haveria um comprometimento, pelo menos psicológico, do único membro do Ministério Público que oficiasse no feito, comprometimento que certamente acabaria por favorecer uma das partes incapazes que conflitam na demanda.”

Assim, se, ao sentir do mestre paulista, a mera presença de dois incapazes em pólos diversos da demanda já é hábil, por si só, a justificar a atuação de dois

⁴⁷ *Op. cit.*, pp. 327/328.

órgãos ministeriais, não se pode deixar de concluir que, com muito mais razão, essa solução se mostra de bom alvitre caso haja requerimento ministerial tendo por objeto a medida regulada no artigo 273 do CPC. De resto, não se poderia entender essa providência como uma superfetação, na medida em que, embora o órgão ministerial que requer a antecipação dos efeitos da tutela não esteja, como já visto, deduzindo uma pretensão - o que seria restrito ao autor -, estaria, ao menos, praticando atos processuais contrários aos interesses de um incapaz, no caso, o demandado.

De todo recomendável, de tal sorte, a intimação de dois órgãos do Ministério Público para intervir no feito na hipótese em que um deles haja formulado requerimento de adiantamento dos efeitos da tutela. Demais disso, essa solução também se imporia, como se extrai do brilhante magistério de HUGO NIGRO MAZZILLI, diante da mera presença de interesses de incapazes em pólos antagônicos da relação processual, bastando atentar para a circunstância de que, caso funcionasse um único órgão ministerial, este, ao apelar de uma sentença, necessariamente praticaria ato de impulso processual contrário a um incapaz.

Uma interessante conseqüência pode advir caso se tenha por admissível, ao menos *ad cautelam*, a intervenção de dois órgãos ministeriais no processo, em exemplos como o acima figurado. Considerando que ambos jamais perdem a sua condição de *custos legis*, pode se dar de, ainda que um deles haja requerido a antecipação dos efeitos da tutela em favor de um incapaz, os dois órgãos, ao lançar as respectivas promoções meritórias, com base em toda a cognição exauriente, opinem em um mesmo sentido, seja no da procedência, seja no da improcedência do pedido formulado na petição inicial.

Pelas mesmas razões, força é reconhecer que o próprio segundo órgão de execução do Ministério Público, já então intervindo em razão do específico requerimento de antecipação formulado pelo primeiro, poderá até se manifestar no sentido do cabimento da medida. Tal posição não deve despertar qualquer estranheza, porquanto a mera intervenção do segundo órgão ministerial, também agindo como *custos legis*, já é suficiente, por si só, a garantir a manutenção do equilíbrio da relação processual, resultado que não seria alcançável caso oficiasse apenas um único órgão, o autor do requerimento da medida.

Ainda no campo da análise dos aspectos práticos que a legitimação ministerial suscita, cumpre também observar que a lei processual, sempre interpretada, como não poderia deixar de ser, à luz de um método lógico-sistemático, acaba por cometer ao *Parquet* uma legitimidade para ajuizar demanda cautelar incidental em favor do incapaz.

Explique-se. Como já mencionado no tópico anterior, uma das gratas inovações trazidas ao Código de Processo Civil, pela mais recente reforma, consagra a regra da fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, no sentido de que, caso o autor requeira, a título de antecipação, uma providência jurisdicional essencialmente cautelar, pode o juiz deferi-la, em caráter incidental

ao processo cognitivo (art. 273, § 7º). Suponha-se, assim, que o Ministério Público, ao constatar a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, formule o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela em prol do incapaz. Todavia, o juiz, embora reconhecendo a legitimação ministerial para tanto, diverge tão-somente na consideração de que, ao seu ver, a natureza do provimento requerido pelo *Parquet* não ostenta a natureza jurídica de tutela antecipatória, mas sim cautelar. Como deveria proceder o magistrado?

Parece intuitivo que, nesse caso, deva ser aplicada a referida regra da fungibilidade entre ambas as tutelas jurisdicionais de urgência, tal como se fosse o próprio beneficiário da medida o autor do requerimento, devendo o juiz, portanto, receber a promoção ministerial como requerimento de medida cautelar incidental.

Trata-se, como se vê, de uma hipótese excepcional em que se consagra uma curiosa legitimação *ad causam* do Ministério Público, eventual e extraordinária.

Eventual porque ela se configura se juiz e promotor apenas divergirem sobre a natureza do provimento por este requerido, a despeito do consenso de ambos acerca da legitimidade ministerial, para tanto. E extraordinária porque, em última análise, estará o Ministério Público, em hipóteses que tais, assestando uma pretensão cautelar, em nome próprio, para fins de tutela de interesse alheio.

Quanto à necessária autorização legal, a que alude a segunda parte do artigo 6º do CPC, é bem de ver que a mesma emerge da própria conjugação dos dispositivos acima esmiuçados - que, como exposto, conferem plena legitimação ao *Parquet* para postular a antecipação dos efeitos da tutela -, com aqueloutro, relativo à própria fungibilidade entre esta medida e a de cunho cautelar.

Entendimento contrário, no sentido de considerar inadmissível a fungibilidade da medida apenas porque postulada pelo Ministério Público, não se compadeceria com a própria *ratio essendi* dos diplomas reformadores do Código de Processo Civil. Assim, se, na esteira desse amplo processo de reforma, chegou-se ao ponto de relativizar a própria importância da inadequação da via processual eleita (*v.g.* propositura de ação de conhecimento, com pedido de tutela antecipada, em vez do ajuizamento de ação cautelar), assim se flexibilizando os rigores decorrentes do reconhecimento de uma carência acionária, não se vislumbra argumento jurídico consistente que afaste essa mesma regra da fungibilidade apenas porque a medida tem assento na legitimação ministerial. Não se perca de vista, a propósito, que tanto o interesse de agir (abrangente da adequação da via processual eleita) como a *legitimatío ad causam* situam-se na mesma categoria lógico-jurídica, a das condições para o regular exercício do direito de ação.

Finalizando esse ponto, impõe-se ressaltar que a legitimidade extraordinária do Ministério Público para deduzir pretensão de natureza cautelar é mesmo eventual (para não dizer "acidental"), no sentido de que só se justifica na hipótese de o juiz entender que a providência então requerida não se reveste de

índole satisfativa, mas sim cautelar, a render ensejo, portanto, à sua convolação, com base na supramencionada regra da fungibilidade.

Outro desdobramento que cabe considerar, em razão da legitimação ministerial sustentada neste trabalho, refere-se à execução (*rectius*: efetivação, na esteira da modificação redacional operada no art. 273, § 3º) do provimento concessivo da antecipação dos efeitos da tutela. A conclusão lógica que se impõe é a de que, se o Ministério Público é legitimado para pleitear a medida, também o é para promover os seus atos de efetivação, caso a parte beneficiária não o faça. E nem poderia ser diferente, sob pena de se reduzir a legitimação ministerial a uma nonada.

Há que enfatizar, ainda, um derradeiro aspecto prático que o tema enseja. Trata-se da responsabilidade civil do Ministério Público, na hipótese de haver o respectivo órgão de execução requerido a medida regulada no artigo 273 do CPC, que, posteriormente reputada incabível - diante da própria improcedência da pretensão deduzida -, tenha imposto danos injustos ao demandado.

Os autores ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO ⁴⁸, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ⁴⁹ e ATHOS GUSMÃO CARNEIRO ⁵⁰, enfrentando a questão, em termos genéricos, sustentam que, em tal hipótese, aplica-se analogicamente a regra contida no artigo 811 do CPC - situado no livro do processo cautelar -, de sorte que se configura a responsabilidade objetiva do demandante que tenha postulado o adiantamento dos efeitos da tutela, indevidamente deferido.

A crítica que se poderia fazer a esse entendimento, com a devida vênia aos festejados processualistas, se prende à consideração de que, segundo um princípio geral de hermenêutica, normas sancionatórias, como o é, efetivamente, aquela insculpida no artigo 811, inadmitiriam interpretação analógica ou extensiva.

Como quer que seja, a questão parece ser mais acadêmica, na medida em que, ainda que se lhe aplique a própria disciplina do instituto da tutela antecipada (artigo 273, § 3º, combinado com o artigo 588, inciso I, ambos do CPC), a conclusão que se impõe é a de que, de qualquer sorte, responde objetivamente o demandante beneficiário da antecipação, caso a mesma provoque danos ao seu adversário, em se constatando, posteriormente, que aquele não tinha razão ⁵¹.

Posto isto, o ponto nodal suscitado pela questão está em se perquirir se, uma vez assentada, mercê de todos os fundamentos acima já esposados, a legitimidade cometida ao Ministério Público para pleitear a antecipação dos efeitos da tutela, aplica-se-lhe, também, como corolário, o instituto da responsabi-

⁴⁸ *Op. cit.*, pp. 622/623.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 105.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 69.

⁵¹ Ressalve-se a opinião diversa, que não se adota neste trabalho, de OVIDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, que, no artigo denominado 'Antecipação de Tutela e Responsabilidade Objetiva', concluiu pela não configuração da responsabilidade objetiva em hipóteses que tais, sob o argumento de que ninguém pode ser responsabilizado por ter se valido de uma faculdade legítima.

lidade objetiva, tenha esta fundamento legal na norma do artigo 811, tenha, diversamente, arrimo na norma do artigo 273, § 3º, combinado com o artigo 588, inciso I, do estatuto processual.

Parece evidente que, em sendo o *Parquet* o autor do requerimento da antecipação dos efeitos da tutela, excepciona-se a regra da responsabilidade objetiva, diante da incidência de uma norma específica, a saber, a contida no artigo 85 do diploma processual, segundo a qual só se caracteriza a responsabilidade civil do órgão do Ministério Público na hipótese de ter ele procedido com dolo ou fraude.

De resto, a solução alvitrada é a mesma que seria aplicável a qualquer outro caso em que o *Parquet* requeresse providências restritivas de direito que se inserem no seu variado rol de atribuições, como, *v.g.*, ajuizar ação penal, requerer a decretação de prisões cautelares *etc.*

6- Conclusão

Ao longo de toda a exposição, procurou-se sustentar a inconsistência e superficialidade dos argumentos invocados pela corrente que nega a legitimidade do Ministério Público para requerer a antecipação dos efeitos da tutela em prol do incapaz, os quais não se compadecem com a própria marcha evolutiva por que passou o direito processual pátrio, marcada pela incessante busca da tutela efetiva dos direitos subjetivos, de molde a torná-la acessível à generalidade dos jurisdicionados, independentemente de sua condição individual.

Assim, a legitimação ministerial em estudo, sob o prisma constitucional, tem respaldo nas garantias da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, de um lado, e na própria missão institucional conferida ao *Parquet*, no sentido de velar pelo interesse indisponível em disputa no processo.

Noutro plano, a legitimidade do Ministério Público também encontra sólido arrimo à luz de uma interpretação lógico-sistemática dos dispositivos insertos na legislação processual ordinária, em que, de igual modo, se lhe cometeram diversos poderes e faculdades que, ontologicamente, em nada diferem do requerimento de antecipação dos efeitos da tutela.

Nessa mesma ordem de idéias, a mais recente reforma do Código de Processo Civil, operada com o indisfarçável propósito de se cumprir verdadeiramente aquele dogma constitucional do acesso à jurisdição, trouxe novos fundamentos que legitimam a faculdade ministerial aqui sustentada. No afã de se atingir o ideal magno de efetividade do processo, desdobramento lógico da referida garantia fundamental, verifica-se que esquemas tradicionais foram rompidos, como o da correlação entre a sentença e a demanda e o do exaurimento da função jurisdicional, após a prolação da sentença de mérito.

Aliás, nessa mesma toada, parte da doutrina processualista vem adotando concepções cada vez mais avançadas, que se afinem com aquelas finalidades supremas, bastando mencionar, a título de exemplo, a posição de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE⁵², para quem a antecipação dos efeitos da tutela, excepcionalmente, pode até ser deferida *ex officio* pelo juiz, por força de um necessário paralelismo com o poder geral de cautela, regulado no artigo 797 do Código de Processo Civil.

Embora tal posição ainda seja absolutamente isolada e não conte com a adesão deste ensaio, não se pode deixar de reconhecer nela o mérito de engendrar mais um interessante mecanismo tendente a assegurar a efetividade do processo, a par de fornecer mais um adinículo à posição aqui sustentada, na medida em que, se o juiz poderia deferir até de ofício a medida em questão, inexistiria qualquer empecilho ao reconhecimento da legitimação ministerial, para tanto.

Como quer que seja, procurou-se ressaltar que a legitimidade do *Parquet* para pleitear a antecipação dos efeitos da tutela em favor do incapaz, sem chegar a implicar em qualquer transgressão a esquemas tradicionais – ainda que legítima –, deve ser compreendida nesse novo e amplo contexto, em que fica cada vez mais evidente o caráter meramente instrumental que assume o processo, como meio para a tutela dos direitos materiais. Não deixa de representar a legitimação ministerial, portanto, mais um poderoso mecanismo de realização prática dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e do contraditório e ampla defesa.

Impõe-se reconhecer, de tal sorte, que restaram ampliadas as próprias atribuições inerentes à condição de *custos legis* que o Ministério Público ostenta no processo civil, em especial por força da presença de interesses de incapaz. A mera participação na relação processual, a fim de velar pela sua regularidade formal e pela aplicação correta da lei, não mais se mostra suficiente no atual cenário brasileiro, marcado por uma maior conscientização dos jurisdicionados acerca de seus próprios direitos, a despeito da subsistência de inúmeros óbices à sua real tutela, entre os quais se destaca a morosidade da entrega definitiva da prestação jurisdicional, aliada à própria discrepância das forças antagônicas do processo, ditada, especialmente, por enormes contrastes econômicos, sociais, culturais *etc.*

Não há mais espaço, portanto, para a manutenção de um esquema tradicional, em que o Ministério Público se reserva uma postura tímida e discreta de espectador das provas e de órgão consultivo do juiz. Ao revés, deve o órgão ministerial que desempenha a função de *custos legis* assumir posição de destaque na relação processual, em consonância, aliás, com o interesse indisponível que lhe cabe tutelar e, de resto, com as próprias normas ordinárias que já lhe conferem amplas faculdades.

⁵² *Op. cit.*, p. 362

É somente o pleno exercício de tais faculdades, aí se incluindo o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, em favor do incapaz, que pode garantir o desempenho adequado das atribuições do Ministério Público, sobretudo a de fazer cumprir o mandamento constitucional da efetividade do processo, sem o que o mesmo não atinge o seu objetivo de pacificação social.

7. Bibliografia

- 1) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 19ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- 2) BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001.
- 3) BERMUDEZ, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1996.
- 4) BRUM VAZ, Paulo Afonso. *Manual da Tutela Antecipada*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- 5) CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- 6) COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1989.
- 7) _____. *Tutela Antecipada*, 3ª edição, São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- 8) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 1995.
- 9) _____. *A Reforma da Reforma*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002.
- 10) FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 1996.
- 11) FREITAS CÂMARA, Alexandre. *Lineamentos do Novo Processo Civil*, 2ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- 12) _____. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- 13) GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil*, vol. II, 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 1997.
- 14) GUSMÃO CARNEIRO, Athos. *Da Antecipação de Tutela*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- 15) MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1996.

- 16) MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. II, 1ª edição, atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997.
- 17) NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- 18) _____ e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- 19) SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. I, 3ª edição, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.
- 20) _____. "Antecipação de Tutela e Responsabilidade Objetiva". In *Revista AJURIS*, vol. 72/58.
- 21) SILVA LOPES, José Fernando da. *O Ministério Público e o processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1976.
- 22) THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 23ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- 23) WAMBIER, Luiz Rodrigues *et alii*. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. I, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

(*) SÉRGIO BUMASCHNY é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

SERGIO DEMORO HAMILTON (*)

1. Classificada entre os recursos pelo Código de Processo Penal (Capítulo VII, do Título II, do Livro III - arts. 621 a 631), na verdade a revisão criminal nada mais é que uma ação autônoma destinada à impugnação da sentença condenatória trânsita. O vocábulo sentença, *in casu*, é tomado em seu sentido amplo para abranger, igualmente, o acórdão. Assemelha-se, assim, à ação rescisória do processo civil. Porém, enquanto esta fica sujeita a prazo decadencial (art. 495 do CPC), a revisão pode ser proposta a qualquer tempo antes da extinção da pena ou mesmo após (art. 622 do CPP), bem assim quando já ocorrida a morte do réu, pelas pessoas legitimadas a agir na hipótese (art. 623, *in fine*, do CPP). É a chamada reabilitação da memória. Igualmente, no cível, ambas as partes, autor ou réu, conforme o caso, podem ajuizar a rescisória; aqui, na revisão, ela é voltada somente *pro reo*.

No presente estudo, iremos focalizar alguns assuntos controvertidos envolvendo a revisão, muitos deles ainda não devidamente equacionados ou que, pelo menos, merecem ser revisitados na busca de uma solução que, em nosso sentimento, possa traduzir o melhor direito.

2. A primeira matéria que nos parece interessante por em destaque relaciona-se com o ônus probatório da ação revisional. Em conhecido trabalho versando a respeito dos recursos em sede processual penal, ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*¹ sustentam ser equivocada a afirmação de que, na revisão criminal, o princípio do *in dubio pro societate* substitui o do *in dubio pro reo* do processo penal condenatório, incumbindo, destarte, ao condenado, autor na ação revisional, o ônus da prova de suas alegações.

Sustentam aqueles ilustres professores, em seu apreciado estudo sobre os recursos, que, em qualquer tipo de processo penal, "nenhuma presunção pode superar as estabelecidas em favor do acusado ou até mesmo do condenado", embora reconheçam que a presunção de inocência, em termos constitucionais, só vigore até que a sentença penal condenatória passe em julgado (art. 5º, LVII, da CF).

Ouso manifestar meu dissentimento em relação a tal compreensão do tema. Incumbe fazer, na espécie, breve incursão a respeito da natureza jurídica da coisa julgada. Embora sobre a questão existam várias teorias explicativas,

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance, *Recursos no Processo Penal*, pp. 326/327, nota 220, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 3ª tiragem.

como todos têm conhecimento, não resta dúvida que uma das mais relevantes é a da “presunção de verdade” da coisa julgada, necessária, sem dúvida, à estabilidade da ordem jurídica. É certo que se trata de matéria controversa, tendo em conta que ultimada a coisa julgada formal, “a segurança e a pacificação social do direito querem algo mais”, para usar a passagem de LIEBMAN ², ao versar sobre o assunto. Isto justifica a ação rescisória no processo civil e, com maior razão, a revisão criminal em sede processual penal, uma vez que, nesta última, pode estar em jogo a própria liberdade individual do condenado.

Na verdade, a sentença condenatória, operada a coisa julgada formal, até que venha a ser desconstituída, presume-se como acertada e verdadeira, pois do contrário seria monstruosa iniquidade manter-se alguém condenado (e, eventualmente, preso) sem que a decisão traduzisse um ato de justiça do Estado-Juiz. Daí que, ao meu pensar, a máxima de ULPIANO *res judicata pro veritate accipitur*³ goza, ainda, de plena atualidade.

Por tal razão – e somente por ela – é que cabe ao peticionário o ônus probatório na ação de revisão, assim como, antes, no decorrer do processo de conhecimento e de declaração, incumbiu ao autor (Ministério Público ou querelante) provar os fatos constitutivos da pretensão punitiva, sem prejuízo da aplicação do disposto na parte final do art. 156 do CPP ⁴.

Daí, a existência da ação rescisória no cível e da revisão criminal no processo penal, como modelos de aperfeiçoamento da precária justiça dos homens. Aliás, vendo a temática por outro ângulo, tive a ocasião de salientar, quando da apreciação do processo de execução penal, o equívoco do sistema de recursos adotado na Lei de Execução Penal (LEP). Naquela oportunidade, apontara o perigoso caminho traçado pelo legislador, quando, no art. 197 da LEP, dispôs que das decisões proferidas pelo juiz da execução caberá recurso de agravo *sem efeito suspensivo*. Ora, a opção errônea da lei decorre do fato de que não se pode tratar com os mesmos preceitos legais situações processuais diversas em sua ontologia, ou seja, o processo de execução e o processo de conhecimento, quando em jogo a liberdade individual. Neste, a regra é a liberdade, em razão do princípio da presunção de inocência (ou da não-culpabilidade) [art. 5º, LVII, da CF], somente sendo possível a privação da liberdade individual em caráter cautelar, nos casos e na forma admitidos pela lei. Não assim em relação à execução. Aqui, o réu tem contra si uma sentença condenatória

² LIEBMAN, Enrico Tulio, *Eficácia e Autoridade da Sentença*, pp. 152/153, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1945. Para o consagrado mestre, a coisa julgada não constitui um efeito da sentença mas sim algo que se acrescenta aos seus efeitos. Um mero atributo.

³ ULPIANO, L. 207. *Dig. de Regulis Iuris*, apud, CARLETTI, Amilcare, *Dicionário de Latim Forense*, p. 463, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, São Paulo, 7ª Edição, 1997.

⁴ Em relação à parte final do art. 156 do CPP, ressalvo a minha opinião no sentido de que ela só tem cabimento *pro reo*, nunca *pro societate*. Para uma explanação mais ampla a respeito do ônus probatório no processo penal, veja-se o meu estudo “A Ortodoxia do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro: Uma Falácia” in *Processo Penal - Reflexões*, pp. 127 e seguintes, e, de modo especial, consultando-se a nota 14, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

transitada em julgado. Por tal razão, defendi, naquela oportunidade, a posição de que, em algumas hipóteses, o recurso do Ministério Público devesse merecer efeito suspensivo ⁵.

Voltando ao nosso assunto específico, incumbe assinalar que o Pretório Maior já reconheceu, ao meu ver com inteiro acerto, que, em sede de revisão, há inversão do ônus probatório. No sentido do texto, veja-se: *RTJ* 101/90. Na mesma direção podem ser consultados: *RT* 600/329 e 747/649, bem como *JTJ* 230/350 e *RJDTA CrimSP*, 24/505 e 507 ⁶.

TORNAGHI ⁷, ao deter-se no exame do conceito da natureza jurídica da revisão criminal, salienta que a *res judicata* tem fundamento meramente utilitário, qual seja, o de evitar que os pleitos judiciais se eternizem, com evidente prejuízo para a ordem e para a segurança jurídica. Assinala, porém, que, ainda que se pretendesse atribuir-lhe um fundamento lógico, “esse somente poderia ser o da presunção, *iuris tantum*, de acerto da sentença, que transita em julgado”.

Dessa maneira, fica demonstrado que a presunção só não deve subsistir em homenagem à verdade real ⁸, diante da qual a coisa julgada cede lugar.

Por tais razões, entendo não haver qualquer heresia ao afirmar-se que na ação revisional incumbe ao revisionando o ônus de provar o *error in iudicando* ou o *error in procedendo* da sentença condenatória favorecida pela coisa julgada formal.

3. Outra matéria que me parece instigadora em sede de revisão criminal consiste em saber se o Ministério Público está legitimado a propor a rescisória penal ⁹.

Já tivemos a oportunidade de estudar a matéria em outra ocasião e para outros fins, defendendo o entendimento segundo o qual a lei deveria conferir expressamente ao Ministério Público tal capacidade postulatória *pro reo* ¹⁰. Na realidade, a atuação do *Parquet* não estaria voltada no sentido de beneficiar o condenado, que somente de forma reflexa seria premiado. Ao

⁵ Para um melhor exame do *thema*, o eventual leitor encontrará algum subsídio em meu trabalho “Questões e Questúnculas de Processo Penal”, in *Processo Penal - Reflexões*, pp. 207 e seguintes, de modo especial em o n° 05, p. 214 e sgts, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

⁶ Jurisprudência coletada do *Código de Processo Penal Anotado*, DAMÁSIO E. DE JESUS, p. 481, Editora Saraiva, 19ª edição.

⁷ TORNAGHI, Hélio, *Curso de Processo Penal*, vol. II, p. 361, Editora Saraiva, 6ª edição, 1989.

⁸ O princípio da verdade real, cantado em prosa e em verso no processo penal, deve ser entendido nos seus exatos limites, não passando de um mito dar-lhe valor absoluto. A própria revisão criminal é um bom exemplo da sua relatividade, pois não se admite a revisão *pro societate* (art. 623 do CPP). Diga-se o mesmo em relação ao recurso de embargos infringentes e de nulidade somente autorizado ao réu (art. 609, parágrafo único, do CPP).

⁹ Ao examinar a natureza jurídica da revisão, Tornaghi usa feliz expressão para designá-la como “prima-irmã da ação rescisória”. *Apud op. cit.*, in n° 7, dessas notas, p. 361.

¹⁰ Esta foi a proposta apresentada pela Comissão constituída no âmbito do Ministério Público pelo Ato n° 1331, de 08 de setembro de 1997, do Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, Dr. Hamilton Carvalhido, para o fim de estudar a reforma do Código de Processo Penal. Compunham a referida Comissão os Procuradores de Justiça Sergio Demoro Hamilton e José Muiños Piñeiro Filho,

promover a revisão, o Ministério Público, longe de defender o interesse particular do sentenciado, estaria atuando rigorosamente no exercício de suas funções institucionais, voltado, unicamente, para a exata aplicação da lei, pois o Estado não pode quedar-se inerte diante de uma condenação injusta. É o que se encontra dito, com letras de ouro, na Constituição Federal em seus arts. 127 e 129, II e IX. Haverá, porventura, direito individual mais indisponível que o da liberdade individual? Somente a vida pode excedê-lo, pois dela promanam todos os demais direitos.

Demais disso, repugna ao bom senso que o *Parquet* se encontre legitimado expressamente pela lei para impetrar *habeas corpus* em prol do réu (ou do indiciado, ou, até mesmo, em favor do condenado), tal como o permite o art. 654 do CPP, bem como disponha da faculdade de apelar em favor do condenado (art. 577, § único, do CPP) e não se legitime para exercer o direito de ação revisional no objetivo de desconstituir uma condenação nula ou injusta. Observe-se, mais uma vez, que, em todas essas situações, o Ministério Público não atua voltado para o interesse particular eventualmente beneficiado pela medida mas sim na defesa de interesses e direitos indisponíveis, missão maior da Instituição.

É de observar-se, ainda, que não haveria qualquer novidade em nossa legislação, caso a lei viesse a contemplar a providência. Na verdade, as Constituições de 1891 (art. 81 § 1º) e de 1934 (art. 78, 3) ensejavam ao *Parquet* a providência revisional¹¹. A Carta Magna de 1891 fixava a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da revisão, ditando que ela poderia ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo ou *ex officio* pelo Procurador-Geral da República. É certo que o Procurador-Geral da República, na época, era escolhido dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, por designação do Presidente da República (art. 58, § 2º), pois o Ministério Público ainda não contava com uma carreira organizada. Por seu turno, a Lei Maior de 1934 dava competência à Corte Suprema para rever em benefício dos condenados, nos casos e na forma determinada em lei, os processos findos em matéria criminal, atendendo a requerimento do réu, do Ministério Público ou de qualquer pessoa (art. 78, 3, destaque meu).

Da mesma forma, o antigo Regimento Interno do Pretório Maior legitimava o Procurador-Geral da República para propor ação revisional (art. 247).

bem como os Promotores de Justiça Afrânio Silva Jardim, Alexandre Viana Schott e Rogério Pacheco Alves, cabendo ao primeiro presidi-la. As sugestões foram adotadas pelo Procurador Geral de Justiça, que as encaminhou ao Srs. Ministros de Justiça de então, Iris Rezende Machado, e do Supremo Tribunal Federal, Dr. Marco Aurélio Mello, valendo como proposta oficial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Para uma consulta a respeito das diversas sugestões apresentadas, naquela oportunidade, pela referida Comissão, veja-se a *Revista do Ministério Público-RJ*, 3ª fase, nº 08, 1998, pp. 275 e seguintes.

¹¹ *Constituições do Brasil*, da Coleção de Códigos Liber Juris, 1º volume, organizada por Floriano Aguiar Dias, edição de 1975.

Dessa maneira, houve, não há negar, um retrocedimento em nosso direito positivo ao tolher-se ao *Parquet* a providência revisional, atuação, sem dúvida, perfeitamente identificada com a própria finalidade histórica da Instituição.

No campo da legislação alienígena, igualmente, concedem ao Ministério Público o poder-dever de postular a revisão o *Codice di Procedura Penale* (art. 632, I, b), na Itália, e o Código de Processo Penal Português (art. 450, I, a), aqui referidos sem qualquer pretensão exaustiva¹².

De toda a sorte, impõe-se que a lei venha, de forma expressa, a legitimar, tal como já ocorreu no passado, o Ministério Público para propor a rescisória penal.

Porém, a matéria não se exaure de forma tão simplista. À minguada de texto expreso em nosso direito positivo estará, ainda assim, o Ministério Público impossibilitado de pleitear a revisão criminal?

Não resta dúvida que não mais dispomos da ação popular de revisão criminal, tal como consagravam as nossas Constituições de 1891 e de 1934. Com efeito, ambas legitimavam “qualquer do povo” ou “qualquer pessoa”, respectivamente, a requerer a revisão. Na atualidade, tal como aponta o art. 623 do CPP, somente as pessoas taxativamente indicadas naquele dispositivo podem postular a medida revisional. Em relação à nova orientação legislativa, vedando a ação popular, entendo acertada a providência, por evitar que os tribunais, já assoberbados de feitos, fossem atropelados por um número exacerbado de pedidos revisionais destituídos de qualquer fundamento. Trata-se de providência técnica, que não pode ser transformada em uma nova apelação. Era o que, fatalmente, ocorreria, caso fosse admitida a legitimação de “qualquer do povo” como autor daquela ação autônoma de impugnação. A ação popular tem sentido no *habeas corpus*, não assim na revisão, sujeita ao exame de condições de admissibilidade que exigem maior discernimento técnico. No entanto, volto a indagar: O Ministério Público fica impedido de agir pelo fato de não estar incluído no elenco dos legitimados a que alude o art. 623 do CPP?

No sentido de que o *Parquet* pode requerer a revisão criminal há antiga manifestação do saudoso Ministro Cordeiro Guerra¹³, que, por três décadas ornamentou o Ministério Público do Rio de Janeiro, tendo ocupado o cargo de Procurador-Geral de Justiça do extinto Estado da Guanabara.

Do mesmo sentir é o pensamento do Professor PAULO RANGEL¹⁴. Com efeito, registra aquele ilustre Promotor de Justiça que o art. 623 do CPP, como

¹² Vale a anotação de que o diploma processual luso confere ao *Parquet* uma amplitude postulatória de grandes proporções, pois o pedido pode ser direcionado contra quaisquer decisões, sejam elas condenatórias, sejam elas absolutórias ou, até mesmo, contra a decisão de impronúncia. Veja-se, para fim de consulta, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, vol. IV, p. 585, Saraiva, 1997.

¹³ GUERRA, João Baptista Cordeiro, “O Ministério Público nos Processos de Mandado de Segurança e de Habeas Corpus”, in *RT* 547/442, *apud op. cit.*, in nº 6, dessas notas, p. 484.

¹⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 6ª edição, pp. 758/760, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

lei ordinária que é, deve ser interpretado em compasso com a Constituição e esta faz do *Parquet* o guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*). Assim, para o fiel desempenho de sua missão institucional, terá o *Parquet*, necessariamente, de dispor dos meios legais, para, através da via jurisdicional, realizar aquelas nobres finalidades assinaladas na Lei das Leis, restabelecendo a ordem jurídica violada em decorrência do erro judiciário.

Por tal razão, e dentro desta mesma ótica, o douto Promotor de Justiça do nosso Estado, Dr. Eduardo Slerca, em setembro de 2002, apresentou ao Instituto dos Advogados Brasileiros indicação de *lege ferenda* no sentido de incluir o Ministério Público no rol de legitimados para a propositura da revisão criminal. A indicação viu-se encaminhada à Comissão de Direito Penal da Casa de Montezuma, onde deverá receber parecer, para, após, se acolhida, ser encaminhada ao Congresso como provocação do próprio IAB à atividade legiferante daquele Poder de Estado (IAB, indicação 47/02).

Esta, sem dúvida, a via mais adequada para suprir a deficiência legislativa, corrigindo-se a omissão imperdoável do art. 623 do CPP, tal como alviamos em nosso estudo datado de 1998¹⁵. Até lá, haverá sempre discussão doutrinária e divergência jurisprudencial sobre o *thema*, principalmente por parte do pensamento daqueles que ainda não se deram conta do novo perfil constitucional do Ministério Público, tão bem delineado na Carta Magna de 1988.

Enquanto tal não se der, parece-me acertada a posição doutrinária que vem sustentando o cabimento do provimento revisional, por parte do Ministério Público, extraindo tal entendimento não só do texto da própria Constituição Federal como também da interpretação sistemática do próprio Código de Processo Penal.

4. Tema assaz interessante em sede de revisão criminal relaciona-se com o exame que deva merecer o art. 630 do CPP. Consta do dispositivo em questão que o Tribunal, se o interessado o requerer, quando do julgamento da revisão, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. Tais gravames, como sabido, decorrem da condenação injusta ou eivada de nulidade. Dela, não há negar, podem advir graves danos materiais e morais para o condenado. Aqui também já tive a ocasião de manifestar-me, voltado para finalidade diversa, ao examinar o entendimento esposado por respeitável corrente doutrinária que se ocupou da matéria, emprestando-lhe uma compreensão que não me sabe a mais adequada¹⁶.

Disponha a lei, ao meu pensar com inteiro acerto, que a indenização não seria devida "se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou

¹⁵ *Apud op. cit.*, in nº 10 dessas notas.

¹⁶ O eventual interessado poderá encontrar algum subsídio sobre o assunto em meu estudo "Novas Questões de Processo Penal", in *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, nº 19, abr-maio de 2003, pp. 07 e segs, no particular detendo-se no exame do nº 06 do aludido trabalho, feito no objetivo de oferecer sugestões para a tão decantada reforma do processo penal.

falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder" (art. 630, § 2º, letra "a" do CPP).

Havia, ainda, uma segunda ressalva que recusaria a indenização "se a acusação houvesse sido meramente privada" (art. 630, § 2º, letra "b" do CPP).

A primeira restrição, segundo entendo, não comporta dúvida, pois o condenado não poderia valer-se da sua própria falta para, mais tarde, vir a pretender indenização do Estado. Averbese-se que não vislumbro a necessidade de que o condenado tenha agido de boa ou má-fé. No último caso, não poderia invocar a própria torpeza para obter posterior vantagem, ao passo que no primeiro (quer tenha agido com culpa, quer tenha obrado até por motivo nobre) o Estado não haveria que responder por uma indenização, pois, *rebus sic stantibus*, o juiz bem decidira, dando ao réu a prestação jurisdicional que a prova dos autos estava a demonstrar.

Ocorria, ainda, uma segunda limitação ao dever de indenizar quando "a acusação houvesse sido meramente privada" (art. 630, § 2º, letra "b" do CPP). TORNAGHI¹⁷, deparando-se com a *quaestio*, entende que, nessa hipótese, o erro judiciário decorre do juiz e, conseqüentemente, do Estado. Caso o Estado sustente que foi induzido em erro pelo querelante, deve agir regressivamente contra ele ou chamá-lo ao processo (art. 77 do CPC).

Acontece que a Constituição Federal de 1988 tornou incondicional a indenização decorrente de erro judiciário, derogando, destarte, o § 2º em comentário pelo fenômeno da não-recepção.

Não se discute aqui o dever de indenizar o condenado por erro judiciário; do mesmo passo não se põe em dúvida o dever de reparar o dano sofrido pelo réu que venha a ficar preso além do tempo estabelecido na sentença. Soa-me inadequada a forma genérica com que a matéria veio a ser posta na Constituição Federal de 1988.

É certo, assim alvitro, que não logrará êxito qualquer ação movida contra o Estado, desde que o autor se encontre em uma daquelas condições a que se referia o derogado parágrafo segundo, alínea "a", do art. 630 do CPP. Porém, de qualquer forma, restou uma porta aberta para a propositura de futuras ações temerárias, a inundar o foro, já tão saturado de lides.

O art. 630 do CPP autoriza o autor da revisão, ao lado do pedido penal, como é óbvio, à pretensão civil no objetivo de obter "justa indenização pelos prejuízos sofridos", procedendo-se à liquidação, como se impõe, no Juízo cível (art. 630, § 1º do CPP).

No entanto, o relevante ponto que nos levou a examinar o presente tópico prende-se ao ensinamento doutrinário de ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*¹⁸, quando assinalam que "essa pretensão civil, feita valer no juízo criminal, tem peculiaridades no sistema brasileiro, porquanto a Fazenda Pública -

¹⁷ *Apud op. cit.*, in nº 07, dessas notas, p. 373.

¹⁸ *Apud op. cit.*, in nº 1 dessas notas, pp. 332/333.

sujeito passivo da pretensão: parágrafo 1º do art. 630 – não é citada para se defender. Somente o MP é parte passiva na demanda revisional, de modo que se deve entender que o *Parquet* representa no processo não apenas o interesse penal do Estado, mas também o interesse civil da Fazenda”.

Com todo o respeito que devoto àqueles eminentes mestres do processo penal, não concebo tal colocação. Não me surge possível, diante do perfil traçado para o Ministério Público pela Carta Política de 1988, possa o *Parquet* representar o interesse civil da Fazenda na revisão criminal. Em presença da nossa Constituição Federal, compete ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica” (art. 127) e isso diz tudo. Por outro lado, o art. 129, IX veda ao Ministério Público exercer outras funções que não sejam compatíveis com a sua finalidade, como por exemplo, a representação judicial e a consultoria a entidades públicas¹⁹. Basta a simples leitura dos arts. 131 e 132 da Carta Magna para que se verifique o equívoco apontado. O primeiro daqueles dispositivos confere à Advocacia Geral da União a representação judicial da União, enquanto o segundo atribui aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercer aquela mesma função nas respectivas unidades federadas, conforme a condenação promane, respectivamente, da União (Justiça Federal) ou do Estado e do Distrito Federal.

O Supremo Tribunal Federal, chamado a pronunciar-se sobre a questão, já deixou bem claro que “interesse e fiscalização não se conciliam, pois quando o Procurador-Geral é advogado da Fazenda, deixa de ser MP. (RTJ 62/139, e, especialmente, p. 143)”²⁰.

Sabe-se que a lei processual penal não previu a citação da Fazenda Pública, que, no caso, seria o sujeito passivo da pretensão civil de ressarcimento. Porém, ela não poderá ficar sem defesa, em face de eventual sucumbência que decorra do julgamento da revisão.

Como resolver o impasse?

Não haverá outro meio que não seja o seu chamamento ao processo de revisão, caso, evidentemente, ocorra, também, a pretensão civil por parte do revisionando.

Vale a ponderação de que a Constituição Federal, ao tornar incondicional a indenização decorrente de erro judiciário (art. 5º, LXXV), certamente teve em mira guardar coerência com o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, previsto de forma genérica no art. 37 § 6º, assegurando-se, naturalmente, o direito de regresso contra o agente do Estado responsável, nos casos de dolo ou de culpa manifesta.

Nunca, porém, perdoe-me o eventual leitor pela insistência, incumbirá ao *Parquet* defender os interesses da Fazenda Pública, podendo, inclusive, ao opinar na ação revisional, manifestar-se favoravelmente ao pedido do autor.

¹⁹ Veja-se, a respeito, o ensinamento de HUGO NIGRO MAZZILLI, in *Regime Jurídico do Ministério Público*, Editora Saraiva, 1993, p. 62. Ali está assinalada a necessidade da atuação do *Parquet* na defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como no zelo do bem geral.

²⁰ Manifestação jurisprudencial colhida *apud op. cit.*, in nº 19, dessas notas, p. 177.

5. A doutrina e a jurisprudência, em sua grande maioria, têm admitido a possibilidade de o condenado, pessoalmente, ajuizar a revisão criminal, dispensando-se a sua representação por meio de advogado ²¹.

Nessa ordem de idéias, a petição inicial poderia ser redigida e assinada de próprio punho pelo condenado, uma vez que o art. 623 do CPP não afrontaria os arts. 133 da Constituição Federal e 1º, § 1º do Estatuto da Advocacia e a OAB, que reconhecem ser o advogado presença indispensável à administração da Justiça.

A questão já fora objeto de discussão ao tempo do anterior Estatuto da OAB, lei federal posterior ao Código de Processo Penal e que, ao meu alvedrio, revogara o art. 623 do Código de Ritos.

Também naquela época predominara o entendimento no sentido de que a revisão criminal deveria ser exercida sem restrições, podendo, assim, o próprio condenado exercitá-la, independentemente da assistência de advogado.

Com a nova ordem constitucional e com o novo Estatuto da OAB, o tema voltou a ser ventilado, gerando grande controvérsia, tendo em conta a indispensabilidade da presença de advogado, afirmada, de forma peremptória, pela Lei Maior.

O próprio art. 623 da lei processual apresenta-se extremamente defeituoso por não fazer distinção entre os legitimados para agir (legitimidade *ad causam*) e a capacidade postulatória. Aqueles seriam o condenado ou, no caso de morte do réu, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, situação processual contemplada na doutrina sob a feliz designação de reabilitação da memória. Estes, à luz da lei, os legitimados a agir. O procurador legalmente habilitado a que se refere o art. 623 seria o advogado do condenado, dotado de capacidade postulatória. Porém, a redação do aludido dispositivo, ao usar a disjuntiva sob a forma de alternatividade, faz entrever que um e outro estão legitimados para o processo e que, ambos, dispõem de capacidade processual.

Nasce daí, quero crer, toda a confusão.

A opinião que preside a corrente majoritária prende-se ao fato de que o direito à revisão, por sua índole constitucional, deve ser exercido de maneira ampla, sem limitação de qualquer espécie, justificando-se, destarte, o preceito legal do art. 623 em análise.

Não colhe o argumento de que o acesso à Justiça (art. 5º, XXV da CF) e a tutela à liberdade individual (art. 1º, *caput*, da CF) devem sobrepor-se a todo preço a qualquer limitação no que respeita à capacidade postulatória em matéria de revisão criminal. É preciso ter em conta que a Carta Magna, igualmente, considera o advogado como figura "indispensável à administração da justiça" (art. 133), estando a advocacia (Seção III), ao lado do Ministério Público (Seção

²¹ Podem ser registrados alguns julgados em favor de tal orientação: TACrimSP, Rv.Crim 269.940, 7º Grupo Câms., RT719/418, TJSP, Rv.Crim 50299, RJTJSP 106/464, *apud op. cit.*, in nº 6 dessas notas, pp. 483/484.

I) e da advocacia pública (Seção II), incluídos entre as funções essenciais à justiça (Capítulo IV do Título IV). Por tal razão, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, guardando compasso com a Lei Maior, define como "atividade **privativa** de advocacia a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais" (art. 1º, I, da Lei 8906, de 04-VII-1994) [destaque meu]. Abre exceção, como não poderia deixar de ocorrer, para a impetração de *habeas corpus*, ação popular por excelência que tutela a liberdade individual (Art. 1º, § 1º). Averte-se que, diante do Estatuto, nem mesmo perante os Juizados Especiais Cíveis dá-se a dispensa de advogado ²².

Ora, a revisão, no que respeita à sua natureza jurídica, apresenta-se como uma ação penal constitutiva, sujeita a um processo de conhecimento limitado, que requer a observância de uma série de requisitos técnicos. Em suma: não é matéria para leigos, dada a sua complexidade. Pensar em contrário será contrariar a própria natureza das coisas, fazendo com que os tribunais fiquem abarrotados de petições ineptas, quando redigidas pelo próprio condenado, que, na ânsia compreensível na busca da liberdade, encaminha ao Judiciário toda a sorte de postulações destituídas de qualquer base jurídica.

Ao meu tempo de Procurador de Justiça, perante a Seção Criminal de nosso Tribunal de Justiça (RJ), quando tais petições me vinham com vista, não emitia parecer de mérito. Em respeito ao direito de petição do condenado e para não lhe tolher o acesso à Justiça, sistematicamente requeria ao relator do feito que ensejasse vista à Defensoria Pública com atribuição no colegiado para que, se possível, desse forma jurídica ao pedido, sem prejuízo, caso assim o desejasse, de o próprio condenado escolher, no futuro, advogado de sua confiança.

Com tal providência, evitava argüir, desde logo, a inépcia da inicial formulada pelo próprio sentenciado, dando-lhe a oportunidade do exercício do sagrado direito de petição e de um completo e bem assistido acesso à Justiça.

6. Fascinante, não há negar, é a questão que envolve a revisão criminal em relação às decisões do Tribunal do Júri. A doutrina e a jurisprudência amplamente dominantes sustentam a possibilidade da rescisória penal sem limites nos casos da decisão oriunda do tribunal popular ²³.

Aqui, também, penso de forma diferente de tão ilustres pronunciamentos. Com efeito, assegurando o art. 5º, XXXVIII, letra "c" a soberania dos veredictos, não me parece possam os juízes de direito substituir os juízes leigos, no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

²² A matéria, nesse ponto, encontra-se *sub iudice* no STF, que suspendeu liminarmente a vigência do art. 1º, I, na parte relacionada aos juizados especiais, em ADIn em curso naquela corte tendo por objeto diversos dispositivos da Lei 8906/94, ao argumento de infringência ao princípio do acesso à Justiça (*Apud op. cit.*, in nº 1 dessas notas, p. 623).

²³ PORTO, Hermínio Alberto Marques, in *Júri*, pp. 39/40, Editora Saraiva, 2001, no sentido indicado, com apoio nas opiniões valiosas de MARQUES, José Frederico e TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Do mesmo sentir o Supremo Tribunal Federal, in *RTJ* 115/1114 e *HC* 67.737, *DJU* de 16-2-90, p. 930, *apud op. cit.*, in nº 6 dessas notas.

Entenda-se bem o conceito de soberania (do latim *super omnia*, ao pé da letra, sobre todas as coisas); quando a Carta Política assegura tal predicado aos julgamentos do tribunal popular, não está ela afirmando que se trata de uma decisão incontestável, impossível de ser revista, pois nenhuma providência humana merece tal regalia quando em jogo uma condenação criminal e, por via de consequência, a liberdade individual, tutelada no primeiro plano dos direitos e garantias fundamentais do homem (art. 5º, *caput*). Somente a vida guarda precedência em relação à liberdade, pois dela defluem todos os demais direitos, como já ressaltado.

O problema que se coloca consiste em saber se o juiz togado, em face do que dispõe a Constituição Federal, dispõe de jurisdição para rever o veredicto popular. Averte-se que, ao meu alvitre, não se trata de mera questão de falta de competência mas sim de ausência de jurisdição para reexaminar a decisão de mérito emanada do juiz leigo, decorrendo daí a impossibilidade da revisão da matéria pelo juiz de direito.

É preciso assinalar que o tribunal não fica tolhido de examinar o veredicto. Porém, ao desconstituí-lo, restaura a competência do Júri, único juiz natural dotado de jurisdição, reafirme-se, para, quanto ao mérito, julgar o réu nos crimes dolosos contra a vida.

Nem se argumente que a soberania do Júri cede a várias injunções, tais como o protesto por novo júri ou à apelação, nos casos previstos em lei. Tal linha de pensamento não se presta para justificar a possibilidade da adoção da revisão criminal como meio válido para, quanto ao mérito, substituir o julgado dos jurados. Em relação ao protesto por novo júri, é de ponderar-se que se trata de recurso de juiz leigo para juiz leigo. *Substantia non mutat*. É o próprio Júri, por novos jurados, que irá reapreciar o veredicto recorrido, desde que verificada a hipótese rara contemplada na lei. Portanto, não se sustenta o argumento que pretende estabelecer uma analogia entre as duas situações, pois, quando do Protesto, a jurisdição popular resta resguardada em toda a sua plenitude. É recurso de juiz natural para juiz natural, de leigo para leigo.

Diga-se o mesmo em relação à apelação, pois, quanto ao mérito, o Tribunal não revoga o veredicto, limitando-se a prover o apelo para que novo julgamento seja levado a efeito pelo Júri (art. 593, III, "d" c/c § 3º do CPP). Igualmente, na hipótese de nulidade posterior à pronúncia (art. 593, III, "a" do CPP) a instância superior limita-se a atuar como mera *giurisdizione regolatrice*, verificando a ocorrência ou não de *error in procedendo*. Portanto, não é em qualquer apelação que o juízo *ad quem* funciona como *judicium rescindens* e *judicium rescissorium*. Nos dois casos acima anotados, o máximo que o Tribunal poderá fazer consiste em rescindir o julgamento e determinar a realização de novo julgamento por novos jurados. Reafirmo: trata-se de matéria que envolve jurisdição e não mera questão de competência. Daí, parecer-me equivocada a analogia que se busca estabelecer entre aquelas duas situações processuais e a plena jurisdição que se pretende emprestar ao juízo revisional no exame do veredicto proveniente do tribunal popular.

Penso, porém, que em duas outras situações processuais torna-se possível que o juízo revisional possa rever a sentença emanada do juiz de direito que presidiu o julgamento. Isto se dará se a sentença do juiz presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dadas pelos jurados aos quesitos. Aqui, o juízo revisional fará a devida retificação. Diga-se o mesmo quando houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena.

Anote-se um dado importante: no caso, o Tribunal está revendo a sentença do juiz, portanto atuando dentro da sua própria jurisdição, buscando a decisão justa. Já nos casos anteriores, ele estaria cassando o veredicto, absolvendo um réu que fora condenado por seu juiz natural, o Júri, ou invalidando o julgamento ali proferido.

Portanto, o julgamento da revisão estará restrito, nos casos apontados, à rescisão do que ficou decidido pelo Tribunal do Júri, órgão julgador que continuará competente para o novo julgamento, tal como ocorre com a apelação.

7. Iniciamos o presente trabalho acenando para o equívoco do Código de Processo Penal ao classificar entre os recursos a revisão criminal, quando, na realidade, ela nada mais é que uma ação voltada para a rescisão de uma condenação coberta pelo manto da suma preclusão. Pondere-se, no entanto, que, embora indevida a topologia da revisão no Código de Ritos, vale a anotação de que o recurso, do ponto de vista ontológico, é ação, como já tive a oportunidade de analisar a matéria, em outra ocasião ²⁴.

Observe-se que TORNAGHI ²⁵, do alto do seu saber, minimiza a discussão que se instaurou no campo da doutrina a propósito da natureza jurídica da revisão, ao registrar que a dissidência perde substância “para os que sustentam que todo recurso é ação”, segundo ele uma questão bizantina, até mesmo entre os que assim não pensam, não vislumbrando, nessa maneira de ver, qualquer importância prática em que a lei discipline a revisão como ação rescisória ou como recurso. E observa, concluindo, que, nesse caso, será um “recurso excepcional”, caracterizado pelo fato de só caber de sentenças finais, isto é, aquelas transitadas em julgado. No particular, afastou-me do eminente processualista, meu professor sempre lembrado. Tenho como certa, certíssima, a afirmação no caminho de que recurso é ação. Porém, nem por isso merece aplauso a colocação dada pelo Código ao disciplinar a revisão como “recurso excepcional”, como quer TORNAGHI, ou, ainda, com qualquer outra designação que se lhe empreste. É remansoso que o recurso, seja ele qual for, tem como pressuposto objetivo a exigência do prazo legal para a sua interposição. Portanto, uma vez trânsita a decisão, isto é, protegida pela suprema preclusão, não há falar em recurso mas sim em ação rescisória do julgado. O Código de Processo Civil, acertadamente, trata, separadamente, os dois temas, ocupando-se da ação

²⁴ Para um exame mais pormenorizado do assunto, veja-se o meu estudo “O Recurso do Assistente do Ministério Público” in *Processo Penal - Reflexões*, pp. 153 e seguintes, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

²⁵ *Apud op. cit.*, in nº 7 dessas notas, p. 361.

rescisória no Capítulo IV, do Título IX, do Livro I, que cogita "Do Processo nos Tribunais" (arts. 485 a 495) e dos recursos no Título X (art. 496 e seguintes) do mesmo Livro.

No magistério de PONTES DE MIRANDA, o que caracteriza o recurso é ser uma via "impugnativa dentro da mesma relação jurídica processual da resolução judicial que se impugna" ²⁶. Ora, sob o efeito da *res judicata*, o *decisum* só pode ser enfrentado, no crime, pelo caminho da revisão. Daí a má disposição do Código de Processo Penal ao discipliná-la entre os recursos.

No trabalho de reconstrução do processo penal que vem sendo elaborado nos últimos anos, nem sempre para melhor, assinale-se, dar-me-ia por bem recompensado se algumas dessas notas esparsas, abordando a revisão, pudessem contribuir para o aperfeiçoamento técnico de nossa tumultuada legislação processual penal.

Inverno de 2003.

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado das Ações*, v. XIV, p. 257, *apud Curso de Direito Processual Civil*, THEODORO JÚNIOR, Humberto, vol. 1, p. 634, 20ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997.

(*) SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e professor universitário.

PARECERES

E

RAZÕES

Rejeição de aditamento de denúncia. Aplicação analógica, pelo Juiz, do art. 28 do Código de Processo Penal ao entendimento de que a colocação diante do Judiciário de nova hipótese acusatória, via aditamento, gera a mesma eficácia da recusa pelo Juiz em aceitar o requerimento de arquivamento do inquérito policial. Impossibilidade de substituição, pelo Procurador-Geral de Justiça, do juízo acusatório formado pela Promotoria de Justiça, sob pena de ofensa ao princípio do Promotor natural.

ASSESSORIA CRIMINAL

Procedimento Administrativo MP- nº 5034/03

Origem: Juízo de Direito da 37ª Vara Criminal da Comarca da Capital (Processo nº 2001.001.083730-0)

Assunto: *Rejeição de aditamento de denúncia - Art. 28 do Código de Processo Penal aplicado por analogia*

Rejeição de aditamento de denúncia. Art. 28 do Código de Processo Penal aplicado por analogia. Promotoria de Justiça que, após a instrução criminal relativa a processo instaurado em virtude da prática do crime de furto, oferece aditamento modificando a narrativa fática e postulando a condenação em virtude da ocorrência do crime de receptação. Discordância judicial, com remessa dos autos à Chefia do *Parquet*, sob o fundamento de que a colocação diante do Judiciário de nova hipótese acusatória, via aditamento, gera a mesma eficácia da recusa pelo Juiz em aceitar o requerimento de arquivamento do inquérito policial. Impossibilidade de substituição, pelo Procurador-Geral de Justiça, do juízo acusatório formado pela Promotoria de Justiça, sob pena de ofensa ao princípio do Promotor natural. Juízo sobre a *admissibilidade* da acusação superveniente, operada via aditamento, que não pode ser excluída da apreciação judicial. Descabimento de aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, não sendo hipótese de intervenção da Chefia Ministerial. Parecer, pois, no sentido da devolução dos autos ao douto Juízo de origem.

PARECER

Ex.^{mo} Sr. Procurador-Geral de Justiça

O Ex.^{mo} Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, Juiz de Direito da 37^a 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 procedimento acima referenciado.

Cuida-se de ação penal deflagrada em face de Aloízio da Costa Bezerra em virtude do cometimento do crime de furto (art. 155, *caput*, do Código Penal). Segundo narra a denúncia, o acusado foi preso em flagrante em virtude de ter subtraído, para si, uma bolsa contendo em seu interior diversas peças de roupa pertencentes a Iranilton Pereira da Silva.

Após regular instrução criminal, a Promotoria de Justiça ofereceu rerratificação da denúncia, passando a imputar ao acusado, em virtude dos mesmos fatos, a conduta de ter recebido, em proveito próprio, os já referidos pertences de Iranilton Pereira da Silva, sabendo aquele tratar-se de produto de crime. Atribuiu, portanto, ao acusado a Promotoria de Justiça a conduta descrita no preceito primário da norma constante do art. 180, *caput*, do Código Penal (fls. 62/63). Ato contínuo, a Promotoria de Justiça ofertou suas alegações finais opinando pela condenação do acusado em virtude da prática do crime de receptação (fls. 64/66).

Em fls. 72/79, consta decisão judicial, na qual o Magistrado não recebe o aditamento oferecido pela Promotoria de Justiça e determina a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça por aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, submetendo o acerto ou desacerto do aditamento à *opinio* da Chefia Ministerial. Em seus argumentos, sustenta o ilustre Magistrado: "(...) *Em um sistema que passou a permitir que as redefinições da acusação influenciassem até mesmo o cabimento de soluções consensuais não tradicionais, praticamente impondo a nova configuração da imputação, por intermédio da desclassificação, para por exemplo facultar a formulação de propostas de transação penal e de suspensão condicional do processo naqueles casos em que a imputação original interditava as soluções penais negociadas, não se pode mais deixar de considerar a eficácia de que está dotada a simples manifestação do Ministério Público, no sentido de pretender aditar a denúncia e alterar a imputação. E esta eficácia consiste em colocar diante do juiz nova hipótese acusatória cuja inadmissibilidade – por força da rejeição do aditamento, como no presente caso – há de gerar os mesmos efeitos da recusa pelo juiz em aceitar o requerimento de arquivamento do inquérito policial: a imputação deverá ser submetida ao Procurador-Geral (aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal).*

Admitindo-se a solução mais usual, de facultar ao Ministério Público recorrer da decisão, a única consequência prática consistiria em deslocar a questão sem mudar a essência. O Tribunal decidiria sobre o (des)acerto do aditamento e, conforme fosse a

decisão, manteria a imputação contra a posição do titular constitucional do direito de ação penal, que é o Ministério Público. O estigma de inconstitucionalidade estaria sendo transferido da sentença para o acórdão do Recurso em Sentido Estrito" (fls. 77/78).

Este o relatório.

Salvo melhor juízo, a hipótese é de *não-intervenção da Chefia Ministerial, devendo os autos serem devolvidos ao douto Juízo de origem*.

Com efeito, o aditamento oferecido pela Promotoria de Justiça, apesar de ostentar o *nomen* de rerratificação, não passa de uma forma velada de desistência da ação penal originariamente exercida. Sim, pois o pedido de condenação inicial (um dos elementos identificadores da referida ação), que se deu em relação ao fato de o réu ter *subtraído* (este o elemento reitor que consubstancia o núcleo do tipo) a *res furtiva*, foi relegado a último plano, ou mesmo a nenhum, pois, em alegações finais, a Promotoria de Justiça pugna pela procedência *somente* do *novo* pedido: condenação com base em ter o réu *recebido*, em proveito próprio, coisa que sabia ser produto de crime, vale dizer, pelo crime de receptação (art. 180, *caput*, do Código Penal). Ora, tal desistência jamais pode ser aceita pelo Juiz, a quem incumbe, *no mínimo*, apreciar o pedido originário em relação ao fato narrado que consubstancia o crime de furto ¹. Isto por força do comando inscrito no art. 42 do Código de Processo Penal ². Contudo, permite-se-lhe proferir juízo positivo acerca da admissibilidade do aditamento, o que, se viabilizado, acresce imputação alternativa à já fixada na ação originária. Trata-se, decerto, de *imputação alternativa superveniente*, como acentua a melhor doutrina ³.

¹ Eis a lição de AFRANIO SILVA JARDIM: "Urge salientar, ainda, que os aditamentos não podem importar em retirar ou desfazer a imputação originalmente feita na denúncia, ainda que indiretamente, o que violaria o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, consectário lógico da obrigatoriedade do seu exercício. Não é incomum encontrarem-se aditamentos que importem em rerratificação de denúncias, em que a parte rertificada tem como escopo alterar o 'fato principal' já imputado ou imputá-lo a outrem que não o primitivo réu. Tal não deve ser admitido. *Posta a imputação, ela não pode ser subtraída da apreciação do juiz em julgamento de mérito*. Cabe um esclarecimento: quando falamos em 'fato principal' estamos usando a expressão no sentido utilizado pela norma do art. 110, § 2º, do Código de Processo Penal" (*Direito Processual Penal*, p. 127, 6ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997) - *Os grifos não constam do original*.

² O art. 42 do Código de Processo Penal dispõe: "*O Ministério Público não poderá desistir da ação penal*".

³ Por oportuno, cite-se, mais uma vez, a lição de AFRANIO SILVA JARDIM: "De relevo acentuar, outrossim, que tal aditamento não importa em desistência da imputação primitiva, o que não se admite em se tratando de ação penal pública. Apenas abre-se uma nova possibilidade de julgamento, fiel ao princípio da correlação entre acusação e sentença. Diante da prova nova, o Ministério Público amplia o *thema decidendum*, criando uma outra opção para o julgador. Em verdade, cria-se uma forma superveniente de imputação alternativa, conforme já sustentamos em trabalho doutrinário, com lastro em aresto do Supremo Tribunal Federal" (*ob. cit.*, p. 126). Ao que parece, também é a posição do ilustre SERGIO DEMORO HAMILTON: "Em boa técnica, o aditamento da denúncia só poderia ser postulado, até a fase de alegações finais, pelo Ministério Público (ou, quando cabível, pelo querelante, na hipóteses do art. 29 do CPP), após concluída a instrução criminal. Não tem o mínimo sentido o juiz tomar tal providência sem violar, ainda uma vez mais, o sistema acusatório. É, novamente, o juiz atuando de ofício para agravar a situação do réu. *Este se verá diante de*

Todavia, sem invadir o juízo relativamente ao acerto, ou não, do exercício da ação penal, via aditamento, pela Promotoria de Justiça, deve-se ressaltar *não se poder equiparar, venia concessa* e ao contrário do que assevera o douto Magistrado, a colocação diante do juiz de nova hipótese acusatória (via aditamento) à recusa pelo juiz em aceitar o requerimento de arquivamento do inquérito policial. Nesta última hipótese, o art. 28 do Código de Processo Penal é aplicado em sua inteireza. Na primeira, não há analogia a ser buscada no referido preceito legal. Aqui, cumpre ao Juiz realizar o exame sobre a admissibilidade da acusação, podendo (*rectius*, devendo, se negativo o seu juízo) coarctar o exercício abusivo da ação penal, seja rejeitando a denúncia, seja rejeitando o aditamento. As posições, com efeito, são *diametralmente opostas*, e não se consegue vislumbrar identidade ou aproximação que legitime a utilização da analogia.

Contudo, o juízo acerca da *admissibilidade* da ação penal – e, por conseguinte, do aditamento, que é uma das formas de seu exercício – é privativo do Poder Judiciário. E isto não subverte a essência do sistema acusatório público, pois mesmo neste sistema não será o Ministério Público, por intermédio de sua Chefia Institucional, o detentor da prerrogativa de ver posta *e aceita* em juízo a relação jurídica de direito material alegada quando do ajuizamento da ação penal. A deflagração desta compete privativamente ao Ministério Público; o juízo quanto à sua admissibilidade, ao Judiciário (que, ultrapassada esta fase, também será o órgão competente para examinar o conteúdo da pretensão condenatória). Isto sob pena de se inverterem os papéis dentro do próprio sistema acusatório.

A função institucional constitucionalmente deferida ao Ministério Público com vistas à deflagração privativa da ação penal pública (art. 129, I, da Constituição da República) não é, nem poderia ser, ilimitada: o controle exercido pelo Judiciário, em relação à *admissão* da acusação, funciona como um filtro destinado a reter acusações infundadas ou em descompasso com um suporte probatório idôneo a legitimá-las. Neste particular, a detenção da *opinio delicti* e o poder-dever de submeter ao Poder Judiciário o exame da pretensão condenatória, titularizados pelo *Parquet*, não implica – nem poderia implicar – necessariamente que toda acusação deva ser admitida pelo Juízo. A aceitar-se esta tese, não se teria tão-somente “*radicalização da acusatoriedade*”, ou mesmo “*busca máxima da acusatoriedade*”, mas, sim, *acusatoriedade sem lîndes*, o que desembocaria, sem dúvidas, no exercício abusivo (e quiçá temerário!) do direito de ação penal ⁴. A conclusão a que chega o douto Magistrado importa conferir

uma imputação alternantiva, caso o Ministério Público, provocado pelo juiz, entenda ser cabível o aditamento” (“A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n° 12, p. 199, jul./dez. 2000) – *Os grifos não constam do original.*

⁴ Assim, inclusive, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: “*Habeas Corpus - Alegação de ausência de justa causa para a persecução penal - Inocorrência - Pretendida aplicação do sursis processual ao processo penal militar - Fato anterior à edição da Lei n° 9.839/99 - Possibilidade - Pedido deferido, em parte. O abuso do poder de acusar e a possibilidade de seu controle*”

ao Ministério Público, por intermédio de sua Chefia Institucional, o poder de sujeitar o imputado à provável e nova acusação (que seria aduzida via “confirmação” do aditamento pelo Procurador-Geral) sem qualquer possibilidade de o Poder Judiciário empecer *legitimamente* a admissão da acusação.

Ainda neste contexto, faz-se mister acentuar que possível substituição, pelo Procurador-Geral de Justiça, da *opinio* quanto ao acerto ou desacerto do oferecimento do aditamento consubstanciairia golpe mortal ao princípio do Promotor Natural. Com efeito, tal garantia, inerente ao membro do Ministério Público e também ao jurisdicionado⁵, impede a substituição do agir ministerial junto ao Juízo de origem pela vontade unipessoal da Chefia Institucional. Tal importaria verdadeira *avocação* não permitida pelo ordenamento jurídico⁶.

Finalmente, remarque-se que a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal somente se justifica quando o Juiz – a quem foi conferida a função anômala de fiscalizar o não-exercício da ação penal – vislumbra a imperiosa necessidade de controlar a não-atuação ministerial⁷. Na hipótese

jurisdicional. - A imputação penal não pode ser a expressão arbitrária da vontade pessoal do órgão acusador. A válida formulação de denúncia penal supõe a existência de base empírica idônea, apoiada em prova lícita, sob pena de o exercício do poder de acusar - consideradas as graves implicações de ordem ético-jurídica que dele decorrem - converter-se em instrumento de abuso estatal. Precedentes” (STF, 2ª Turma, HC 80542/MG, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 29.06.2001, p. 34).

⁵ Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável” (STF, Plenário, HC 67759/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 1º.07.1993, p. 13142). No mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “*RHC - Constitucional - Processual Penal - Ministério Público - Promotor Natural*. O Promotor ou o Procurador não pode ser designado sem obediência ao critério legal, a fim de garantir julgamento imparcial, isento. Veda-se, assim, a designação de Promotor ou Procurador *ad hoc* no sentido de fixar prévia orientação, como seria odiosa indicação singular de magistrado para processar e julgar alguém. Importante, fundamental é prefixar o critério de designação. O Réu tem direito público subjetivo de conhecer o órgão do Ministério Público, como ocorre com o juízo natural” (STJ, 6ª Turma, RHC 8513/BA, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJU* de 28.06.1999, p. 154).

⁶ Sequer teria incidência à hipótese o disposto no art. 10, IX, g, da Lei nº 8.625/93, que condiciona o exercício de funções afetas aos membros do Ministério Público, pelo Procurador-Geral de Justiça, à prévia decisão do Conselho Superior do Ministério Público.

⁷ Cite-se, ainda uma vez, a lição de AFRANIO SILVA JARDIM: “(...) Aqui, a analogia é perfeitamente cabível, possibilitando a aplicação da regra do art. 28 do Código de Processo Penal. Vale dizer, se o Poder Judiciário entender que a Promotoria de Justiça não exercita a ação que se apresenta como obrigatória no caso concreto, determina a remessa dos autos ao Procurador-Geral, que dará a última palavra, como acontece na hipótese de arquivamento indeferido. Nestas duas situações a ação penal não foi exercida, cabendo ao Poder Judiciário fiscalizar o cumprimento do princípio da obrigatoriedade” (*ob. cit.*, p. 198).

em questão, ao contrário, a Promotoria de Justiça manifestou atuação comissiva, deduzindo pretensão punitiva exteriorizada pelo aditamento, o que não atrai a incidência da referida normativa, tampouco torna legítima a invocação da analogia.

Em face de todo o exposto, o parecer é no sentido da *não-intervenção da Chefia Ministerial*, devolvendo-se os autos ao douto Juízo de origem.

Rio de Janeiro, 08 de maio 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 archive-se o remanescente.

ANTONIO VICENTE DA COSTA JUNIOR
Procurador-Geral de Justiça

Ação rescisória. Procedência. Acórdão viciado por erro de fato na sua construção lógica. Acolhimento do pedido para restabelecer a valoração fática e jurídica posta na sentença reformada.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
EGRÉGIO ÓRGÃO ESPECIAL
Ação Rescisória nº 0188/01

Autor: *Paulo Sérgio Coutinho Ribas*

Réu: *INSS - Instituto Nacional do Seguro Social*

Ação rescisória buscando vulnerar v. Acórdão que, reformando r. Sentença em grau de apelação, concluiu por negar direito a aposentadoria, postulado por mergulhador em águas profundas, vitimado por acidente de trabalho.

Doença descompressiva, atingindo pessoa moça, recém admitida a atividade de mergulhador, de que resultou hemiplegia, lesionamento cerebral extenso, epilepsia generalizada, incapacidade para o trabalho e direção pessoal, e interdição.

Prova pericial, através de laudos elaborados por peritos designados pelo Juízo, afirmando a efetividade dos danos físicos e onexo causal com o acidente hiperbárico.

Erro de fato, implantado na construção lógica do v. Acórdão, autorizando sua rescisão.

Inicial lastreada no artigo 485, incisos VI, VII e IX do Código de Processo Civil que é procedente.

Opina-se no sentido do acolhimento do pedido, pronunciando-se ambos os juízos, "*rescindens*" e "*rescissorium*", e restabelecendo a valoração fática e jurídica posta na r. Sentença reformada.

PARECER

Paulo Sérgio Coutinho Ribas, atualmente interdito mas que antes se qualificava como mergulhador, contratado provisoriamente, a 11 de julho de 1987, por Laborconsult-Consultoria em Recursos Humanos Ltda., para exercício de sua atividade profissional, dizendo haver sofrido acidente de trabalho, de natureza hiperbárica, em mergulho a 28 de julho de 1987, que o deixou hemiplégico, com gravíssimas alterações neurológicas, imprestabilizadoras para

qualquer atividade laborativa, acionou em face do INSS-Instituto Nacional do Seguro Social, pretendendo obter a aposentadoria condizente com sua situação de inválido por acidente do trabalho.

Fê-lo através de sua mãe e curadora, porque a devastação neurológica sofrida tornou-o imprestável para reger sua pessoa.

O pedido foi julgado procedente em Primeira Instância, conforme r. Sentença prolatada no Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Niterói (fls. 33/34), reformada em via de apelo pela Egrégia 15ª Câmara Cível dessa Corte, como se lê do v. Acórdão instruindo os autos às fls. 52/56. A rescisória foi tempestivamente ajuizada, para desconstituir essa r. Decisão. Fundamenta-se nos incisos VI, VII e IX do artigo 485 e no inciso I, do artigo 488, ambos do Código de Processo Civil.

O Ministério Público está chamado a intervir no processo em vista de três altos valores jurídicos que se colocam ao abrigo de seu "múnus" fiscalizador.

Primeiro, o da segurança jurídica, a que é inerente o respeito à coisa julgada, tornando obrigatória a presença do *Parquet* em todos os feitos rescisórios. Em segundo lugar, atendendo à minusvalia que a lei presume no acidentado do trabalho, requisitando a intervenção ministerial de reforço nas ações acidentárias (e este pedido rescisório tem iniludivelmente natureza acidentária). O terceiro "múnus" de que se incumbe o Ministério Público é o de fiscalizar o pleno exercício dos direitos postulatorios e instrutórios, completando, se for o caso, a representação processual do Autor, em vista de sua tristíssima situação de aleijado e interdito.

O parecer inclinar-se-á no sentido da procedência do pleito rescisório, particularmente reconhecendo, com todas as vênias, a presença de erro de fato na fundamentação do v. Acórdão rescindendo.

Antes de qualquer observação, cumpre transcrever, homenageando a clareza e equilíbrio do raciocínio desenvolvido, a fundamentação da r. Sentença prolatada na 5ª Vara Cível da Comarca de Niterói, reformada pelo v. Acórdão rescindendo: *"As alegações da inicial resultaram provadas, constatando a perícia médica de fls. 53/54 que o autor é portador de seqüela de acidente tromboembólico cerebral em hemisfério dominante, produzindo afasia sensorio-motora com déficit motor direito, crises convulsivas generalizadas e necessidade de terceiros para sobreviver, sugerindo, ao final, a concessão de aposentadoria acidentária com a aplicação do percentual, de 125%. De paralelo foi acostado aos autos o laudo pericial de fls. 75/82, que concluiu, da mesma forma, positivamente, no que diz respeito à presença de relação de causa e efeito entre a atividade laborativa praticada pela parte e as seqüelas evidenciadas. Desacolho o argumento invocado pela Autarquia no sentido de que a seqüela constatada não apresenta relação com atividade laborativa, na medida em que com muita lucidez e clareza o perito que investigou a relação de causa e efeito entre a atividade laborativa praticada pelo autor e as seqüelas que apresentou, foi enfático, no sentido de que o quadro mórbido evidenciado após mergulho profundo foi o gerador das seqüelas.*

Os laudos foram elaborados por peritos de confiança deste Juízo e encontram-se amplamente fundamentados. Resulta, pois, inequívoca a obrigação do réu de indenizar o autor, como seu segurador, por força do disposto nos art. 4º e 8º, parágrafo 3º do art. 5º e inc. II deste, todos da Lei nº 6.367, de 19.10.76. Em razão do exposto, julgo procedente o pedido"

Diga-se logo que o Autor, pobre e aleijado (veja-se a parte expositiva, o "visum et repertum" do Laudo do Perito Neurológico, designado pelo Juízo, constante de fls. 37/38), não teve recursos para indicar assistente técnico. Confiou no louvado de confiança do Juízo, que encerrou seu laudo, às fls. 38, com estes dizeres:

"Conclusão: Exame neurológico revela seqüela de acidente tromboembólico cerebral em hemisfério dominante, produzindo afasia sensorio motora com déficit motor direito, crises convulsivas generalizadas e necessidade de terceiros para sobreviver, sendo a porcentagem final de indenização igual a 125% (cento e vinte e cinco por cento)."

Procedeu-se então ao laudo relativo à relação causal entre o acidente em mergulho profundo e as seqüelas físicas apresentadas pelo Autor. O trabalho competente do Perito do Juízo instrui os autos às fls. 40/44, encerrando-se com estas Considerações Gerais e Conclusão: "*Em sendo de alta periculosidade o trabalho submerso, e no caso em tela, sugere ter havido uma lamentável/negligência no atendimento ao mergulhador com quadro típico de Doença Descompressiva. Pois, logo após seu retorno a superfície, do mergulho do dia 27/07/88, com "Dor Torácica, Hemorragias nasal e oral", e após ter sido submetido a Câmara de Recompressão - pois apresentava febre, foi encaminhado à residência! Encaminhá-lo a sua residência, diante de tal quadro, é no mínimo uma atitude "infantil" e "desorientada". Denota, neste caso uma total falta de um preparo mínimo da equipe de superfície - conforme manda a Legislação em Vigor.*" CONCLUSÃO - *Face a tudo que até aqui pude expor, apurar e observar, ante o quadro mórbido surgido após mergulho profundo, não resta dúvidas de ser o nexo causal positivo!*".

Não obstante a univocidade de conclusão entre ambos os laudos produzidos pelos dois peritos designados pelo Juízo, o primeiro, para pesquisa do quadro neurológico, o segundo, para determinação do nexo causal, o v. Acórdão rescindendo, incidindo em erro de fato, supôs que houvesse conflito entre suas conclusões, fato inexistente.

Transcrevem-se os fundamentos do v. Acórdão às fls. 53/54:

"*estudando atentamente os autos, depara-se, por um lado, com a prova técnica, que ora aponta o autor como portador de seqüelas decorrentes de acidente tromboembólico cerebral - prova pericial de fls. 53/54, enquanto o laudo*

do assistente técnico do réu afirma que as lastimáveis condições do autor foram causadas por doença desconhecida e sem relação com o trabalho. Como se não bastasse, um terceiro laudo conclui que as lesões apresentadas pelo autor foram decorrentes de mau atendimento a ele administrado na ocasião em que apresentava evidentes sintomas de doença descompressiva."

Como se vê, o v. Acórdão supôs que o Laudo de Nexo Causal apontasse para uma terceira entidade mórbida, "DOENÇA DESCOMPRESSIVA" (destaque do original, fls. 54), em conflito com as conclusões do perito neurológico às fls. 37/38.

Mas não é assim. A "Doença Descompressiva" é a resultante dos acidentes hiperbáricos sofridos pelos mergulhadores.

Ao contrário do que se supôs, doença descompressiva não é entidade mórbida que possa surgir independente do chamado mergulho de profundidade.

Transcreve-se de *Pneumologia*, livro clássico do grande mestre brasileiro nessa especialidade, Professor NEWTON BETHLÉM, 4ª edição, pp. 900 e 901, estas considerações:

DOENÇA DESCOMPRESSIVA

É o quadro provocado no mergulhador pela descompressão inadequada quanto à duração e à profundidade do mergulho. Fazem parte da gênese da doença descompressiva os seguintes elementos: a profundidade, a duração do mergulho e a modalidade da descompressão aplicada, ou seja, o tempo de descompressão. A duração e a velocidade da descompressão estão relacionados diretamente à profundidade do mergulho e à duração do mesmo, sendo este perfil estabelecido em Tabelas de Descompressão.

O quadro clínico é dividido em duas categorias básicas:

a) Doença descompressiva tipo I" "b) Doença descompressiva tipo II, com manifestações neurológicas que podem ser centrais, com distúrbios da personalidade, amnésia seletiva, náuseas, vômitos, distúrbios visuais, cefaléias, tonteiras, vertigens, nistagmo, disartria, agitação, confusão mental e perda da consciência. Os distúrbios medulares são os mais frequentes e se manifestam com hemiplegia, tetraplegia, paraplegia, monoplegia, espasticidade, distúrbios esfinterianos, disreflexias, hipoestésias, hiperestésias e parestésias de distribuição correspondente à área medular atendida."

Onde o v. Acórdão supôs encontrar discordância, não houve mais que a perfeita harmonia entre os laudos periciais neurológico e de nexo causal.

Deles destoou apenas o laudo do assistente técnico indicado pelo INSS, que, consignando o v. Acórdão às fls. 54, "afirma que as lastimáveis condições do autor foram causadas por doença desconhecida e sem relação com o trabalho".

Um moço de vinte e oito anos, exercendo a profissão de mergulhador em águas profundas, admitido nessa atividade na Laborconsult a 11 de julho de 1987, recém saído, portanto, de rigoroso exame médico, estava, a 30, internado no Hospital Samaritanos, com os sintomas clássicos de doença descompressiva (fls. 47). E o assistente técnico da Ré cogita em doença desconhecida, mas sem relação com o trabalho.

O v. Acórdão rescindendo integrou a seu texto o parecer da ilustre Procuradora de Justiça que oficiou no recurso (fls. 48/51) argumentando que "O laudo do assistente técnico do réu, por seu turno, aponta a **Granulomatose de WEGENER**, doença de causa desconhecida e sem relação com o trabalho, como sendo a responsável pelas condições lastimáveis do autor (fls. 58)".

Passou despercebido à ilustre parecerista e ao v. Acórdão que lhe incorporou a manifestação, que a granulomatose de Wegener, doença crônica, normalmente fatal, de implantação lenta e inexorável, tem características completamente estranhas ao quadro do mergulhador Paulo Sérgio Coutinho Ribas.

Reporta-se à mesma obra antes citada, do notável mestre brasileiro de Pneumologia, Prof. NEWTON BETHLÉM, p. 768, transcrevendo-lhe este trecho: "*A granulomatose de Wegener (gw) (1936) é uma forma de perianterite com inflamação granulomatosa nasal e de seios paranasais caracterizada na forma clássica pela tríade: vasculite granulomatosa e necrotizante dos tratos respiratórios superior e inferior, glomerulonefrite e vasculite de pequenos vasos em diversos sistemas. São normais os sintomas constitucionais de febre, fadiga, perda de peso, por vários meses, instalando-se sintomas ligados ao aparelho respiratório alto, acompanhando-se o envolvimento pulmonar e diversos sinais de afecção de vários sistemas orgânicos*" "A mortalidade que era virtualmente de 100%, pouco influenciada pelos corticóides isoladamente, passou a baixar com emprego de CF".

De "*Diagnóstico Tratamento - 2001*", de LAWRENCE M. TIERNEY JR., STEPHEN J. MCPHEE e MAXINE A. PAPADAKIS, Atheneu Editora, São Paulo, recortam-se estas informações (capítulo 20, p. 822): "*A granulomatose de Wegener consiste em uma enfermidade rara (prevalência de três por 100.000), caracterizada por vasculite de pequenas artérias, arteríolas e capilares, lesões granulomatosas necrotizantes dos tratos respiratórios superior e inferior e glomerulonefrite. Sem tratamento é invariavelmente fatal, a maioria dos pacientes sobrevivendo menos de um ano após o diagnóstico. Ocorre mais comumente na quarta e quinta décadas de vida e afeta homens e mulheres com igual frequência. ACHADOS CLÍNICOS - A. SINTOMAS E SINAIS: A enfermidade se desenvolve usualmente em 4-12 meses, com 90% dos pacientes se apresentando com sintomas do*

trato respiratório superior ou inferior, ou ambos." "O pulmão é inicialmente afetado em 40% e, eventualmente, em 80%, com sintomas incluindo tosse, dispnéia e hemoptise. Outros sintomas iniciais podem incluir preptose unilateral (por pseudotumor), olhos avermelhados por esclerite, artrite, púrpura e disestesia por neuropatia." "O exame físico é notável por demonstrar congestão, crostas, ulceração e inclusive perfuração da mucosa nasal" "Otite média, proptose e esclerite constituem outros achados comuns."

Certamente representa equívoco de fato pressupor-se, ainda que sem afirmação expressa, que a prova técnica fosse triplamente conflituosa, quando ambos os laudos periciais dos louvados do Juízo coincidem em gênero, número e caso, e o trabalho opinativo do assistente técnico descamba para hipótese delirante da realidade dos autos.

Imaginar-se que um mergulhador, aprovado em exame médico e contratado a 11 de julho de 1987, dezesseis dias depois ficasse hemiplégico, por padecer doença crônica, de implantação lenta, com sintomas iniciais comprometedoras de 40% a 80% da atividade pulmonar é certamente equivococar-se.

Neste processo dramático, no qual incumbe ao Ministério Público, entre outros, o encargo de fiscalizar e até completar o exercício dos direitos processuais do interdito Paulo Sérgio Coutinho Ribas, impossível não reconhecer a incidência de erro de fato, em pressupostos não resolvidos mas presentes, na fundamentação do v. Acórdão rescindendo.

Sem afirmá-lo expressamente, concluiu-se no sentido do provimento do recurso, supondo, com equívoco, que os laudos oficiais apresentassem conclusões díspares. Mais ainda, que o referimento a doença orgânica (reportado no parecer de fls. 49, incorporado pelo v. Acórdão) constante do trabalho do assistente técnico, tivesse o menor vislumbre de possibilidade clínica. Mais ainda, que a negligência do atendimento ao acidentado, pela empregadora, inaugurasse linha causal independente, desfiguradora do acidente de trabalho. Esse equívoco está subentendido na fundamentação de fls. 49, incorporada pelo v. Acórdão.

A inicial também busca lastro no inciso VI do artigo 485, que trata da rescindibilidade das sentenças fundadas em prova, cuja falsidade tenha sido demonstrada em processo criminal ou seja provada na própria rescisória.

Efetivamente, o distrato do Autor a 25 de julho de 1987 (Carteira de Trabalho de fls. 19), por sua empregadora Laborconsult-Consultoria em Recursos Humanos Ltda., apontado como ideologicamente falso pela inicial, e básico para o fundamento do v. Acórdão rescindendo, foi desconstituído no Foro Trabalhista, conforme comprovado nos autos desta ação rescisória às fls. 110/112.

Essa mesma r. Decisão prolatada pelo Juízo da 53ª Vara do Trabalho (fls. 121/122), já anotada na Carteira de Trabalho do interdito (fls. 126), deu embasamento ao Autor para propor a rescisória fundado na obtenção de documento novo, de que não pode fazer uso, capaz de lhe assegurar pronunciamento favorável.

Como aspecto meramente lateral, de escasso valor, mas que se anota, realça-se que nenhum dos contratos temporários anteriores do Autor, para atividade de mergulho, foi desconstituído em apenas quinze dias, como este com Laborconsult. (Tecnosub-Engenharia e Serviços Submarinos Limitada - 6/1/82 a 5/6/82; Asquasea Ser. Téc. Subm. E Marit. Ltda. de 12/3/84 a 28/5/84; Monocean Montreal Oceanearing Engenharia Submarina Ltda., de 10/8/84 a 30/10/84).

Além do insólito deste distrato em quinze dias, anota-se, como indício também de escasso valor, mas que vale o registro, que o representante do Departamento de Pessoal de Laborconsult, que teria dispensado o Autor a 25 de julho de 1987, já não foi o mesmo que o contratara quinze dias antes.

Por menor que seja a valia dessas incoincidências, não deixam de confluir, para respaldo da r. Decisão do Foro Trabalhista, que desconstituiu o distrato de 25 de julho de 1987, tão valorizado nos fundamentos do v. Acórdão rescindendo.

Lembre-se que a 27 de julho, Paulo Sérgio sofreu acidente em mergulho, como comprovado pericialmente nos autos originários; a 30, estava internado, em coma, no Hospital Samaritanos.

Afirma a mãe e curadora do Autor que o distrato fora espertamente lançado por Laborconsult, com data atrasada, quando ali compareceu nas circunstâncias narradas na inicial.

O parecer se inclina para a procedência de ambos os pedidos constantes da inicial, pronunciando-se o "*jus rescindens*" e o "*jus rescissorium*", para restabelecer a r. Sentença prolatada no Juízo da 5ª Vara Cível de Niterói. (fls. 33/34).

Observa o Ministério Público que o Autor é vítima de gravíssima deficiência física e interdito. A alegação de torpeza com que acena o INSS, às fls. 86, em relação a ele, é de completa inconsistência.

As provas requeridas pelo Autor foram objeto de indeferimento. O Ministério Público não postulou produção de prova. Mas, se em novo exame da hipótese, entrever-se a utilidade de requisitarem os autos originais ou produzir-se nova prova pericial, são providências ainda possíveis, na busca da verdade.

Afigura-se que, com os elementos existentes nos autos, sobretudo cotejando-se o v. Acórdão com os Laudos Periciais de fls. 37/38 e 40/44, impõe-se um juízo positivo no que respeita ao erro de fato, que permeou, como pressuposto lógico implícito, a fundamentação do v. Acórdão.

Essa circunstância torna o v. Acórdão de fls. 52/56 rescindível.

Opina-se no sentido da procedência da inicial. É o parecer.

Rio de Janeiro, 21 de março de 2003.

CELSO FERNANDO DE BARROS
Procurador de Justiça

Visto

LUIZ SÉRGIO WIGDEROWITZ
Procurador de Justiça-Assessor

Aprovo

ANTÔNIO VICENTE DA COSTA JÚNIOR
Procurador-Geral de Justiça

Direito Constitucional. Salário-educação. Contribuição recolhida pela União Federal e distribuída aos Estados para posterior redistribuição aos Municípios segundo a legislação regional. Verba fluminense recebida da União que não vem sendo repassada aos Municípios por ausência de lei disposta a respeito. Inconstitucionalidade por omissão.

Processo MP 238/01

Origem: *Promotoria de Defesa da Cidadania da Capital*

Assunto: *Repasse de verbas do salário-educação aos Municípios*

Ausência de norma estadual a tornar efetivo, para os Municípios fluminenses, o art. 314, § 4º, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade por omissão, sem prejuízo da possibilidade de outras providências em nível concreto pelo órgão de origem.

PARECER

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça

Cuida-se de expediente originado por representação da União dos Dirigentes Municipais de Educação do Estado do Rio de Janeiro noticiando que o Estado do Rio de Janeiro não repassa aos seus Municípios qualquer percentual das verbas que recebe pelo salário-educação.

PRELIMINARMENTE

Não será demais, inicialmente, reconhecer a possibilidade de se propor Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão em nível estadual, não só por causa do permissivo expresso do art. 162, § 2º, de nossa Carta Estadual, como, ainda, pelos precedentes do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que admitem aquela forma de controle em nível estadual, desde que prevista na respectiva Carta Estadual, como é o caso da nossa.

“RE 148283/MA - MARANHÃO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO

Publicação: DJ DATA: 07/12/00 PP-00050 EMENT

Vol. 02015-04 PP-00766

Julgamento: 08/08/2000 - Primeira Turma

EMENTA

Constitucional. Estado do Maranhão. Ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma da Carta Estadual. Acórdão do Tribunal de Justiça local, declinatório da competência para o Supremo Tribunal Federal. Alegada ofensa aos arts. 102, I, "a"; 125, § 2º; e 5º, XXXV, da Constituição Federal. Ação que a Carta Política do Estado do Maranhão, na conformidade do art. 125, § 2º, da CF, incluiu na competência do Tribunal de Justiça (art. 80, § 1º, I). Recurso extraordinário conhecido e provido."

DOS FATOS

1. A Carta Magna, em seu art. 211, § 5º, estabeleceu que "*O ensino fundamental terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação recolhida, pelas empresas, na forma da lei*".
2. Nossa Constituição Estadual, promulgada em 1989, por sua vez, em seu art. 314, § 4º, estabeleceu que "*O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhido, na forma da lei, pelas empresas, que dela poderão deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental para seus empregados e dependentes*".
3. Ambas as Cartas, Federal e Estadual, ciosas da importância de um tal comando, ressaltaram que a proibição de vinculação prévia da receita de impostos não se aplica ao destino certo das verbas recolhidas como salário-educação (art. 167, IV, da CR, e 211, IV, da CE), que vão necessariamente financiar o ensino público fundamental.
4. Vê-se, então, facilmente, que o salário-educação foi criado declaradamente para financiar o ensino público fundamental, de modo que é da natureza e da essência deste tributo que o produto de sua arrecadação seja destinado efetivamente ao financiamento do ensino público fundamental, na forma que a lei dispuser a respeito.
5. Passado mais de um lustro, o art. 15 da Lei Federal 9.424/96 deu nova força normativa infraconstitucional ao salário-educação, o que hoje está centrado no art. 2º da Lei Federal 9.766/98, onde se remete à lei estadual a responsabilidade final pela regulamentação e aplicação do repasse de verbas do salário-educação aos Municípios para cumprir o fim constitucional a que destina aquele tributo.
6. Dispõe o art. 2º da Lei Federal 9.766/98 que "*A quota estadual do Salário-Educação, de que trata o art. 15, § 1º, II, da Lei 9.424/96, será distribuída entre o Estado e os respectivos Municípios, conforme critério estabelecidos em lei estadual*".
7. Já o art. 15, § 1º, II, da Lei Federal 9.424/96 dispõe que o INSS reterá 1% do salário-educação arrecadado em cada Estado e o restante será distribuído pelo

Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação e do Magistério, sendo de um terço a quota federal e dois terços a quota estadual, esta que “*será creditada mensal e automaticamente em favor das Secretarias de Educação dos Estados*”.

8. O art. 15, § 2º, da Lei Federal 9.424/96, que já trazia regras para a redistribuição da cota estadual entre Estado e seus Municípios, foi vetado pelo Exmo. Presidente da República, ao argumento de que essa redistribuição era matéria a ser regulada por lei estadual (doc. 10) – *precisamente esta que não existe no Estado do Rio de Janeiro e cuja omissão ora se reclama!*

9. Ou seja: é mensalmente distribuída a cada Estado a cota que lhe cabe do salário-educação (art. 15, § 1º, II, da Lei Federal 9.424/96), mas o Estado deve proceder à redistribuição desta cota também aos Municípios, na forma do que dispuser a lei estadual a respeito (art. 2º da Lei Federal 9.766/98) – sendo esta, aliás, uma decorrência direta das regras constitucionais que estabelecem ser encargo dos Municípios o ensino público fundamental e que, para tanto, impõem a colaboração material do Estado (artigos 308, *caput*, art. 308, § 3º, 311, I, II, e IX, 314, § 3º, 358, VI, da Constituição Estadual, e art. 60, § 1º, do respectivo ADCT).

10. O que tem ocorrido, porém, é que o Estado recebe normalmente sua cota mensal de salário educação mas nada repassa aos Municípios, em razão da ausência de lei que regulamente esse repasse.

11. Ora, o repasse de verbas do salário-educação não decorre apenas nem sequer primeiramente da Lei Federal 9.766/98, pois aos Municípios cabe atuar “*prioritariamente no ensino fundamental*” (art. 211, § 2º, da CR); que é financiado pelo produto do salário-educação e que, por isso mesmo, deve ser repartido com os Municípios.

12. A idéia necessária de colaboração entre Estado e Municípios no particular está ainda expressa no art. 211, § 4º, e no art. 60, § 1º, do ADCT – este último falando especificamente na “*distribuição de responsabilidade e recursos entre os Estados e seus Municípios a ser concretizada com parte dos recursos definidos neste artigo, na forma do disposto no art. 211 da Constituição Federal*”, enquanto aquele obriga Estados e Municípios a definirem “*formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização de ensino obrigatório*” (assim considerado o ensino fundamental, cf. art. 208, I, da CR).

13. *Sobretudo, porém, ao que interessa mais de perto a esta RI*, o art. 308, I, II e IX, de nossa Carta Estadual, estabelece o dever comum do Estado e dos Municípios na prestação do ensino fundamental.

“Art. 308 - O dever do Estado e dos Municípios com a educação será efetivado mediante garantia de:

I - ensino público fundamental, obrigatório e gratuito, com o estabelecimento progressivo do turno único;

II - oferta obrigatória do ensino fundamental e gratuito aos que a eles não tiverem acesso na idade própria;

IX - atendimento ao educando, no ensino

fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;"

14. E o art. 308, § 3º, obriga a que o Estado preste assistência material aos Municípios nesse mister.

"Art. 308 -

§ 3º - O Estado prestará assistência técnica e material aos municípios para o desenvolvimento do ensino fundamental".

15. Como visto, porém, a relevante assistência material do repasse de verbas do salário-educação está sendo negada por falta de lei estadual que a discipline.

16. Já o art. 358, VI, de nossa Constituição Estadual reforça a obrigação de o Estado prover assistência material aos Municípios para a manutenção dos programas de ensino fundamental destes últimos.

"Art. 358 - Compete aos Municípios, além do exercício de sua competência tributária e da competência comum com a União e o Estado, previstas nos artigos 23, 145 e 156 da Constituição da República:

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental e, ainda, atendimento especial aos que não freqüentaram a escola na idade própria;

17. Novamente, a cooperação financeira do Estado está faltando no particular, e somente a superveniência de uma lei estadual regulamentando a redistribuição da cota estadual (art. 15, § 1º, II, da Lei Federal 9.424/96) é que preencherá esta lacuna.

18. Ademais, e não menos importante, também o art. 314, § 3º, de nossa Carta obriga a que o Estado preste assistência material aos Municípios para o desempenho do múnus constitucional destes últimos de prover ensino público fundamental às populações locais, especificamente no que toca à alimentação e à assistência em geral dos educandos.

"Art. 314 -

§ 3º - Os programas suplementares de alimentação e assistência ao educando, no ensino fundamental, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e de outras dotações orçamentárias."

19. Assim, o financiamento do ensino público fundamental com verbas do salário-educação deve importar na disponibilização daquelas verbas para todo aquele que é constitucionalmente responsável pelo ensino público fundamental: Estados e Municípios.
20. Atualmente, contudo, apenas o Estado tem o ensino fundamental a seu cargo financiado com o salário-educação, pois recebe a cota estadual (art. 15, § 1º, II, da Lei Federal 9.424/96) e nada repassa aos Municípios fluminenses por falta de lei estadual que regulamente esta redistribuição (art. 2º da Lei Federal 9.766/98).
21. A prevalecer a omissão ora impugnada, continuará apenas o Estado tendo seu ensino público fundamental financiado por verbas do salário-educação, o que foge à letra e ao escopo do art. 314, § 4º, de nossa Carta, onde, ausente qualquer distinção entre o ensino público fundamental a cargo do Estado e aqueloutro a cargo dos Municípios, deve-se entender que o salário-educação financiará ambos (o que não está ocorrendo em nosso Estado, repita-se, pela ausência de lei estadual regulamentando o repasse, aos Municípios, das verbas que o Estado recebe pelo salário-educação).
22. Não se trata de simples ausência de lei regulamentar, pois já houve diversos projetos de lei levados à sanção do Exmo. Chefe do Poder Executivo, que entretanto os acabou vetando integralmente, vetos esses não derrubados pela Assembléia Legislativa.
23. Assim foi, *v.g.*, com o Projeto de Lei 387/99 (docs. 01 e 02) e com o Projeto de Lei 926/99 (docs. 03 e 04), ambos que expressamente destinavam-se a regulamentar “a distribuição da quota estadual do salário-educação entre o Estado e os Municípios, na forma do art. 212, § 5º, da Constituição Federal”, que equivale ao art. 314, § 4º, de nossa Constituição Estadual, cuja omissão em regulamentar ora se impugna.
24. Já o Projeto de Lei 889/99 – também destinado a regulamentar “a distribuição da quota estadual do salário-educação entre o Estado e os Municípios, na forma do art. 212, § 5º, da Constituição Federal”, que equivale ao art. 314, § 4º, de nossa Constituição Estadual, cuja omissão em regulamentar ora se impugna – não foi sequer encaminhado ao Exmo. Governador, tendo sido arquivado no âmbito do próprio Poder Legislativo (docs. 05 e 06).
25. Também visando a tornar efetivo o comando do art. 314, § 4º (que só se aperfeiçoará quando o ensino público fundamental a cargo dos Municípios estiver sendo financiado pelo salário-educação), ainda em andamento na Assembléia Legislativa existem o Projeto de Lei 1302/00 (doc. 07) e o Projeto de Lei 2.548/01 (doc. 08).
26. Segundo o acompanhamento que se pode fazer pela internet, o primeiro está parado há mais de três anos (doc. 07), enquanto o segundo foi recentemente distribuído à Comissão de Servidores Públicos (doc. 08).
27. O fato é que não há, ainda, lei regulamentando o repasse de verbas do salário-educação aos Municípios. Aliás, *o próprio Estado, declaradamente,*

posiciona-se no sentido de que não tem feito este repasse apenas e tão-somente pela ausência de lei (doc. 09).

CONCLUSÃO

É, portanto, indiscutível que o Estado do Rio de Janeiro é omissor há mais de uma década em implementar, para os Municípios, o comando do art. 314, § 4º, da Constituição Estadual, pois só o Estado tem-se beneficiado com as verbas do salário-educação - embora os Municípios também tenham incumbência constitucional de promover o ensino público fundamental a ser financiado pelo salário-educação.

Ora, se é incumbência constitucional dos Municípios e do Estado promover o ensino fundamental (art. 211, §§ 2º e 3º, da CR), e se o ensino fundamental é de ser financiado pelo salário-educação, irrecusável que tanto o Estado como os Municípios devem receber verbas dessa contribuição social, *mas, pela ausência de lei estadual regulamentando o repasse aos Municípios, somente o Estado tem recebido ditas verbas, sem repassar qualquer quinhão aos Municípios, que assim não têm qualquer financiamento do salário-educação para o ensino público fundamental que promovem.*

A situação é deveras grave porque, como visto, a Exma. Chefia do Poder Executivo vetou projetos de lei que visavam a regulamentar a matéria disposta no art. 314, § 4º, da Constituição Estadual, e hoje ainda alega não cumprir aquele comando constitucional por falta de lei estadual regulamentadora (docs. 01 a 04 e 09).

Tendo a Assembléia Legislativa se abtido de derrubar os vetos apostos àqueles projetos de lei que tornariam efetivo o comando constitucional implicado, e tendo ela própria arquivado um projeto de lei com igual teor (docs. 05 e 06), até hoje o Estado do Rio de Janeiro ressenete-se da falta de lei regulamentadora do repasse das verbas do salário-educação aos Municípios, o que vem causando (como não poderia deixar de ser) imenso dano à educação pública fundamental em nosso Estado, onde grande parte dela é promovida pelos Municípios e não pelo próprio Estado (este, contudo, o único que tem recebido verbas do salário-educação!).

Pelo exposto, o parecer é no sentido de requerer seja *declarada a inconstitucionalidade por omissão* do Estado do Rio de Janeiro em tornar efetiva a norma constitucional estadual do artigo 314, § 4º, combinada com os artigos 211, IV, 308, I, II, e IX, 308, § 3º, 314, § 3º, e 358, VI do mesmo diploma e mais com o art. 2º da Lei Federal 9.766/98.

Sem prejuízo, malgrado inexistir lei (e com isso estar configurada a inconstitucionalidade por omissão), existe o Decreto 22.115/96 (doc. anexo), que não foi considerado nem pelo Governo (fls. 155/156) nem pelo órgão de origem ao remeter estes autos à Exma. Chefia Institucional (fls. 159/163), pelo que se alvitra a devolução dos mesmos para as providências que entender cabíveis.

Rio de Janeiro, 30 de maio de 2003.

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 e devolvam-se os autos ao órgão de origem, para as providências que entender cabíveis em seu âmbito de atribuição.

CELSO FERNANDO DE BARROS
p/ ANTONIO VICENTE DA COSTA JUNIOR
Procurador-Geral de Justiça

Suspensão condicional do processo. Art. 89 da Lei n. 9.099/95. A formulação da proposta de suspensão condicional do processo pressupõe que a pena cominada à infração penal se enquadre nos parâmetros legais. Pena cominada não guarda similitude com pena aplicada na sentença condenatória.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ÓRGÃO ESPECIAL

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 224/2001

Embargante: *Alexandre Oliveira Bitencourt*

Embargado: *Ministério Público*

Relator: *Desembargador J. C. Murta Ribeiro*

Embargos Infringentes e de Nulidade. A suspensão condicional do processo, tal qual prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, não é admissível quando a sentença desclassifica a infração penal imputada ao réu na denúncia e aplica pena que se compatibiliza com o balizamento legal. Momento processual inadequado a tal proposta, que tem por objetivo suspender o processo, não os efeitos da condenação. O parâmetro, ademais, haverá de ser a pena em abstrato, tal qual indicada pelo Ministério Público, não a pena cominada pelo órgão jurisdicional após uma cognição exauriente dos fatos. Não obstante sejam favoráveis as circunstâncias judiciais para fins de fixação da pena-base, não há que falar em direito subjetivo à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Fatos idênticos podem gerar distintas conseqüências conforme o prisma em que sejam analisados. Inexistência de qualquer mácula na concessão do *sursis*.

Parecer pelo conhecimento e improvemento do recurso.

PARECER

Egrégio Tribunal

I

1. Trata-se de embargos infringentes e de nulidade opostos por Alexandre Oliveira Bitencourt contra acórdão proferido pela 7ª Câmara Criminal do Tri-

bunal de Justiça na Apelação nº 2684/00, sendo relator o Desembargador Giuseppe Vitagliano, embasando-se nas divergências detectadas no voto vencido da lavra do Desembargador Motta Moraes.

2. A E. 7ª Câmara Criminal, por maioria, consoante acórdão de fls. 103/107, confirmou a sentença de primeiro grau que condenara o embargante como incurso no art. 155 c.c 14, II, e 49, §§ 1º e 2º, todos do Código Penal, à pena de oito meses de reclusão e pagamento de seis dias-multa, com o valor unitário no mínimo legal. O Juízo monocrático, após desclassificar a imputação de furto qualificado em sua forma consumada, sustentada na denúncia, para furto simples na modalidade tentada, entendeu incabível o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei 9.099/95, já que ultrapassada a fase processual adequada a tanto. Ao final, não obstante a dosimetria da pena aplicada, entendeu ser “*mais própria e pedagógica, in casu, a suspensão condicional da execução da pena, ao invés da substituição da pena privativa de liberdade pela de multa ou restritiva de direito, nos termos do artigo 44, do Código Penal, consoante deseja a defesa*”.

3. O voto vencido, por sua vez, dava provimento ao recurso para anular a r. sentença guerreada por entender que, com a desclassificação, ao Ministério Público deveria ser aberta a oportunidade de formular a proposta de suspensão condicional do processo. Acresceu, ainda, que a sentença entendeu cabível a aplicação do *sursis*, do que não recorreu o Ministério Público, o que tornou incontroverso o preenchimento dos requisitos do art. 77 do Código Penal. No mais, entendeu ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, cabendo ao Juízo da Vara de Execuções Penais definir as regras a serem seguidas.

4. O embargante, em suas razões de fls. 112/116, prestigiou a linha de argumentação seguida pelo voto vencido, tendo acrescentado o seguinte: a) a suspensão condicional do processo é um direito subjetivo do réu, logo, “desclassificado o delito para modalidade cuja pena não é superior a um ano, o Ministério Público deve ser ouvido sobre a proposta”; b) a acusação reconheceu a presença dos pressupostos para a suspensão do processo, pois são eles similares àqueles exigidos para o *sursis*, concedido pelo Juízo e que não foi objeto de irresignação recursal; c) é insuficiente a fundamentação da sentença na parte em que negou a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, não sendo observados os critérios do art. 44 do Código Penal; d) a concessão do *sursis*, por força do art. 77, II, do Código Penal é subsidiária, somente devendo ocorrer quando incabível a substituição prevista no art. 44 do mesmo Código; e) o *sursis* é prejudicial ao embargante, pois tendo sido condenado a 8 (oito) meses de reclusão e permanecido preso por mais de 4 (quatro), ainda seria obrigado a prestar serviços à comunidade por 1 (um) ano; e f) em prevalecendo a tese do acórdão recorrido, o embargante terá que cumprir uma pena restritiva de direitos, embutida no *sursis*, “*por prazo maior do que o compatível em caso de substituição, quanto mais quando considerada a detração do tempo de prisão processual*”. Ao final, pleiteia, alternativamente, a anulação da sentença, na parte em que aplica a pena antes da manifestação ministerial sobre

a suspensão condicional do processo, ou a sua reforma para que seja a pena de reclusão substituída, na forma do art. 44 do Código Penal.

II

5. O embargante, representado pela Defensoria Pública, foi intimado em 25 de outubro de 2001 do v. acórdão proferido na Apelação nº 2.684/00 (fl. 110), tendo oposto os embargos infringentes e de nulidade no dia imediato (fl. 110). Aliado à tempestividade, tem-se o seu pleno cabimento, já que situado no espectro traçado pelo voto divergente, tal qual preconiza o art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Assim, merece ser conhecido e, ao final, improvido o presente recurso.

II.I

6. O processo, como se sabe, é um evolver de atos e termos, necessariamente praticados em harmonia com a sistemática legal, visando à efetivação da prestação jurisdicional. Referido evolver guarda correlação com uma atividade prospectiva, evitando a retroação a fases já ultrapassadas, o que inviabilizaria o atingimento de um termo final. Na hipótese vertente, pretende o embargante que a sentença proferida pelo Juízo monocrático seja cindida em duas partes, o que possibilitaria a anulação da segunda, relativa à fixação da pena, e a subsistência da primeira, concernente à desclassificação da imputação lançada na inicial. Em prevalecendo esta tese, com a conseqüente cisão daquilo que, por essência, é incidível, ter-se-ia a substituição da operação de adequação típica realizada pelo Ministério Público por aquela levada a efeito pelo Juízo ao proferir a sentença. Com isto, sustentar-se-ia a aplicação, à hipótese em tela, do instituto da suspensão condicional do processo contemplado no art. 89 da Lei nº 9.099/95, já que a pena cominada seria inferior a 1 (um) ano de prisão.

7. Não obstante o brilho dos argumentos, não devem ser acolhidos. O cabimento da proposta de suspensão condicional do processo pressupõe o preenchimento do requisito objetivo consubstanciado na pena cominada, que não deve ser superior a 1 (um) ano de prisão. Pena cominada não guarda correlação com pena aplicada, esta tem cunho concreto, aquela possui natureza abstrata, afastando qualquer juízo de valoração a respeito da conduta do agente. Não bastasse isto, a operação de subsunção do fato à norma, pressuposto lógico e necessário da proposta de suspensão, deve ser realizada pelo Ministério Público, *dominus litis* da ação penal, por ocasião da manifestação de sua *opinio delicti*, e não pelo Juízo. A proposta, aliás, conforme iterativa jurisprudência dos tribunais superiores, não é direito subjetivo do réu, mas faculdade processual do Ministério Público, o que desaconselha que o órgão jurisdicional concorra para o aperfeiçoamento de seus elementos intrínsecos. Frise-se, ainda, que a proposta visa à suspensão do processo, afastando os transtornos e os conhecidos males que acompanham a sua tramitação; assim, é de todo incabível pleitear que substitua o *sursis* em seus efeitos práticos, suspendendo os efeitos da própria

condenação. E o pior, o alicerce estrutural da tese do embargante parte da premissa de que a sentença pode ser dividida em compartimentos estanques, o que não encontra ressonância em critérios de ordem lógica, pois um raciocínio silogístico do qual defluem conseqüências de ordem jurídica sempre haverá de ser compreendido como um todo unitário, sendo impensável que a pena aplicada na sentença possa ser transmutada em pena cominada para fins de aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

8. Nesta linha, é possível afirmar que a proposta de suspensão condicional do processo haverá de ser formulada, pelo Ministério Público, no momento em que exteriorizar a sua *opinio delicti* ou, excepcionalmente, em instante posterior, caso ainda não disponha dos elementos necessários a tanto (v.g.: folha de antecedentes criminais do réu). Formada a *opinio delicti*, identificado o evoluer da relação processual e, ao final, após ampla valoração da conduta do réu, substituída a tipificação provisória pela definitiva realizada pelo Poder Judiciário, não mais será possível falar em suspensão do processo, pois este chegou ao seu termo final, não sendo passível de suspensão. Em situação diversa se encontravam os processos em tramitação anteriormente à vigência da Lei nº 9.099/95, tendo sido admitida por muitos a formulação da proposta mesmo após a prolação da sentença, desde que ainda não transitada em julgado. Aqui, no entanto, o réu, *initio litis*, já preenchia os requisitos exigidos pela lei que entrara em vigor no curso da relação processual ou, mesmo, após a prolação da sentença de mérito, devendo a sua situação jurídica ser regida pela lei mais benéfica.

9. A jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, sensível à *mens legis*, também não admite a formulação de proposta de suspensão do processo nos casos de desclassificação realizada por ocasião da prolação da sentença, *in verbis*:

"I. Suspensão condicional do processo (L. 9.099/95, art. 89): descabimento quando a denúncia atribui ao acusado infração cuja pena edital não permite a suspensão do processo, sendo irrelevante que com ela fosse compatível a pena aplicada na sentença, mediante desclassificação, da qual recorreu com êxito a acusação para restabelecer a classificação inicial do fato: ainda quando se admita, contra a orientação assentada pelo plenário do Tribunal (HC 74.305), a suspensão do processo após a sentença condenatória, a medida seria incompatível com o recurso de acusação e sobretudo com o seu provimento. II. *Mutatio libelli:* inexistência, no caso, de ofensa ao art. 384, C.Pr.Penal". (STF, 1ª T., HC nº 75.775/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 23/09/97, DJ de 07/11/97, p. 57.237).

"Habeas Corpus. Lei nº 9.099/95. Desclassificação do delito pelo juízo de primeiro grau. Sentença reformada em grau de apelação. Suspensão condicional do processo, sem proposta do Ministério Público. Inaplicabilidade do art. 89 da Lei nº 9.099/95. 1. A suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, não é aplicável às hipóteses em que ocorre a desclassificação para delito em tese passível de aplicação do benefício. 2. Tem esta Corte já decidido que o direito à suspensão do processo não se traduz em prerrogativa subjetiva do réu, mas sim faculdade processual ínsita ao Ministério Público (HC nº 75.343-4). 3. Impossível a suspensão do processo *ex officio*, sem que tenha sido detonada pelo Ministério Público. Ao juiz não cabe substituir o órgão ministerial para a agilização do mecanismo de suspensão do processo, competindo-lhe o controle da legalidade da respectiva suspensão que tenha sido promovida por quem de direito. 4. *Habeas corpus* indeferido." (STF, 2ª T., HC nº 75.441/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 17/02/98, DJ de 02/02/01, O. 073).

"Recurso Especial. Processual Penal. Lei 9.099/95, art. 89. Suspensão do processo. Direito público subjetivo do acusado. Titularidade do Ministério Público. Aplicação analógica do art. 28 do CPP. Oferecimento da proposta após a sentença que desclassifica o crime. Inviabilidade. A Eg. Terceira Seção desta Corte assentou o entendimento de que a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas uma faculdade do titular da ação penal pública, devendo, todavia, eventual divergência entre o *Parquet* e o Juiz acerca do cabimento da proposta ser resolvida à luz do mecanismo estabelecido no art. 28, do Código de Processo Penal. (REsp. nº 185.187/SP, de que fui relator, DJ de 22.11.99). É inviável – porque já ultrapassado o momento processual adequado – a proposta de *sursis* processual após a sentença que desclassifica o delito capitulado na denúncia para condenar o réu por outro crime cuja pena mínima viabilizaria, em tese, a concessão do benefício.

Precedentes. Recurso conhecido e desprovido.” (STJ, 5ª T., REsp. nº 253.935/MG, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 10/10/00, DJ de 20/11/00, p. 308).

“Habeas Corpus. Suspensão do processo. Pena mínima em abstrato superior a um ano. Impossibilidade. Existência de sentença condenatória. Inaplicabilidade da Lei 9.099/95. Para a concessão da suspensão do processo, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos previstos no art. 89 da Lei 9.099/95 (o acusado não pode estar sendo processado ou ter sido condenado por outro crime, preencher os requisitos previstos no art. 77 e a pena mínima abstrata não exceder a um ano, sejam nos crimes apenados com reclusão ou detenção). Na hipótese *sub judice*, observo a impossibilidade da aplicação do benefício inserido na Lei 9.099/95. Com efeito, o exame de verificação da possibilidade de aplicação da suspensão do processo é feito no início da ação penal e, naquele momento processual, este era incabível em razão da pena mínima prevista para o crime de furto qualificado, em que foi incurso na denúncia, ser de 02 anos. Ademais, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, havendo sentença condenatória, é inviável a aplicação da Lei 9.099/95. Ordem denegada.” (STJ, 5ª T., HC nº 14.483/MG, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 13/02/01, DJ de 04/06/01, p. 195). No mesmo sentido: STJ, 5ª T., REsp. nº 202.475/MG, rel. Min. Félix Fischer, j. em 08/08/00, DJ de 04/09/00, p. 178 e 5ª T., HC nº 15.978/MG, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 02/08/01, DJ de 08/10/01, p. 231)

10. Outra poderia ser a solução em se tratando da *mutatio libelli* prevista no art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Neste caso, poderia o Ministério Público assacar outra imputação contra o réu, dando ensejo, inclusive, à complementação da instrução probatória. Assim, tratando-se de infração cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a 1 (um) ano, deverá o Ministério Público, ao exteriorizar a sua *opinio delicti*, pronunciar-se sobre a proposta de suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95. Esse entendimento, aliás, já foi prestigiado pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“Direito Penal e Processual Penal. Aquisição de mercadorias de procedência estrangeira. Denúncia por crime de contrabando ou descaminho: art. 334, §

1º, "d", do C. Penal. Desclassificação e condenação por receptação dolosa: art. 180, "caput", do C. Penal; sem a observância do art. 384 do C. P. Penal. Nulidade da sentença e do acórdão. Extinção da punibilidade pela prescrição (arts. 109, V, 110, § 1º, do C. Penal). "Habeas corpus". 1. A denúncia imputou ao paciente o fato de haver adquirido, do co-réu, certas mercadorias, sem documentação legal, subtraídas de um navio, e por isso pediu sua condenação por crime de contrabando ou descaminho (art. 334, § 1º, "d", do C. Penal. 2. Sucede que a sentença não o condenou por esse fato, mas, sim, por receptação dolosa, partindo da premissa de que ele sabia que se tratava de mercadorias furtadas de um navio (art. 180, "caput", do Código Penal) e foi confirmada pelo acórdão impugnado, que repeliu a argüição preliminar do apelante, ora paciente, no sentido da nulidade da sentença, por haver operado a desclassificação, sem observância do disposto no art. 384 do Código de Processo Penal. 3. Pareceu ao digno Magistrado e ao Tribunal Regional Federal que aplicável seria à espécie a norma do art. 383 do Código de Processo Penal. Ocorre que o paciente não foi condenado pelo mesmo fato a ele imputado na inicial (aquisição de mercadorias de procedência estrangeira, sem documentação legal – art. 334, § 1º, "d", do Código Penal), mas, sim, por haver adquirido as mercadorias, sabendo que se tratava de produto de crime de furto qualificado, pelos quais outros réus foram condenados (art. 180, "caput", do Código Penal). 4. É de se objetar, porém, que não há, na denúncia, qualquer afirmação no sentido de que esse denunciado sabia que tais mercadorias haviam sido furtadas do navio, ao contrário do que ocorreu na imputação feita ao co-réu, este, sim, denunciado e condenado por crime de receptação (art. 180, "caput", do Código Penal.) 5. Ora, em situação como essa, deve, mesmo, o Juiz, observar a regra do art. 384. A circunstância elementar do crime de receptação, que o Juiz considerou provada, sem que houvesse sido afirmada na denúncia, foi o fato de o réu saber que se tratava de mercadorias furtadas, sem que este tivesse tido oportunidade de se defender a esse respeito. 6. Assim, procedendo à desclassificação e, na mesma sentença, proferindo a condenação por

crime de receptação dolosa (art. 180, "caput"), descumpriu o Magistrado a norma do art. 384 do Código de Processo Penal. 7. E a nulidade, resultante desse cerceamento, foi argüida pelo réu, ora paciente, na primeira oportunidade, ou seja, ao apelar da sentença condenatória. Mas o acórdão houve por bem confirmá-la, inclusive no ponto em que operou a desclassificação, sem o cumprimento daquela determinação do referido dispositivo. 8. *Sendo nula a desclassificação, como operada, o Magistrado, para renová-la, teria, a esta altura, de propiciar ao Ministério Público a oportunidade de propor a suspensão do processo, e ao réu a faculdade de aceitá-la, em face do disposto no art. 89 da Lei n° 9.099/95, que já estava em vigor, quando da prolação da sentença, datada de 13.09.1996 e na conformidade do que já decidiu o Plenário desta Corte, no HC n° 75.894.* 9. Mas a anulação da sentença provoca, no caso, efeito maior. É que condenou o paciente à pena de um ano de reclusão, convertida em prestação de serviços à comunidade. Essa pena não poderia ser ampliada, na nova sentença que tivesse de ser proferida, pois, segundo pacífica jurisprudência desta Corte, isso implicaria uma "*reformatio in peius*", já que o recurso fora apenas do réu. Ora, os fatos imputados ao paciente ocorreram conforme a denúncia, em fevereiro de 1993, sendo ela recebida a 16 de agosto de 1993. Entre esta última data (16.08.1993) e a do presente julgamento, decorreram bem mais que quatro anos, que é o prazo prescricional previsto, nesse caso, pelos artigos 110, § 1º, e 109, inc. V, do Código Penal. 10. "H.C." deferido, para se anular o acórdão e a sentença condenatória, com relação ao paciente. Em consequência, também com relação a ele, de ofício, fica julgada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva." (STF, 1ª T., HC n° 76.688/RS, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 07/04/98, unânime, DJ de 18/09/98, p. 004).

II.II.

11. No que concerne à segunda pretensão deduzida pelo embargante, concernente à substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, não merece ser ela igualmente acolhida.

12. Em um primeiro plano, cumpre esclarecer que, contrariamente ao que sustenta o embargante, o fato de lhes serem favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, *caput*, do Código Penal - o que acarretou a fixação da pena-base no mínimo legal - não induz, por si só, à imperativa substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos. Não obstante a similitude existente entre a redação dos arts. 44, III, e 59, *caput*, do Código Penal, tal não é suficiente para gerar o efeito almejado, pois um mesmo fato pode gerar distintos efeitos consoante os fins buscados com cada um deles, o que variará em conformidade com a ótica de análise que lhes seja dispensada.

13. Assim, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime podem aconselhar a fixação da pena no mínimo legal - aqui, a ótica de análise é o sancionamento a que estará sujeito o agente por ter infringido a norma proibitiva implícita no tipo penal. Esses mesmos fatores, no entanto, podem sofrer uma valoração distinta para fins de definição da forma de cumprimento do sancionamento. Não se vê nessa operação nenhuma incongruência, já que referidos fatores não devem ser examinados de forma isolada, mas, sim, de modo correlato a determinada consequência jurídica. Fossem valorados isoladamente, certamente assistiria razão ao embargante. No entanto, a partir do momento em que são associados a um efeito específico, a análise deverá ser conjunta, o que permitirá variações de interpretação plenamente compatíveis com a ótica do razoável: um homem pode ser saudável para o desempenho de suas atividades regulares, mas não ter as aptidões exigidas para participar de uma maratona. Neste exemplo, o homem é um só, mas a avaliação do seu estado de saúde apresentará variações conforme a atividade que pretenda realizar, o que afasta a possibilidade de uma valoração isolada.

14. Na hipótese vertente, o acórdão embargado observou com muita proficiência que "o próprio apelante, no seu interrogatório judicial, admite 'que há uns três meses atrás foi preso, acusado de falsidade ideológica e arrombamento; que foi preso da outra vez perto do condomínio em que trabalha, na mesma delegacia; que ficou preso durante 58 (cinquenta e oito) dias" (fl. 107). Por esse motivo, não se mostrou socialmente recomendável que o embargante cumprisse pouco menos de 4 (quatro) meses de pena restritiva de direitos para que tivesse sua punibilidade extinta. Como bem ressaltou o Juízo monocrático, a reprimenda deve ter efeito pedagógico, e este somente será adequadamente alcançado com o monitoramento do comportamento do embargante durante o lapso de cumprimento do *sursis*.

15. Não sendo aconselhável a substituição prevista no art. 44 do Código Penal, deve o embargante cumprir as condições inerentes ao *sursis*, dentre as quais a prestação de serviços à comunidade pelo lapso de 1 (um) ano. Com o afastamento da possibilidade de substituição da pena, deve ser afastado, *ipso iure*, qualquer elo comparativo entre a pena restritiva de direitos, que imagina o embargante ter direito a cumprir, e a condição de igual natureza que será instado a cumprir, pelo lapso de 1 (um) ano, caso aceite as condições fixadas para o *sursis* por ocasião da audiência admonitória. Não é admissível o estabelecimento de

comparações e conseqüências entre algo que não existe e que não se tem direito a usufruir com aquilo que decorre da sistemática legal.

III

16. *Ante o exposto, é o parecer no sentido de que, conhecido o recurso interposto, lhe seja negado provimento.*

Rio de Janeiro, 16 de julho de 2002.

EMERSON GARCIA
Promotor de Justiça
Assistente

De acordo:

FERNANDO CHAVES DA COSTA
Procurador de Justiça
Assessor Criminal

Aprovo:

JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
Procurador-Geral de Justiça

Improbidade administrativa. Resolução nº 3.820/2001 da Câmara Municipal de Resende. Previsão de verba indenizatória por comparecimento a sessões extraordinárias. Afronta aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da razoabilidade. Desvio de finalidade. Ressarcimento ao Erário. Natureza jurídica. Dosimetria das sanções previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 3a. Vara Cível da Comarca de Resende.

Proc. nº: 2002.045.005433-4

Autor(es): *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*

Réu(s): *Franco Faggian e outros*

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por intermédio do Promotor de Justiça que subscreve o presente, vem, no uso de suas atribuições legais, especialmente, em razão da previsão insculpida no artigo 5º, § 1º da Lei nº 7.347/85, apresentar seu

PARECER FINAL

nos autos da ação civil pública de nº 2002.045.005433-4, em curso perante esse Juízo, apresentando sua manifestação nos termos seguintes:

I. Cuida-se de ação civil pública proposta por este órgão ministerial em face dos vereadores do Município de Resende, na qual requer seja concedida, *inaudita altera parte*, a medida cautelar de indisponibilidade de bens dos réus, bem como, ao final, sejam condenados ao integral ressarcimento ao erário, com a aplicação das sanções previstas no artigo 12, incisos I e III da Lei nº 8.429/92.

II. Segundo o teor da peça inaugural, os vereadores réus da presente demanda, aprovaram, em 21 de junho de 2001, a Resolução nº 3820/2001, alterando o Regimento Interno da Câmara Municipal, passando a ser previsto o pagamento de verba remuneratória no valor de 1/5 do subsídio mensal de vereador por cada sessão extraordinária, convocada pelo Executivo Municipal, no período do recesso parlamentar.

III. Ocorre que, conforme consta nos autos do inquérito civil instaurado nesta Promotoria de Justiça, no mês de julho seguinte, foram convocadas 05 sessões extraordinárias, o que acarretou o pagamento de uma verba remuneratória, para cada edil, de R\$ 3.000,00, sendo que, no mês de julho, perceberam eles valor equivalente ao dobro do que normalmente recebiam nos demais meses.

IV. No entanto, constatou-se que os assuntos tratados nas sessões extraordinárias não se revestiam do caráter de relevância e urgência, bem como, conforme noticiado, algumas das sessões não teriam durado mais que 30 min. Ademais, verificou-se que poucos assuntos foram tratados em cada sessão, o que poderia ter acarretado um número maior de sessões realizadas.

V. Por tal razão, entendeu caracterizada violação aos princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da razoabilidade, o que, já desde o início, caracterizaria ato de improbidade administrativa.

VI. Acompanhando a peça inaugural, foram juntados, em fls. 39/164, os autos do inquérito civil nº 043/2001.

VII. Em fls. 166/169, consta decisão proferida por esse d. Juízo, na qual se deferiu a medida cautelar de indisponibilidade de bens pleiteada, por vislumbrar a presença dos elementos necessários a sua decretação, bem como foi deferido o pedido de quebra de sigilo fiscal dos réus.

VIII. Os réus, irrisignados, apresentaram, em fls. 352/373, cópia do agravo de instrumento interposto contra tal decisão, sob o argumento de que a medida deferida considera-se *“violenta, excessiva, injusta e desnecessária, que viola garantias caras ao ordenamento constitucional, em especial o direito de propriedade e de livre disposição de bens, bem como as relativas ao devido processo legal e a ampla defesa”* (fl. 352).

IX. Em fls. 382/404, os réus apresentaram contestação, na qual alegaram, em sede preliminar, a ilegitimidade ativa do *Parquet*, a ilegitimidade passiva dos réus, bem como a *“irrazoabilidade”* da medida de indisponibilidade de bens decretada. No mérito, de igual modo, alegaram que a verba remuneratória *“nada mais é do que uma justa retribuição do labor realizado pelos vereadores durante o recesso parlamentar”* (fl. 393). Ademais, por se tratar de uma *“prática institucionalizada”* no âmbito do Legislativo, a previsão dos chamados *“jetons”* não feriria os princípios constitucionais elencados na exordial.

X. De igual modo, afirmaram que a ação civil pública é meio inidôneo para declaração de invalidade de lei ou ato normativo, bem como que a interferência do Judiciário no presente caso violaria, flagrantemente, o princípio da separação dos Poderes.

XI. Em fls. 420/426, constam as informações solicitadas pelo E. TJRJ.

XII. O Ministério Público, às fls. 461/468, apresentou sua réplica, na qual, após terem sido rebatidas as preliminares suscitadas em contestação, afirmou-se que a discussão não se funda na previsibilidade dos *“jetons”*, mas sim o valor fixado para cada gratificação, uma vez que, realizadas apenas 05 sessões, recebeu o edil quantia equivalente a seu subsídio mensal. De igual modo, em se considerando que as matérias tratadas eram relevantes e urgentes, poderiam ter sido discutidas e votadas em um número menor de sessões, que também

poderiam durar bem mais que 30 min., pois, assim, o interesse público, com toda certeza, seria de melhor forma atendido.

XIII. Em fls. 511/602, foram juntadas as informações requisitas à Câmara Municipal, constando cópias das atas das sessões extraordinárias realizadas.

XIV. Os réus, às fls. 616/622, apresentaram agravo retido em face da decisão que rejeitou as preliminares suscitadas.

XV. Contra-razões do *Parquet* em fls. 692/698.

XVI. Em fls. 840/843, consta assentada da AIJ realizada, na qual foram prestados os depoimentos pessoais do atual Presidente da Câmara Municipal e do ex-presidente, Sr. Franco Faggian.

XVII. Autos com vista ao Ministério Público para parecer final.

É o apertado relatório, em atendimento aos ditames do artigo 43, inciso III da Lei nº 8.625/93 e do artigo 118, inciso III da LC Estadual nº 106/2003.

Após a instrução processual, entende este órgão ministerial estarem devidamente comprovadas as alegações constantes da peça exordial, não restando dúvidas de que a previsão dos “jetons” pelos edis de Resende ofende, flagrantemente, os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e razoabilidade. Por tal razão, devem eles ressarcir o erário das verbas indevidamente percebidas, bem como, por constituir tal conduta ato de improbidade administrativa em razão da violação aos citados princípios constitucionais, sujeitem-se às sanções previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

Inicialmente, para uma correta análise da questão, importa-nos salientar que o princípio da moralidade administrativa deve pautar toda a atuação estatal, uma vez que, nas preciosas palavras de HAURIUO¹, “*o Estado não é um fim em si mesmo, mas sim um instrumento utilizado em prol do interesse público...*”.

Assim sendo, não se pode considerar suficiente que o agente político norteie sua atuação, tão-somente, pelo atendimento às regras jurídicas, ou seja, obedecendo ao princípio da legalidade. Na verdade, torna-se indispensável que atenda à ética administrativa, “*estabelecendo uma relação de adequação entre seu obrar e a consecução do interesse público*”².

Não é outro, aliás, o entendimento esposado por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, que, após analisar a conceituação de Estado Democrático de Direito, prevista no artigo 1º, *caput* da CR/88, afirmou que o atendimento ao interesse público pelos três poderes do Estado se faz tanto pelo atendimento da parcela de interesse público cristalizado em lei – a legalidade –, tanto por aquele interesse da sociedade que ainda não foi consubstanciado em norma jurídica – a legitimidade. Por tal razão, “*a legitimidade se torna um requisito legalmente exigível da ação administrativa pública e leva à invalidade os atos que não atendam à finalidade que a expressa*”³.

¹ in *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, p. 435 e ss.

² in *Improbidade Administrativa*, EMERSON GARCIA e ROGERIO PACHECO ALVES, 1ª edição, p. 42.

³ in *Legitimidade e Discricionariedade, Novas Reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*, 4ª edição, p. 25.

Isto posto, verifica-se que, embora a Resolução nº 3820/2001 tenha se pautado nos limites legalmente previstos, e que, conforme fizeram os réus questão de salientar que a fixação dos “jetons” é uma prática institucionalizada no âmbito do Poder Legislativo, tal ato normativo não pode ser considerado *legítimo*, pois, ao invés de atender ao interesse da sociedade, vislumbra-se que foi editado visando, unicamente, aos interesses pessoais dos próprios vereadores de Resende.

Isso porque, ao editarem a referida resolução, buscaram os edis – conforme salientado pelo Presidente da Câmara à época em seu depoimento pessoal de fl. 841 – atenderem ao ditame do artigo 57, § 7º da CR/88, aplicável ao Legislativo Municipal pelo princípio da simetria, *in verbis*:

“ Art. 57 - *omissis*...

§ 7º - Na *sessão legislativa extraordinária*, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese do § 8º, *vedado o pagamento de parcela indenizatória superior ao subsídio mensal.*”

(grifos deste Promotor)

Ocorre que, pela leitura do dispositivo constitucional, é possibilitada uma dupla interpretação. A primeira delas seria de que o pagamento da parcela indenizatória em decorrência do comparecimento pelos vereadores às sessões extraordinárias, no total, não poderia exceder ao valor do subsídio mensal por eles percebido. A outra – que não nos parece nem um pouco razoável – seria de que o valor pago por cada sessão extraordinária é que não poderia exceder o limite constitucional. Nesse caso, *verbi gratia*, se o vereador realizasse apenas uma sessão no recesso parlamentar, perceberia parcela indenizatória equivalente a um subsídio mensal.

Nesta última hipótese, não se pode olvidar que qualquer pessoa comum consideraria tal atuação legislativa um grande absurdo, e, de plano, sustentaria violação ao princípio constitucional da moralidade administrativa. Tanto é assim que o próprio vereador *Franco Faggian*, ex-Presidente da Câmara Municipal de Resende, ao ser indagado em questionamento formulado por este órgão ministerial quanto aos critérios estabelecidos para a fixação do valor da gratificação para cada sessão legislativa, afirmou que o valor de 1/5 do subsídio mensal, proposto pela Mesa Diretora, foi tido por “*moral, afastando a possibilidade de que o pagamento do teto equivalente ao subsídio se fizesse por sessão, como sucede em outros municípios*”(fl. 841).

No entanto, a despeito da classificação de tal critério pelo vereador como *moral*, entende o *Parquet* que o valor fixado não atendeu os ditames do interesse público, gerando-nos tal certeza negativa.

No entanto, se tentado fosse o estabelecimento de um valor razoável, pecar-se-ia por adentrar em uma esfera de intenso subjetivismo. Não obstante, socorrendo-nos de uma aplicação analógica das regras remuneratórias de um

trabalhador comum, regido pela CLT, verificamos que o valor fixado é demasiadamente excessivo.

Como cedição, qualquer trabalhador, em situação equiparada às sessões extraordinárias – que é o trabalho em “hora-extra” –, recebe uma verba indenizatória equivalente a 50% do valor de sua hora normal de trabalho. Assim, por exemplo, se um trabalhador recebe R\$ 2,00 (dois reais) por hora trabalhada, receberá por cada hora-extra o valor de R\$ 3,00 (três reais).

Utilizando-se de tal raciocínio, constata-se, nitidamente, que o valor por eles fixado extrapola os limites da razoabilidade, ferindo a moralidade administrativa.

Tomando-se por base que a função de vereança é estabelecida por um regime de dedicação integral, conclui-se que o edil recebe seu subsídio pelo desempenho de sua função de 2ª a 6ª feira, embora somente compareça às sessões nas terças e quintas-feiras.

De acordo com tal raciocínio, constata-se que, considerando-se que os meses normalmente possuem quatro semanas, os vereadores recebem a quantia de R\$ 3.000,00 para trabalharem, em tese, por 20 dias úteis, o que significa R\$ 150,00 por cada dia trabalhado.

Assim, acrescentando a tal quantia o percentual de 50%, verifica-se que um valor razoável para ser fixado pelos vereadores como gratificação por cada sessão extraordinária seria o de R\$ 225,00, o qual, na verdade, é bem inferior aos R\$ 600,00 por eles fixado.

Frise-se, por oportuno, que o valor acima proposto é, na verdade, bastante razoável, pois estaria sendo fixado tomando-se por base apenas a quantia percebida por cada dia trabalhado e não pelo comparecimento em sessão plenária, mesmo que seja esta extraordinária. Isto porque a vereança não se resume ao comparecimento às sessões plenárias, mas engloba, além dessas, todas as demais atividades que devem ser desenvolvidas pelo edil, tais como as discussões nas comissões especializadas, o atendimento à população, o trabalho social em suas bases *etc.*

Da mesma forma, o valor fixado deve ser considerado excessivo porque seria coincidência demais aceitarmos que, tendo sido o valor de cada sessão fixado em 1/5 do subsídio mensal, foram convocadas justamente 05 sessões durante o período de cada recesso parlamentar, de maneira a não ultrapassar o limite constitucionalmente estabelecido.

Por tal razão, pedimos vênha para concluir que, se o valor da gratificação por cada sessão fosse fixado, ao invés de 1/5, em 1/10 do subsídio mensal, talvez fossem, também por coincidência, convocadas 10 sessões extraordinárias, para que, dessa forma, pudessem receber o valor máximo, sem ultrapassar o teto fixado pelo Constituinte.

Ademais, não se pode olvidar que a Resolução nº 3820/2001 foi aprovada pela Câmara Municipal de Resende às vésperas do início do recesso parlamentar do mês de julho daquele ano, tendo tal aprovação ocorrido no dia 21 de junho de 2001, a apenas 09 dias do início do recesso.

De igual modo, não tomaram os edis o devido cuidado de deixarem consignados nas atas das sessões extraordinárias os horários de início e encerramento de cada sessão, conforme se constata em fls. 528/602 e 840/843, limitando-se a afirmarem que as sessões eram gravadas em fitas cassetes, nas quais, como é notório, torna-se dificultoso precisar o tempo real de duração de cada sessão.

Por oportuno, saliente-se que, conforme consta em fl. 690, requereram os réus a realização de seus depoimentos pessoais sob o argumento de que sua finalidade era a de "*demonstrar a relevância e urgência das matérias debatidas e deliberadas nas sessões extraordinárias*". Assim, deferida a prova, desistiram os réus da realização da prova requerida logo no início da audiência de instrução e julgamento, a qual somente foi realizada por imediato requerimento do *Parquet*, devidamente deferido por esse d. Juízo.

Contudo, o que se constata nas afirmações dos vereadores *Franco Faggian* e *Paulo César Cardoso* é que foi dado novo rumo ao discurso anteriormente apresentado. Segundo por eles afirmado, não poderiam os vereadores efetuar juízo de valor quanto à presença dos requisitos de relevância e urgência nos assuntos a serem tratados nas sessões extraordinárias, sob pena de invasão de seara de discricionariedade do Executivo Municipal. No entanto, inolvidável que eles poderiam, certamente, caso verificassem, de forma evidente, que tais requisitos não se encontravam presentes, socorrer-se da atuação do Poder Judiciário para que as sessões não fossem realizadas.

Ademais, não se pode olvidar que os vereadores agiram com desvio de poder, pois, ao editarem a citada resolução, não procuraram fixar o valor que seria justo para a indenização a ser paga por cada comparecimento em sessão extraordinária, mas, na verdade, procuraram aumentar suas remunerações, mantendo-se o valor percebido no limite máximo estipulado pelo legislador constitucional.

Assim, em razão de todo o exposto, constata-se a nítida violação aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da razoabilidade, uma vez que a fixação do excessivo valor para tal gratificação era unicamente direcionada, através de desvio de poder, a atender os próprios interesses dos vereadores, deixando-se de lado o interesse público.

DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO E DA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 12 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Conforme acima afirmado, dúvidas não restam que a edição da Resolução nº 3820/2001 viola flagrantemente os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e razoabilidade, demonstrando-se que o valor fixado para a gratificação de cada sessão extraordinária certamente não é o que mais se adequa ao integral atendimento do interesse público.

De igual forma, em decorrência da flagrante violação aos princípios constitucionais elencados no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, devem os vereadores estar submetidos às sanções previstas no artigo 12 da citada lei.

Por tal razão, torna-se imperiosa a condenação dos vereadores de Resende ao ressarcimento ao erário das verbas por eles percebidas em decorrência das sessões extraordinárias realizadas nos meses de julho e dezembro de 2001 e julho de 2002, o que nada mais é do que um retorno ao *status quo*.

Neste sentido, preciosa a lição extraída de obra específica a respeito do *thema*, de autoria dos festejados colegas do *Parquet* fluminense EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES, os quais, ao analisarem a natureza jurídica do ressarcimento do dano, afirmam que:

“Essa concepção, hodiernamente, encontra-se amplamente difundida e erigida à categoria de princípio geral de direito, sendo integralmente aplicada em se tratando de danos causados ao ⁴ patrimônio público. Note-se, no entanto, que o texto legal não tem o poder de alterar a essência ou a natureza dos institutos; in casu, observa-se que a reparação dos danos, em essência, não representa uma punição para o ímprobo, pois, tão-somente, visa a repor o status quo.”

(grifos deste Promotor)

Contudo, importa-nos ressaltar que, ao que nos parece, não devem, *in casu*, ser aplicadas todas as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Como cediço, a dosimetria de tais sanções deve ser efetuada tomando-se por base a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente público.

Para justificar tal afirmação, socorremo-nos, mais uma vez, do brilhante ensinamento dos colegas EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES, *in verbis*:

“A justa proporção entre a sanção e o ilícito será encontrada a partir da identificação do ilícito de menor potencialidade lesiva, sendo cominada uma reprimenda compatível com sua natureza. Fixada a reprimenda mínima, deve-se seguir um critério de gradação crescente, majorando-se a sanção conforme aumente a lesividade dos ilícitos. O ápice da escala deve ser impreterivelmente ocupado por uma sanção composta de valores variáveis, o que possibilitará a sua adequação a ilícitos de igual natureza, mas que apresentem gravidade extrínseca distinta, a qual variará em conformidade com as circunstâncias em que se desenvolvera a ação.

Adotando-se tais critérios, constata-se que o ato que importe em inobservância dos princípios adminis-

⁴ in *Improbidade Administrativa*, EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES, 1ª edição, p. 345.

trativos apresenta-se como o ilícito de menor potencialidade lesiva previsto na Lei nº 8.429/92, já que a ele são cominadas as sanções mais brandas. O extremo oposto é ocupado pelos atos que importem em enriquecimento ilícito, assumindo posição intermediária aqueles que causem danos ao erário.”⁵
(grifos deste Promotor)

Assim, embora seja a aplicação cumulativa das sanções a regra geral, parece-nos que cabe ao órgão jurisdicional proceder à verificação da compatibilidade entre as sanções cominadas, o fim visado pela lei e o ilícito praticado, o que redundará no estabelecimento de um critério de proporcionalidade.

Dessa forma, possibilita-se ao julgador, em situações específicas e devidamente fundamentadas, não efetuar a cumulação das sanções previstas em abstrato na Lei de Improbidade Administrativa.

Neste sentido, aliás, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em julgamento de recurso de apelação no qual, após ter sido apreciada a conduta de parlamentares municipais e reconhecida a prática de atos de improbidade, foram as sanções fixadas da seguinte forma:

“ Ação popular. Ação de improbidade administrativa. Julgamento conjunto. Câmara de Vereadores que reajusta os subsídios de seus integrantes para vigorar na mesma legislatura. afronta à Lei Orgânica local e à própria Carta Magna. Condenação à devolução do que os edis receberam indevidamente. Apelo improvido. Devem ser devolvidos ao erário municipal os valores recebidos a maior pelos vereadores que reajustam e recebem subsídios na mesma legislatura em que estabeleceu-se o aumento. A sucumbência parcial dos autores em ação popular e de enriquecimento ilícito não implica em condenação recíproca de honorários advocatícios. O Juiz, na ação de reparação de dano por improbidade administrativa, não é obrigado a impor, em conjunto, as sanções previstas no art. 11, da Lei 8429/92, podendo determinar apenas a reparação do dano com seus acréscimos legais, em casos menos graves. O particular não está legitimado a figurar como parte ativa na ação de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público”. (5ª CC., AP nº 64.118-1, rel. Des. Fleury Fernandes, j. em 25/8/1998).”

⁵ *Ob. cit.*, pp. 333 e 334.

(grifos deste Promotor)

In casu, constata-se que, a despeito de não terem os edis agido em observância aos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e razoabilidade, de uma certa forma, não se pode negar que certa parcela de interesse público foi atendida, ao menos, a que se refere à legalidade, uma vez que o valor fixado não ultrapassou o limite constitucionalmente estabelecido. No entanto, a conduta por eles praticada pode ser considerada *ilegítima*, o que nos leva a crer que tal parcela do interesse público não foi atendida.

No mesmo diapasão, encontra-se o posicionamento dos citados colegas EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES, *in verbis*:

*“Além do elemento volitivo, deve ser analisada a consecução do interesse público, o qual foi erigido à categoria de princípio fundamental pela Constituição da República (artigo 3º, IV). Em sendo parcialmente atingido o interesse público, afigura-se igualmente desproporcional que ao agente sejam aplicadas as mesmas reprimendas destinadas àquele que se afastou integralmente de tal fim, logo, em hipóteses tais, as sanções aplicadas deverão variar conforme a maior ou menor consecução do interesse público.”*⁶

(grifos deste Promotor)

Por tal razão, parece-nos desproporcional a aplicação das sanções de perda do cargo ou função pública e a suspensão dos direitos políticos, bem como incompatível com o caso em apreço a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios.

Contudo, parece-nos que a aplicação da multa civil se faz, *in casu*, estritamente necessária.

Isso porque ao ímprobo não podem ser aplicadas, unicamente, as sanções de ressarcimento do dano e de perda de bens, pois estas, conforme salientado acima, não se caracterizam como reprimendas, mas sim como mera recomposição do *status quo*. Na verdade, se assim não fosse, se retirássemos, *exempli gratia*, a aplicação da pena de ressarcimento do dano e não aplicássemos nenhuma outra sanção, embora caracterizado um ato de improbidade administrativa, os vereadores encontrar-se-iam na mesma situação em que estavam antes da prática de tal ato.

Não é outro, aliás, o entendimento esposado por nossos Tribunais, conforme se extrai do teor das ementas dos acórdãos de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, *in verbis*:

⁶ *Ob. cit.*, p. 408.

*“Ação civil pública. Apelações cíveis. Falta de preparo. Desrção. Preliminares. Cerceamento de defesa. Improbidade administrativa. Remuneração de Vereadores. Desobediências aos parâmetros legais. Sanções do art. 12 da Lei nº 8.429/92. Emenda Constitucional nº 19/98. Auto-aplicabilidade. Dedução do IRRF. I - Na dicção do artigo 511, do Código de Processo Civil, modificado pela Lei nº 8.950/94, o recorrente terá de juntar, no ato da interposição do recurso, a prova do pagamento do preparo, sob pena de ocorrer a preclusão consumativa, visto que a norma é de aplicação cogente e sua desobediência impõe-se a pena de deserção. II - Constantes dos autos prova documental suficiente para formar o convencimento do juiz, não ocorre cerceamento de defesa se a lide é julgada antecipadamente. III - Tipifica improbidade administrativa, descrita no art. 9º da Lei nº 8.429/92, a percepção de subsídios excedentes aos parâmetros legais. IV - *Comprovada a prática pelos réus de ato de improbidade administrativa, cominam-se-lhes as penas de ressarcimento integral do dano causado ao erário e de multa civil, previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92.* V - Não é auto-aplicável a norma do art. 37, XI, da CF, vez que somente será aplicável após a edição de lei que, regulamentando a matéria, fixe novo teto vencimental no âmbito dos Três Poderes e nas diferentes unidades da Federação. VI - O IRRF deve ser deduzido no valor a ser restituído pelos edis aos cofres públicos, já que recolhidos com base na remuneração majorada. 1º apelo não conhecido. Remessa oficial e 2º apelo conhecidos e providos parcialmente”. (2ª CC., Duplo Grau de Jurisdição nº 6.611-2/195, Des. Aluízio Ataídes de Sousa, j. em 05/06/01, DJ de 27/06/01, p. 07).*

“Apelação. Ação civil pública. Preliminares: Nulidade. Omissão. Cerceamento de defesa. Julgamento antecipado da lide. Julgamento ultra petita. Ausência de intimação da parte. Improbidade administrativa. Remuneração de Vereadores. Desobediência aos parâmetros legais. Sanções do art. 12 da Lei nº 8.429/92. I - omissão do nome da câmara municipal não macula a sentença, nem fere

o art. 458 do Código de Processo Civil, diante da impossibilidade jurídica de sofrer ela sanções por improbidade administrativa já suportadas pelos vereadores. Carência de ação. II - Constantes dos autos prova documental suficiente para formar o convencimento do juiz, não ocorre cerceamento de defesa se a lide é julgada antecipadamente. III - Ocorrendo julgamento *ultra petita*, reduz-se a condenação aos limites do pedido, sem declarar nula a sentença. IV - Não procede nulidade argüida pela parte, não intimada de juntada de documentos, se não alegada na primeira oportunidade para falar nos autos. V - Tipifica improbidade administrativa, descrita no art. 9º da Lei nº 8.429/92, a percepção de remuneração excedente aos parâmetros legais. VI - *Comprovada a prática pelos réus de ato de improbidade administrativa, cominam-se-lhes as penas de ressarcimento integral do dano causado ao erário e de multa civil, previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92.* Apelo conhecido e parcialmente provido." (2ª CC., AP nº 52.844-4/188, rel. Des. Jalles Ferreira da Costa, j. em 14/09/00, DJ de 31/10/00, p. 14).
(grifos deste Promotor)

Assim, por todo o exposto, *opina este órgão ministerial pela total procedência da pretensão autoral manifestada através dos pedidos constantes da exordial, devendo ser os vereadores réus condenados a ressarcirem ao erário*, cada um, na quantia de R\$ 5.625,00 (cinco mil seiscientos e vinte e cinco reais), perfazendo um total de R\$ 95.635,00 (noventa e cinco mil, seiscientos e trinta e cinco reais), indevidamente retirados dos cofres públicos. Não obstante, devem eles também *ser condenados ao pagamento de multa civil* de que trata o artigo 12, inciso III da Lei nº 8.429/92, *a ser fixada, de acordo com o prudente arbítrio desse Juízo, no limite de até 100 (cem) vezes o valor do prejuízo causado ao erário.*

É o que parece ao Ministério Público.

Volta Redonda, 21 de maio de 2003.

FRANCISCO DE ASSIS MACHADO CARDOSO
Promotor de Justiça

Uso indevido de marca comercial registrada no INPI. Ação rescisória. Improcedência.

Ação Rescisória n. 2001.006.00025

Autor: *Agrícola Fraiburgo S/A.*

Réu: *Société des Produits Nestlé S/A e outro.*

Relator: *Des. Roberto Wider.*

Rescisória. Ação de indenização por uso indevido de marca comercial registrada no INPI. Violação ao art. 78 da Lei n. 5.772/71. Eficácia e direito de uso exclusivo da marca. Alegação de incompetência absoluta da Justiça Estadual. Efeitos da decisão prejudicial. Limites da lide indenizatória. Improcedência.

PARECER

Trata-se de ação rescisória proposta contra acórdão do 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça, que conheceu e negou provimento a embargos infringentes opostos pela autora (fls. 143), confirmando a decisão da 3ª Câmara Cível, assim ementada (fls. 121):

“Ação de indenização relativa a uso indevido de nome ou marca comercial. Proibição quanto ao uso do nome relacionado com o registro que está sendo discutido na esfera Federal. Inexistência de prejuízo no uso do nome Moça Fiesta pela ré que não se confunde com o nome Fiesta usado pela autora em produto diverso, de classificação diferente para inscrição no registro próprio, inexistindo razão para pagamento de qualquer indenização.”

A autora é titular da marca Fiesta, registrada no INPI, na classe 35.10, que compreende bebidas, xaropes e sucos concentrados. Afirma que a primeira ré obteve registro da marca Moça Fiesta na classe 31, sub-itens 10/30, mas o mesmo foi cancelado pelo INPI. As rés tentaram novo registro, desta vez na classe 33, sub-itens 10/20, mas o pedido foi indeferido novamente, após impugnação da autora. Inconformada, a primeira ré ajuizou ação junto à 10ª Vara Federal, na qual obteve liminar suspendendo os efeitos do ato administrativo que indeferiu o pedido de registro.

Alega a autora que a suspensão do ato que indeferiu o registro tem como efeito apenas o retorno do pedido à fase preliminar do processo registrário, permanecendo o mesmo depositado, sem que se complete a apreciação de sua viabilidade, nos termos dos arts. 77 ss. da Lei 5772/71. Desta maneira, afirma que as rés iniciaram a exploração de marca comercial sem o necessário registro. Ressalta ser a única titular da marca Fiesta, estando a mesma registrada há anos junto ao INPI.

Com base nestes argumentos, a autora propôs ação ordinária requerendo fossem as rés impedidas de utilizar a referida marca. Requereu também fossem as rés condenadas ao pagamento de *royalties* e de indenização por perdas e danos, pelo tempo em que a marca foi utilizada indevidamente. O pedido foi julgado improcedente em sentença confirmada pelo acórdão da 3ª Câmara Cível, cuja ementa encontra-se acima transcrita. Opostos embargos infringentes, os mesmos também tiveram o provimento negado. Contra esta decisão, proferida pelo 4º Grupo de Câmaras Cíveis, foi proposta a presente ação rescisória.

O pedido de rescisão assenta em dois fundamentos, quais sejam, decisão proferida por juiz absolutamente incompetente e violação de literal disposição de lei, previstos nos incisos II e V do art. 485 do CPC. Alega que a decisão rescindenda incorreu em erro de direito ao entender que a liminar concedida era suficiente para autorizar às rés a utilizar a referida marca, não observando as regras para a tramitação do processo administrativo de registro junto ao INPI (arts. 78 e 79, Lei 5772/71). Ressalta que, antes do registro no INPI, as rés não têm direito à utilização da marca e que o acórdão "atribuiu à fase preliminar do processo de registro eficácia registrária", violando o art. 59 da Lei 5772/71. Por fim, alega que a Justiça Estadual invadiu a competência da Justiça Federal ao incluir entre as razões de decidir matéria ligada ao mérito do indeferimento do registro por autarquia federal. A autora requer, além da rescisão do acórdão proferido pelo 4º Grupo de Câmaras, a prolatação de nova decisão pelo juízo rescisório.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido às fls. 255.

Contestação às fls. 218. Ressalta que já há sentença na ação proposta junto à 10ª Vara Federal, confirmando a liminar que suspendeu os efeitos do ato administrativo que indeferiu o registro da marca Moça Fiesta e decidindo pela não colidência entre a marca das rés e a marca da autora. Afirma que não houve erro de direito, uma vez que a liminar concedida para evitar dano irreparável não pode ser desprovida de eficácia, fazendo apenas com que o pedido de registro permanecesse depositado junto ao INPI, e permanecendo a impossibilidade das ora rés utilizarem sua marca. Desta maneira alega não ter ocorrido violação à literal disposição de lei. Alega que a liminar foi concedida de acordo com os pressupostos legais e afastou o único óbice ao registro de sua marca, ressaltando que o pedido de registro foi viabilizado pelo INPI em 1990, conforme publicação na RPI nº 1011.

Sustenta que o acórdão rescindendo não invadiu a competência da Justiça Federal ao reconhecer a evidente inexistência de confusão entre as marcas amparado em decisão liminar da própria Justiça Federal, confirmando a licitude da atuação das rés. Por fim, alega impossibilidade jurídica do pedido da autora, pois o seu reconhecimento desconstituiria liminar e sentença proferidas no âmbito da Justiça Federal. Destaca que sua atuação é lícita, pois amparada por liminar e sentença judicial.

A autora apresentou réplica às fls. 266, insistindo na tese deduzida na inicial e atacando a decisão proferida pela Justiça Federal. Alega também que o art 65 da Lei 5772/71 proíbe o registro de marca que seja reprodução de outra com acréscimo, de modo que, nestes casos, a lei presume confusão entre as marcas, sendo tal presunção absoluta.

Sem provas a produzir, as partes se manifestaram em alegações finais às fls. 335 e 340.

É o relatório.

Presentes os pressupostos da rescisória, tendo sido comprovados o trânsito em julgado do acórdão (fls. 28), sua tempestividade e o depósito do art. 488, II do CPC (fls. 168).

A autora postula não apenas a rescisão do julgado, mas também a prolação de nova decisão, acolhendo o pedido formulado na ação originária, quais sejam, cessar o uso da marca pelas rés, a condenação ao pagamento de *royalties*, bem como indenização pelos prejuízos causados pelo uso indevido da marca. Tanto no juízo rescindendo quanto no juízo rescisório não merecem prosperar as pretensões.

Não vislumbro a alegada violação aos dispositivos do Código da Propriedade Industrial, ora revogado. A censura que a autora dirige à decisão rescindenda, na verdade, se refere à decisão da 10ª Vara Federal que julgou procedente as ações cautelar e ordinária propostas pela Nestlé, acolhendo o pedido de concessão do registro. Se tal deferimento poderia ou não decorrer da anulação do ato administrativo que lhe foi desfavorável, é questão a ser apreciada em sede própria, e não autoriza a rescisão do julgado.

Não se verifica tampouco a alegada invasão da competência da Justiça Federal pois, embora a decisão rescindenda tenha analisado o mérito do ato administrativo de indeferimento do pedido de registro da marca, o fez para verificar se havia ou não prejuízo para a autora pelo uso desta pelas rés. Impossível seria decidir o pleito indenizatório sem analisar se a marca *Moça Fiesta* colidia com a marca *Fiesta* ou não, pois só na primeira hipótese estaria configurado a causa de pedir, fundamento da pretensão deduzida.

A decisão rescidenda, às fls. 143, julgou improcedente o pedido sob duplo fundamento, qual seja, porque entendeu não haver prejuízo e também porque a utilização da marca "decorre de autorização judicial", sendo, portanto, legítima, sendo certo que a correção desta liminar, posteriormente tornada

definitiva, é questão estranha aos limites da lide e fora da competência da Justiça Estadual.

Tal circunstância, aliás, foi expressamente referida no acórdão, o qual destacou que “se as embargadas, diante de decisão judicial legítima, específica, que está em vigor e lhes favorece, estão usando a marca “MOÇA FIESTA”, à Justiça Estadual, no caso, apenas cabe decidir sobre se o uso de tal nome do produto ou marca causa prejuízo à embargante” (fls. 144).

O aresto, permita-se frisar, não versa sobre o mérito do ato administrativo federal, tendo analisado a questão da colidência apenas para verificar a existência de prejuízo, como razão de decidir. Não resta dúvida de que o juízo estadual é competente para dizer se a conduta é lícita e se há prejuízo indenizável. Assim, tampouco será aplicável à espécie o art. 485, II do CPC, não se verificando a afirmada incompetência do juízo prolator da decisão rescindenda.

Assiste inteira razão às rés quando afirmam que a autora “ela sim pretende com esta rescisória invadir a competência da Justiça Federal”, pois o acolhimento do pedido formulado na ação originária, consistente na obrigação de não utilizar a marca Moça Fiesta, é o inverso daquele que a própria autora afirma não poder ser debatido na esfera estadual, a ensejar a rescisão do julgado.

Por todo o exposto, o Ministério Público opina pelo conhecimento da rescisória, e pela sua improcedência.

Rio de Janeiro, 18 de setembro de 2001.

HELOISA CARPENA VIEIRA DE MELLO
Procuradora de Justiça
Assistente

De acordo.

LUIZ SERGIO WIGDEROWITZ
Assessor-Chefe da Assessoria Cível

Aprovo.

JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
Procurador-Geral de Justiça

Filho de militar, universitário de entidade de ensino privado, cujo pai é transferido de um Estado para outro. Impossibilidade de matricular-se ex officio em uma entidade de ensino público, maxime frente a estabelecimento de renome, in casu, a UERJ, a fim de evitar-se expediente artificioso e/ou fraudulento (lato sensu). A exceção é se no local não houver universidade particular, ou seja, entidade congênere na cidade para a qual foi transferido o pai do universitário.

4ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo de instrumento nº 2003.002.08886

Agyte: *Universidade do Estado do Rio de Janeiro- UERJ*

Agvdo: *Leonardo Corrêa Cardoso*

PARECER

Eminente Desembargador-Relator,

“Recurso de agravo de instrumento. Transferência *ex officio* de filho de militar transferido de um Estado para outro. Requerimento feito por aluno de instituição particular do Amazonas, para uma instituição de ensino público, *in casu*, a UERJ.

Não faz jus à transferência para universidade pública, mas sim para instituição de ensino congênere, vale dizer privada. Tal regra, no entanto, comporta uma exceção, quando não houver universidade particular na cidade para a qual foi transferido o pai do universitário.

Cassação da liminar deferida no *mandamus of writ*.
Recurso de agravo de instrumento conhecido e **provido**”

Trata-se de recurso de agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo, interposto pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, inconformada com a decisão interlocutória prolatada pelo Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, nos autos do *mandamus of writ* impetrado pelo ora agravado em face da agravante, em que foi deferido seu pedido de matricular-se na UERJ, no 1º ano de Engenharia, por transferência do impetrante, ou seja da FUCAPI, faculdade particular para a UERJ, instituição

de ensino público, tendo em vista ser filho de militar, 1º Sargento da Marinha de Guerra, transferido de Manaus para o Rio de Janeiro, pelo que insurge-se a Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ -, contra tal decisão interlocutória, forte no argumento de que, além do impetrante ser proveniente de instituição de ensino particular, também não logrou aprovação em três disciplinas da grade curricular do respectivo curso. No caso presente, o que as Leis números 9.536/96 e 9.394/97 garantem ao impetrante é a continuidade dos estudos em entidade congênere, dest'arte baseando-se na súmula 43 do TRF/2ª Região e, ainda, em decisões deste Egrégio Sodalício, aguarda a concessão da liminar pleiteada e, afinal, o provimento deste recurso.

Adunando o recurso de agravo de instrumento, foram anexados os documentos de fls. 08/38.

Indo os autos à conclusão do Desembargador-Relator, S. Exa. indeferiu a liminar pleiteada, determinando, a seguir, as providências de estilo.

Em atenção ao dogma constitucional do contraditório, o agravado ofereceu a contraminuta de fls. 43 e ss., prestigiando *in totum* a decisão hostilizada, como sói sempre ocorrer em casos que tais, pugnando pelo improvimento do recurso interposto.

O agravante não se manifestou sobre o r. despacho da Relatoria, conforme se verifica pela certidão de fls. 60, *principio*.

Nesta oportunidade, os autos vieram com vista à Procuradoria de Justiça, para exame e parecer conclusivo.

É o breve e sucinto relatório.

Concessa maxima venia, inteira razão assiste à agravante em insurgir-se contra a decisão interlocutória, pois, malgrado o velho e revelho axioma dito e repetido pelos franceses "*La nuit, tous les chats sont gris*", ou, em bom português, *id est*, em vernáculo, "à noite, todos os gatos são pardos", querendo com tal assertiva a todos e a tudo igualar, na verdade, faz-se mister examinar a pretensão do impetrante deduzida na peça prefacial vestibular mandamental *cum grano salis*, conforme a expressão original de PLÍNIO, O VELHO, seu autor (*Cfr. História Natural*, Liv. XXIII), com discernimento, com certa ressalva.

Prima facie, não basta que o *pater* do impetrante, de profissão militar, seja transferido do Estado do Amazonas para o Estado do Rio de Janeiro, como se fosse o *quantum satis* para que o estudante consiga transferir-se *ex officio* de uma instituição privada para uma universidade pública;

Secundus, mister se faz empreender a exegese dos diplomas legais números 9.536/96 e 9.394/97;

Tertius, data venia, sem nenhum desar dos que entendem contrariamente, como diria o saudoso Barão de Itararé, "um caso é um caso, outro caso é outro caso";

Quartus, temos que ter em mira que o ora agravado prestou concurso de vestibular para uma entidade de ensino particular, denominada "FUCAPI"

que, por melhor que seja, com todas as vênias, não se pode comparar com o vestibular da UERJ, sem sombra de dúvida um dos mais difíceis de nosso país e, como corolário lógico, possuidor de um excelente corpo docente, pois pensar contrariamente é ferir o princípio da isonomia, já que, normalmente, por tratar-se de um vestibular concorridíssimo, tão-só a nata estudantil logra êxito, enquanto o restante que não passou... (a resposta a tal indagação encontra-se no foro íntimo de cada qual).

Quintus, as leis mencionadas pelo impetrante, ora agravado, *ninguém discute*, garantem-lhe transferência imediata para que haja continuidade dos estudos, mas não para uma universidade pública, salvo se no *locus* tão-só existisse esta, devendo o agravado, por isso mesmo, matricular-se *em entidade congênere* no mesmo Estado e cidade para onde o militar foi efetivamente transferido;

Sextus, existem diversas faculdades e universidades particulares na cidade do Rio de Janeiro que podem receber o agravado;

Septimus, ad argumentandum tantum, ainda que pudesse o agravado ser transferido *ex officio*, na qualidade de filho de militar, servidor federal (*Iato sensu*), o pedido deveria ser endereçado à Universidade Federal do Rio de Janeiro, e não à UERJ, fundação de direito público, de natureza autárquica, *mantida pelo Erário estadual*;

Octavus, vê-se assim, *primo ictu oculi*, não possuir o ora agravado direito líquido e certo amparável pelo *mandamus of writ*, daí é que a denegação deste deveria ter ocorrido, de há muito, perante o primeiro grau de jurisdição;

Nonus, não obstante a liminar deferida encontre-se dentro da discricionariedade do órgão jurisdicional, *data maxima venia*, jamais deveria ter sido deferida *in limine initio litis*;

Decimus, a decisão hostilizada bate de frente com a súmula 43 do TRF/ 2ª Região e, ainda, com a interpretação pretoriana de nosso Colendo Tribunal e do E. STJ;

Undecimus, toda a interpretação pretoriana reconhece que a aplicação dos diplomas legais supra mencionados abrange, tão-só, entidades congêneres;

Duodecimus, o escopo, a *meta optata* da lei, enfim, é impedir o uso do processo de transferência *ex officio*, como artifício, vale dizer como meio de fraudar o vestibular para as *Universidades Públicas, de renome, que, indiscutivelmente, é o que todos querem ardentemente*, por razões que saltam aos olhos (!!!...) salientando-se, inclusive, que este Procurador de Justiça, à época em que prestou vestibular, no início da década de 70, ao passar para a Faculdade Nacional de Direito(UFRJ), sentiu-se, como não poderia deixar de ser, realizado e feliz, já que sendo tal *desideratum* o sonho de 10 entre 10 vestibulandos de minha geração, dúvida nenhuma há quanto ao contentamento, tudo porque o objetivo foi atingido. Por outro lado, caso não entrasse em uma universidade pública e sim para uma particular... a sensação seria outra, tal qual naquela música do compositor Martinho da Vila, quando diz no refrão : "Passei no

vestibular, mas a faculdade é particular... particular, ela é particular ...particular... ela é particular...." (todos, indiscutivelmente, se lembram não só da letra, mas também da música).

Tollitur quaestio!!!... Por exemplo, digamos que um aluno de uma faculdade particular de nosso Estado do Rio de Janeiro, cujo pai militar fosse transferido para o Estado de São Paulo, capital, e o mesmo requeresse sua matrícula na USP. Pergunta-se: seria tal pedido correto e ético, levando-se em consideração o grau de dificuldade que os candidatos se submeteram à época do ingresso na Universidade de São Paulo? Fica aqui a indagação!!!... Aguardando, aqui, este Procurador de Justiça uma resposta séria, ética e jurígena que não fira a susceptibilidade de quem quer que seja. Se a moda pega, o servidor e/ou militar que tem filho(s) manda o(s) mesmo(s) fazer vestibular na faculdade X do Estado Y, vai para lá, após consegue uma transferência para o Estado de São Paulo, sendo o aluno afinal, gloriosamente matriculado (*rectius, entronizado*) na USP!!!!..... Que orgulho para o *paterfamilias* e etc...!!!!

Tertius decimus, toda transferência há de obedecer rigorosamente, a legislação que rege a matéria *sub-judice*, ou seja, não somente à legislação federal, como também às normas universitárias, principalmente normas *interna corporis, verbi gratia*, o artigo 43 do Estatuto da UERJ, *verbis*:

" A transferência de alunos será admitida na forma da legislação de ensino e nos termos do Regimento Geral e demais mandamentos universitários"

Quartus decimus, esta é a orientação do STJ, conforme REsp nº 4.325/90.

Quintus decimus, a *mens legis* é garantir a continuidade dos estudos do servidor e seus dependentes, uma vez satisfeitas as demais exigências regulamentares;

Sextus decimus, a *ratio* da Lei nº 9.536/97 não é permitir que um aluno de uma universidade particular se transfira para uma pública, tão-só porque seu representante legal foi transferido, mas sim o de permitir que não haja paralisação em seu estudo;

Septimus decimus, o texto legal, por si só, não autoriza a transferência de uma instituição privada para a pública;

Duodevicesimus, toda interpretação deve ser feita de maneira teleológica e sistemática, cotejando-se com todo o nosso ordenamento legal *jus positum*;

Undevicesimus, se não houver uma interpretação correta, poderá ocorrer situações hipotéticas, como, por exemplo, se o número de vagas estiver completo e houver determinação judicial para a matrícula do aluno transferido. *Quid juris?*

Vicesimus, a conclusão serena a que se chega é que a transferência *ex-officio* para uma universidade pública, tão-só, há de ser admitida nos casos taxativamente previstos em lei;

Unus et vicesimus, por tudo o que foi exposto, impõe-se, *d.v.*, a cassação da liminar e o improvimento do presente recurso, tendo em vista a possibilidade de abrir-se sério e grave precedente, *v.g.*, se porventura dois ou mais servidores públicos e/ou militares forem transferidos de um Estado para o nosso... e seus dependentes requererem junto à UERJ o mesmo benefício ora pleiteado? Pergunta-se: como deve agir a Universidade? Seriam abertas novas classes? Haveria lugar para todos? E a fonte de custeio?

Faz-se mister, urgentemente, que o Judiciário exerça seu papel de modo a não causar malefício nem à parte e nem tampouco a qualquer instituição;

Se não houver uma resposta de cunho jurisdicional escorreita e ética, a UERJ, que sempre foi um paradigma no sistema educacional do Estado do Rio de Janeiro, estará fadada a ser mais uma faculdade dentre as já existentes em nosso Estado, com reflexos, obviamente, em quem permitiu e/ou autorizou o caos.

E, no caso em tela, não se trata de um mero canto do vate ou mesmo vaticínio infundado; muito pelo contrário, já se avizinha, para quem tem olhos de ver..., pois ao governo, ao que tudo indica, o que interessa é fazer caridade com o chapéu alheio, e o sistema de quotas ora implantado é só o começo do desmonte educacional... como também da Magistratura de carreira e do Ministério Público, como um todo. *Só não vê não quem não quer, pois o Governo Federal paulatinamente, vai incutindo subliminarmente no povo e na sociedade (desculpe a redundância) em geral uma aversão à Magistratura e ao Ministério Público... (é só ler os principais jornais, e todos sabem quais e/ou qual são(é) (o) jornais (jornal)) e as reformas da Previdência e do Judiciário têm tal escopo, id est desmoralizar e realizar triunfalmente o desmonte estatal, pois, no dia em que for instituído o famigerado controle externo do Judiciário, com reflexos no atuar ministerial, obviamente, será a derrocada da Democracia, já que o mesmo povo que hoje pede, por ignorância, "as reformas" (sic), muito em breve não terá a quem se dirigir, digo, não terá e nem haverá um órgão autônomo e independente para apreciar e julgar sua pretensão de maneira ética... pois a temida espada de Dâmoçles estará pairando sobre as cabeças de todos... quem viver verá!!!... Não devemos nos olvidar de que o obséquio (lisonja) produz amigos, a verdade o ódio - obsequium amicos, veritas odium parit - Video lupum - vejo o lobo - no atuar daqueles que desejam a desmoralização. Por tudo isso é que compete ao Judiciário dar a cada um o que é seu dentro da legalidade e da ética, pois, se fraquejarmos, vamos de encontro a tudo o que o Governo quer... e esta é a subserviência ao Poder Executivo com seus consectários lógicos daí decorrentes... até mesmo demissibilidade *ad nutum* dos integrantes do Judiciário e do Ministério Público e/ou mesmo eleições de seus membros... Alguém duvida de que esta seja a intenção?*

Ante o exposto, aguarda esta Procuradoria de Justiça, aqui oficiando como *custos legis*, deva esta Egrégia Câmara conhecer do recurso de agravo de instrumento interposto, cassar a liminar deferida *in limine initio litis*, provido-se, em seguida, o mesmo pelas razões supra expostas.

Rio de Janeiro, RJ, segunda-feira, 30 de junho, *anno domini* 2003.

JOSÉ ANTONIO LEAL PEREIRA
Procurador de Justiça titular junto à 4ª Câmara Cível

Direito social. Eficácia do acesso à saúde através de oferecimento de medicação apropriada. Direito constitucional de eficácia imediata.

Proc.nº 2001.042.006308-1

Ação de obrigação de fazer

Apelante: *Fundação Municipal de Saúde de Petrópolis*

Apelado: *Irene Nunes Berti*

Direito Social. Eficácia do acesso à saúde através de oferecimento de medicação apropriada. Direito constitucional de eficácia imediata, pois elemento do tratamento. Necessidade comprovada por exame médico não contestado. Impossibilidade de chamamento ao processo dos demais entes federados, face à autonomia dos mesmos garantida no sistema federativo brasileiro. A política conjugada de nível nacional não submete o ente federado à dependência na responsabilidade direta com seus municípios. Reforma da sentença apenas para isentar a fundação instituída pelo Poder Público de condenação em custas.

PARECER

Egrégia Câmara,

Irene Nunes Berti teve atendida pretensão de fornecimento de medicamentos necessários à recuperação da sua saúde (fls. 2/4).

A causa de pedir foi o fato da negativa ao fornecimento por parte da *Fundação Municipal de Saúde de Petrópolis*, sob a alegação de que não tinha verba.

A pretensão se fundamenta na eficácia do direito à saúde, expresso nos arts. 6º e 196 da Constituição da República:

“São direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição”.

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e

serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A apelante sustenta, em suas razões, que:

PRELIMINARMENTE.

1. É isenta de custas tendo em vista o disposto no inc. IX do art. 17 da Lei Estadual nº 3.350/99;
2. O Estado e a União são devedores solidários, o que determina o chamamento ao processo nos termos do art. 77, inc. III do CPC.

NO MÉRITO.

- a) Não há previsão orçamentária para o pagamento do remédio;
- b) O fornecimento do medicamento é de responsabilidade da Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro;
- c) Não se esgotou a instância administrativa, sendo de sua discricionariedade a definição dos que necessitam;
- d) Os preceitos constitucionais que fundamentam o pedido são normas programáticas;
- e) O medicamento só deve ser fornecido enquanto o paciente estiver em tratamento pelo SUS, devendo tal avaliação ser feita periodicamente.

Em suas contra-razões, a autora aduz que a sentença deve ser mantida pelos seus fundamentos (fls.191).

O Ministério Público, em primeira instância, sustenta a reforma da sentença no que respeita à condenação em custas e reporta-se, quanto ao mérito, às razões do judicioso parecer de fls. 114/119, da lavra da Dra. Zilda Januzzi Veloso, que, em preliminar, se posicionou contrária ao chamamento ao processo, posto que a solidariedade não se presume.

No mérito, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Vejamos a quem assiste razão.

PRELIMINARMENTE.

1. A isenção de custas decorre de imposição legal e da natureza da Fundação pertencer à administração indireta do Município.

2. No que respeita à impossibilidade do chamamento ao processo, fora o incontestável argumento de que a solidariedade não se presume, sob a ótica do Direito Privado, a questão, na minha modestíssima opinião, se relaciona ao sistema federativo brasileiro, onde a regra é a autonomia do ente federado.

No nosso sistema federativo, são reservadas aos Estados e aos Municípios as competências residuais, ou seja, a atuação legislativa e administrativa em tudo que não lhes seja vedado na Constituição.

“São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição” (art. 25, par. 1º).

Ao Município, dentro da regra do seu peculiar interesse, cabe *“organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”* (art. 30, inc. V).

E, respeitada esta autonomia, mas em consonância com o desenvolvimento de políticas públicas de caráter nacional, *“prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”* (inc. VII).

Seria contrário ao sistema federativo, onde a regra é a não intervenção dos entes de maior atribuição nos de menor (arts. 34 e 35), serem chamados para responder em relações jurídicas diretas do Município com seus munícipes, em virtude de estar o ente federado inserido dentro de uma política nacional conjugada.

NO MÉRITO.

a) O argumento de ausência de previsão orçamentária revela a própria torpeza, pois é da responsabilidade do Município a sua previsão, posto que a medicação faz parte do tratamento e efetividade do direito social de acesso à saúde.

b) Dentro desta linha de raciocínio, e invocando a autonomia do Município para estabelecer, dentro do seu peculiar interesse, a política regional de acesso à saúde, a quaisquer outros entes federados cabe apenas a cooperação técnica e financeira, que deve ser implementada e é de responsabilidade direta do Município. Cabem, aqui, os mesmos argumentos que determinaram a não integração à lide das demais esferas de entes federados.

c) e d) Os direitos sociais têm aplicação imediata e não estão submetidos à instância administrativa ou mesmo à ausência de lei para sua efetividade, como demonstra o mandado de injunção, possível sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, que englobam, nesse caso, os direitos expressos dos arts. 5º ao 11 da Carta da República, onde se inclui o direito à saúde (art. 6º).

e) A pretensão de avaliação periódica da necessidade da medicação terá que ser pretendida em ação própria, pois, quando do ajuizamento da pretensão da autora, não foi proposta reconvenção, de forma a provar sua desnecessidade ou mesmo a subordinação periódica a exame.

Por todo o exposto, espera o Ministério Público, através da sua Procuradoria de Justiça, a reforma na decisão apenas no que diz respeito à condenação em custas, substituindo-se por acórdão tudo o que foi concedido a autora.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 6 de agosto de 2002.

LUIZ FABIÃO GUASQUE
Procurador de Justiça

Duplo registro de nascimento. Prevalência do segundo registro, promovido pelo pai da registranda.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA - 5ª CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível nº 23802/2002

Relator: *Desembargador Antonio Cesar Siqueira*

Origem: *Comarca de Nova Iguaçu - 2ª Vara de Família*

Apelantes: 1) *Eracy de Magalhães*

2) *Silvia Regina Queiroz ou Regina de Magalhães Franco*

Apelada: *Maria Augusta Queiroz*

EMENTA: Ação de anulação de registro de nascimento.

Dualidade de registros de pessoa nascida em 1975: o primeiro, promovido pela mãe, com paternidade desconhecida; o segundo, promovido pelo próprio genitor, homem casado, atribuindo a maternidade à sua mulher, ficando a criança aos cuidados do casal. Pretensão da mãe biológica, decorridos mais de vinte anos, e já falecido o pai, a anular o segundo registro, só quanto ao nome e à maternidade, completando o primeiro assento com a averbação do nome do pai e dos avós paternos. Sentença que decretou a nulidade total do segundo registro, considerando a Autora parte ilegítima para a averbação pretendida. Apelações das Rés.

Preliminar de decisão *ultra petita*, por ter o decreto de nulidade atingido a totalidade do registro, inclusive a declaração de paternidade, ultrapassando o âmbito do pedido. Inexistência de nulidade que pudesse ser decretada de ofício, segundo a jurisprudência do STF. No mérito, acolhida parcial aos recursos, para que prevaleça o segundo registro de registro de nascimento, exceto em relação à declaração de maternidade. Evidência de que foi com base no registro posterior, promovido pelo pai, que a segunda Apelante construiu toda a sua vida, nele se contendo o nome que tem o direito de continuar usando, integrante de sua personalidade, e o reconhecimento da paternidade. Impossibilidade de negar à mãe biológica o direito de figurar como tal no registro, embora se reconheça que, ao receber e criar a filha nascida da relação extraconjugal do marido, a sua mulher realizou ato equivalente a uma adoção de fato. Proposta de anular-se no segundo assento a declaração da maternidade, tão somente, por não corresponder à verdade,

averbando-se em substituição o nome da mãe biológica, com o conseqüente cancelamento do primeiro registro. Parecer pelo provimento parcial das apelações, retificada a sentença na parte *ultra petita*.

PARECER

RELATÓRIO:

Em exame, apelações do pólo passivo, em *ação de anulação de registro de nascimento*, contra a r. sentença de procedência, a fls. 52/54.

Na inicial, aforada em 24.03.00 sob o patrocínio da douta Defensoria Pública, expôs a Autora: que, em 19.04.77, registrou a filha nascida em 14.09.75 com o nome de *Silvia Regina Queiroz*, sem o reconhecimento do pai, homem casado; que, em 1981, *João Medeiros Franco*, pai da menor, promoveu um segundo registro de nascimento, atribuindo a maternidade, todavia, à sua mulher *Eracy de Magalhães*; que *João Medeiros Franco* faleceu em 06.04.96; que a multiplicidade de assentos para o mesmo fim contraria o sistema de registros públicos vigente no Brasil, devendo um só prevalecer; que, por tais fundamentos, pede a nulidade do segundo registro em relação ao nome e à declaração da maternidade, com a conseqüente averbação, no primeiro registro, do nome do pai e dos avós paternos.

Contestação de *Eracy de Magalhães*, 1ª Ré, a fls. 28/30, alegando: que, em 1977, seu marido *João Medeiros Franco* chegou em casa com uma criança ao colo, dizendo ter-lhe sido entregue por uma desconhecida, dentro de um supermercado; que, algum tempo depois, ele revelou que a menor era fruto de uma aventura amorosa; que a 1ª Ré, ainda assim, não a repudiou, criando-a como filha, dando-lhe amor, educação e assistência, sem esconder que não era a mãe biológica; que, em 21.07.81, seu marido promoveu o registro de nascimento da menor, declarando como mãe a 1ª Ré; que não se opôs, ao tomar conhecimento, por entender que a criança precisava de uma família; que esse registro permitiu à criança integrar-se na sociedade; que a ação não deveria prosperar, por ter a Autora, mãe biológica, abandonado a filha quando esta tinha apenas ano e meio de idade, incidindo na perda do pátrio poder, conforme o art. 395 do Código Civil; que ela nunca procurou a filha, em 23 anos de sua existência, embora soubesse onde residia, e só apareceu agora, após o falecimento do pai; que não se percebe qual o interesse ou o benefício na anulação do registro que permitiu a formação moral e profissional da jovem, formada em publicidade, sendo nítido o retrocesso total em sua vida, se a ação prosperasse.

Contestação da filha, 2ª Ré, a fls. 31/32, aduzindo: que repudia o pedido da mãe biológica, por quem foi abandonada em tenra idade, não podendo considerá-la como verdadeira mãe; que seu pai, ao promover o segundo registro, há mais de 20 anos, ignorava a existência do primeiro e só agiu dessa forma porque a filha precisava comprovar a sua existência, estudar e levar uma vida

normal perante a sociedade; que é inadmissível a pretensão de anular o registro com base no qual foi construída a identidade pessoal da 2ª Ré, sendo irreparáveis os danos que decorreriam da perda de seu nome; que o vínculo existente entre a 1ª e a 2ª Ré representa uma adoção plena e assim deveria ser considerado, prevalecendo o segundo registro sobre o primeiro.

Réplica a fls. 34 vº. Saneador a fls. 39. Audiência de instrução e julgamento em 20.01.02 (fls. 42), com depoimentos pessoais (fls. 43/45) e alegações finais orais.

Pronunciamento do órgão de execução do Ministério Público, a fls. 49/50, pela procedência do pedido de anulação do segundo registro civil, extinguindo-se o processo sem exame do mérito quanto ao pedido de averbação da paternidade no primeiro registro, por ilegitimidade ativa da requerente.

Sentença a fls. 52/54, julgando procedente o primeiro pedido, para declarar a nulidade do segundo assento de nascimento, e extinguindo o feito sem exame do mérito em relação ao segundo pedido. Sem notícia de publicação, o Patrono das Rés foi intimado em 10.05.02 (fls. 55/55vº).

Apelação da 1ª Ré, a fls. 56/58, tempestiva (prot. 17.05.02), preparada (fls. 59), ressaltando a existência da adoção de fato.

Apelação da 2ª Ré, a fls. 60/62, tempestiva (prot. 17.05.02), preparada (fls. 63), com ênfase em ter criado a sua personalidade com o nome do segundo registro, e pedindo a improcedência total ou, ao menos, o resguardo do direito ao uso do segundo registro, para minimizar os danos causados pela presente ação.

Contra-razões a fls. 69/71, prestigiando a sentença, assim como o pronunciamento do órgão do Ministério Público, a fls. 73/74, pelo desprovimento.

PARECER:

Lamentando discordar do posicionamento dos doutos órgãos do primeiro grau, entendemos que as irresignações merecem prosperar.

DOS FATOS:

Trata-se de caso em que a 2ª Ré, nascida em 14.09.75, tem dois registros de nascimento: o primeiro, lavrado em 19.04.77, com o nome de *Silvia Regina Queiroz*, filha de *Maria Augusta Queiroz*, declarante, e de pai desconhecido (fls. 13); o segundo, feito em 21.07.81, com o nome de *Regina de Magalhães Franco*, filha de *João Medeiros Franco*, declarante, e de *Eracy de Magalhães*

Decorridos 25 anos do nascimento, já sendo falecido *João Medeiros Franco* a mãe biológica *Maria Augusta* propõe a presente ação contra a filha e *Eracy*, objetivando a nulidade do segundo registro, *em relação ao nome e à maternidade*, com o transporte para o primeiro assento dos dados relativos ao pai e avós paternos.

Sendo a inicial precária em detalhes, restou incontroverso, no curso do feito, que *João Medeiros Franco*, casado com *Eracy*, era efetivamente o pai, a quem a criança, em tenra idade, foi entregue por *Maria Augusta*, para ser por ele criada. Consta que, ao chegar a casa com a infante ao colo, o marido contou à mulher uma história fantasiosa, mas acabou por revelar, tempos depois, que se tratava de sua filha, nascida de uma relação extraconjugal. Ficou evidenciado, ainda, que a mãe biológica nunca reapareceu, e que a menina, apesar da origem, foi criada e amada por *Eracy* como se fora sua própria filha, não se insurgindo quando o marido a registrou como filha do casal quando estava para completar 6 anos, prestes a iniciar a vida escolar.

A r. sentença apelada julgou procedente o pedido de nulidade do segundo registro, declarando-o nulo *na totalidade*, e não acatou o pedido de averbação do nome do pai e dos avós paternos no primeiro registro, por considerar a autora carecedora de legitimidade para tal (fls. 52/54).

DA DECISÃO ULTRA PETITA:

A nosso juízo, a r. sentença contém uma parte *ultra petita*, a merecer a devida extirpação.

Para melhor compreensão, cumpre transcrever o pedido, lido a fls. 04, item 12-d:

“d) A procedência do pedido, declarando-se a nulidade do segundo registro, *quanto ao nome e à maternidade de Eracy de Magalhães*, devendo ser expedido o competente mandado ao Registro Civil das Pessoas Naturais de Nova Iguaçu, 1ª Circunscrição, a fim de que seja averbada a anulação e expedido o competente mandado ao Registro Civil das Pessoas Naturais de Mesquita, a fim de que seja averbado o nascimento com os seguintes dados:

Nome: SILVIA REGINA QUEIROZ

Nome do pai: JOÃO MEDEIROS FRANCO

Nome da mãe: MARIA AUGUSTA QUEIROZ

Nomes dos avós maternos: ANIBAL QUEIROZ e IZABEL MACEDO QUEIROZ

Nomes dos avós paternos: MANOEL EUSÉBIO FRANCO e MARIA FRANCO DA TRINDADE.”

Parece-nos bem claro que o pedido de nulidade do segundo registro cinge-se *“ao nome e à maternidade”*, sem alcançar a paternidade, uma vez que o declarante era o pai biológico, inexistindo qualquer vício em tal declaração.

Ora, a r. sentença apelada, na esteira do pronunciamento da douta Curadoria de Família – com o qual, *data venia*, não podemos concordar –

entendeu de declarar a *nulidade total* do segundo assento, aniquilando, com isso, o ato de reconhecimento voluntário da paternidade dele constante, *sem que houvesse pedido nesse sentido*.

Não se diga que, havendo dualidade de registros de nascimento, o segundo seria obrigatoriamente nulo, e a nulidade poderia ser declarada de ofício. O tema já foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 77.873-SP (STF-2ª Turma, Relator Min. Thompson Flores, j. 23.04.74, unânime), em memorável Acórdão publicado na RTJ70/252, com a seguinte ementa:

“Filho natural. Reconhecimento pelo pai, após o desquite, em segundo assento de nascimento.

II. Se no primeiro assento, firmado pela mãe, não figurou o nome do pai, porque então casado com outrem, não é de se cancelar o segundo, no qual procedeu o pai ao reconhecimento, porque já desquitado, assinando o registro com a própria mãe.

III. É contrário ao sistema de Registros Públicos a multiplicidade de assentos para um mesmo e único fim.

IV. *A regra não é absoluta, a lei não comina de nulidade ao assento posterior, cabendo ao juiz, consideradas as circunstâncias, decidir qual deles merece cancelado.*

V. *Recurso extraordinário conhecido e provido”.*

Inexistindo, pois, como bem acentua o V. aresto em sua doura fundamentação (cópia integral em anexo), dispositivo de lei que, no caso de dualidade de registros, comine de nulidade o assento posterior, e também não havendo, no caso concreto, pedido de invalidação da paternidade inserida no segundo registro, conclui-se que a r. sentença extrapolou o âmbito do pedido, ao declarar a nulidade *total*. Há, pois, uma parte visivelmente *ultra petita*, a ser podada, pois não era pretensão da Autora devolver a filha à condição de bastarda, sem pai conhecido, como figura no primeiro registro, tanto assim que pediu a averbação, neste, dos dados relativos à paternidade.

Seria realmente um contra-senso que a jovem, criada e reconhecida pelo pai biológico, fosse reverter a tal situação, obrigada a mover de novo a máquina judiciária para readquirir o *status* de filha.

No entanto, foi o que decretou a r. sentença apelada, contrariando, *data venia*, os princípios insculpidos na Constituição de 1988 e na legislação superveniente. Repugnando à consciência jurídica de nossos dias a noção de filhos de pais desconhecidos, o direito positivo brasileiro evoluiu para admitir o reconhecimento irrestrito dos filhos de relações extramatrimoniais e até incestuosas – possibilidade que inexistia ao tempo do nascimento focalizado nos autos.

Note-se que os danos decorrentes da reversão ao estado de filha de pai desconhecido seriam não somente morais como materiais, pois, como esclareceu a interessada a fls. 62 (nº 6), tendo o pai falecido em 1996, ficaria afastada do inventário, deixando de receber a herança a que faz jus.

Por tais considerações, a declaração da paternidade, feita em vida pelo pai biológico, deve permanecer íntegra, dependendo a conjugação dos dados identificadores, existentes num e noutro registro, do que for decidido a final, no julgamento das apelações.

DAS APELAÇÕES:

Mesmo com a extirpação do excesso apontado, para ajustar-se a decisão ao *petitum*, somos pela acolhida aos apelos das Rés.

Em nosso entender, inspirado no V. Acórdão do Pretório Excelso, supramencionado, é o *segundo registro de nascimento* que deve prevalecer, mesmo que nele venha a ser averbado, em homenagem ao princípio da Verdade Real, o nome da mãe biológica.

I - O primeiro aspecto a considerar é o *nome*.

Alega a 2ª Apelante, com toda a razão, que construiu a sua vida pessoal e profissional com o nome de *Regina de Magalhães Franço*, sendo formada em publicidade, ao que consta, e sofreria danos irreparáveis se tivesse de mudar agora para *Silvia Regina Queiroz*, como impôs a r. sentença apelada.

Não se trata de um infante no limiar da vida, ou de adolescente em fase estudantil, com possibilidade de adaptar-se a um novo nome sem grande prejuízo para sua identificação. A 2ª Apelante é pessoa maior e capaz, hoje com 27 anos de idade, tendo os documentos necessários à sua identificação – como carteira de identidade, CPF, título de eleitor e carteira de trabalho, sem falar em diplomas, certificados escolares, CNH e tantos outros documentos usados no dia-a-dia – tirados todos com base no registro de nascimento de fls. 14.

O nome por ela usado, *Regina de Magalhães Franco*, pelo qual pode ser identificada em todo o País e conhecida no meio social em que vive, deve ser preservado, por ser essa a orientação do ordenamento jurídico vigente e a lição da doutrina.

Como esina CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, o nome civil é “*elemento designativo do indivíduo e fator de sua identificação na sociedade*” e “*íntegra a personalidade, individualiza a pessoa e indica a grosso modo a sua procedência familiar*” (*Instituições de Direito Civil*, vol. I, 10ª ed., p. 168). Para WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, o nome é “*o sinal exterior pelo qual se designa, se identifica e se reconhece a pessoa no seio da família e da comunidade*”, constituindo “*a expressão mais característica da personalidade, o elemento inalienável e imprescritível da individualidade da pessoa*” (*Curso de D. Civil*, Parte Geral, 1958, p. 95).

Entre os mais modernos, merece referência o douto J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA, ilustre integrante das Procuradorias de Justiça junto a essa Egrégia 5ª Câmara Cível, o qual, em obra recente, afirma aderir à corrente que considera o nome um *direito da personalidade*, reportando-se à lição do jurista italiano TRABUCCHI, segundo o qual o nome é “*um direito personalíssimo, essencial à pessoa humana, inalienável e imprescritível, dotado de natureza privada, mas com certas características e com uma tutela, em parte, de direito público*” (Teoria Geral do Direito Cível, 1999, p. 224).

O Código Civil em vigor desde 11 de janeiro do corrente ano, inspirado pela mesma corrente doutrinária, contempla o nome entre os *direitos da personalidade*, intransmissíveis e irrenunciáveis, segundo o art. 11, cujo exercício não pode sofrer limitação voluntária, preceituando o art. 16 que “*toda pessoa tem direito ao nome, neles compreendidos o prenome e o sobrenome*”.

Ora, revelando-se 27 anos depois do nascimento de uma pessoa que houve dualidade de registros, com nomes diferenciados, e não sendo obrigatória a anulação do registro posterior – como já decidiu o STF – o mais sensato e justo seria respeitar a vontade dessa pessoa, se já maior e capaz, permitindo-lhe optar pelo nome mais conveniente aos seus interesses. A 2ª Apelante deseja continuar como *Regina de Magalhães Franco*, e parece-nos ter direito a esse nome, usado ininterruptamente desde a infância, não se podendo obrigá-la a ser *Silvia Regina de Queiroz*, nome que jamais usou, pois a mãe que assim a denominara abandonou-a muito cedo aos cuidados do pai e da mulher deste.

É interessante observar que a Autora sabia desde 1982 da existência do segundo registro da filha. Conforme narrou em seu depoimento pessoal, “*tomou conhecimento da existência do assento de nascimento de fls. 14 quando esteve na escola na qual a segunda ré era matriculada, tendo a depoente tido oportunidade de ver o documento correspondente*” (fls. 44). Foi desse modo, portanto, que conseguiu os elementos necessários à extração da certidão de nascimento de fls. 14, datada de 15.09.82 – deduzindo-se, pois, que esse documento permaneceu inerte em seu poder, ao longo de 18 anos, até instruir, em 2000, a inicial desta ação.

Não se argumente que o prenome dado pela mãe no primeiro registro não poderia ser alterado. A regra da imutabilidade do *prenome*, constante do texto original da Lei nº 6.015/73 e da legislação antecedente, sofreu nos últimos tempos substancial temperamento. Na redação da Lei nº 9.708, de 18.11.98, o prenome já não é imutável, mas apenas “*definitivo*”, e mais: admite-se a sua *substituição* por “*apelidos públicos notórios*” (LRP, art. 58).

Numa construção analógica, pode-se entender que, sendo a 2ª Apelante, identificada nos documentos oficiais e conhecida em seu meio por nome diverso do registro primitivo, esse nome assemelha-se ao “*apelido notório*”, que poderia substituir o nome do primeiro registro, desconhecido até recentemente.

Anote-se ainda que a alteração do nome é facultada ao interessado no primeiro ano após a maioridade, sem necessidade de motivação (LRP, art. 56), e, em qualquer época, “*por exceção e motivadamente*” (art. 57, *caput*), todas

essas regras sinalizando para a possibilidade legal de manter a 2ª Apelante o nome atual.

Se há essa possibilidade, mais uma ponderável razão para, entre os dois registros de nascimento, validar-se o segundo e não o primeiro, para ser preservado não só o reconhecimento da paternidade como também o nome da 2ª Apelante, a que tem direito pelo uso contínuo há mais de vinte anos.

Acentue-se que, no julgamento do já mencionado RE nº 77.873-SP, foi essa a solução encontrada pela Suprema Corte. Como se lê no voto do eminente Relator, Ministro Thompson Flores, seguido à unanimidade por seus pares:

“4. In casu, considero que bem inspirado esteve o juiz quando, justificadamente, fez prevalecer o segundo assento, cancelando o primeiro.

Realmente. Entre ambos não há antinomia. Pode dizer-se mesmo que eles se completam.

Se no primeiro omitiu-se a paternidade, porque casado então o pai, e daí a repercussão nos apelidos da registranda, de tais reparos não se ressent o segundo, no qual se procedeu ao reconhecimento por parte do progenitor, já liberto do impedimento (...)” (RTJ70/256, doc. anexo).

II - Cabe examinar, por fim, a questão da *maternidade*.

É incontroverso que a Autora *Maria Augusta Queiroz* é a mãe biológica da 2ª Apelante, tendo comprovado o parto com o documento de fls. 15. Por outro lado, não há dúvida de que a 2ª Apelante foi criada desde a tenra infância pela Apelante *Eracy*, esposa de seu pai, formando-se entre ambas um vínculo semelhante ao da antiga “*adoção plena*”, como salientado nas contestações e na primeira apelação (fls. 58).

Em feito submetido há mais tempo ao crivo dessa E. 5ª Câmara, em que se impugnava a legitimidade dos filhos de um casal por falsidade das declarações de paternidade e maternidade – caso típico de “*adoção à brasileira*” – e a sentença acolhera a impugnação, esta Procuradoria de Justiça opinou pela reforma, ponderando que, após trinta anos de posse do estado de filiação, estava configurada uma *adoção de fato*, situação que deveria receber a mesma tutela que a ordem jurídica dispensa a outros estados de fato, como a sociedade entre concubinos e a posse das coisas. A Colenda Câmara, em memorável decisão, proveu totalmente o recurso, decretando a improcedência do pedido e mantendo os registros impugnados (Apelação Cível nº 8891/97, Rel. Des. Marcus Faver, Revisor Des. Roberto Wider, j. 24.03.98, DO 03.04.98).

Naquele caso, porém, os pais biológicos eram pessoas totalmente desconhecidas, e quem impugnava os registros era um colateral, movido por interesses patrimoniais. No caso dos autos, embora reconhecendo a existência de uma *adoção de fato*, entre a 1ª e a 2ª Apelante, não haveria como negar à

Autora, mãe biológica que é, o direito de ser reconhecida como tal, sendo esse o ponto fundamental do pedido.

Nesse aspecto, é irrelevante que a Autora tenha-se desonerado dos deveres da maternidade, ao entregar a filha para ser criada por outrem, pois a destituição do pátrio poder não opera automaticamente e não foi requerida ao tempo da menoridade da jovem.

Por essa razão, embora sustentando que deva prevalecer o segundo registro de nascimento, por ser a base sobre a qual a 2ª Apelante ergueu a sua vida, contendo o nome que tem o direito de usar e continuar usando, integrante de sua personalidade já bem definida, bem como o reconhecimento paterno, não podemos afastar a evidência de que, em tal registro, a declaração de maternidade não corresponde à verdade biológica e pode, por isso, ser anulada, já que assim o pediu a genitora.

Considerando, todavia, que a maternidade biológica está no primeiro registro, a ser cancelado, a solução estaria, a nosso ver, em anular-se a declaração constante do segundo registro e determinar-se que neste seja incluído o nome da mãe da registranda, *Maria Augusta Queiroz*, em substituição ao da 1ª Apelante, com a consequente retificação dos nomes dos avós maternos.

Saliente-se, para finalizar, que a situação de fato existente poderá ser legitimada, no futuro, mediante a adoção da 2ª Apelante por sua mãe de criação *Eracy*, observados os requisitos legais.

Em resumo, os recursos, a nosso ver, deveriam ser parcialmente providos, para validar-se o registro de nascimento promovido pelo pai, exceto no tocante ao nome da mãe, a ser substituído pelo da Autora, com reflexo no nome dos avós maternos, determinando-se o cancelamento definitivo do primeiro registro.

Do Exposto:

Opina esta Procuradoria de Justiça pelo provimento parcial das apelações, na forma acima alvitrada.

Em 11 de fevereiro de 2003.

MARIJA YRNEH RODRIGUES DE MOURA
Procuradora de Justiça

NOTA: Apelação Cível 2002.001.23802. Decisão: Por unanimidade, proveu-se, em parte, ambos os recursos, nos termos do voto do Relator. Publ. no *DOERJ* de 28.04.03, p. 52.

Mandado de Segurança. Tribunal do Júri. Rejeição de aditamento à denúncia pelo Juiz-Presidente. Efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito ajuizado. Possibilidade. Princípio da indisponibilidade da ação penal pública incondicionada. Princípio acusatório. Violação de direito líquido e certo do Ministério Público. Deferimento de liminar.

Exmo. Sr. Dr. Desembargador da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através da Promotoria de Justiça da Comarca de Itaperuna, apresentada, nesta ato, pelo Promotor de Justiça que esta subscreve, no uso de suas atribuições legais e constitucionais, vem, com fulcro no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição da República, no artigo 1º e seguintes da Lei nº 1.553/51, e no artigo 7º, I, "g", do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, impetrar o presente

MANDADO DE SEGURANÇA
com pedido de liminar

contra ato do MM. Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Itaperuna, pelos fatos e fundamentos abaixo aduzidos:

I. *DOS FATOS:*

O Ministério Público denunciou *Charliston Rodrigues Eliziário*, qualificado nos autos, em razão da prática dos crimes tipificados no artigo 121, *caput*, c/c o artigo 29, ambos do Código Penal, e no artigo 10, *caput*, da Lei nº 9.437/97, na forma do artigo 69 do Código Penal, ação penal esta que originou o Processo nº 2002.026.006927-2 (com cópia autenticada, em anexo).

A denúncia foi oferecida em 16 de Julho de 2002 e recebida no dia 22 do mesmo mês e ano (fl. 49).

Durante a instrução criminal, novas circunstâncias surgiram e o Ministério Público *aditou a denúncia* (fls. 110/112), passando a imputar ao réu *Charliston* a conduta tipificada no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, e no artigo 10, *caput*, da Lei nº 9.437/97, na forma do artigo 69 do Código Penal.

No entanto, o MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itaperuna, em decisão de fls. 124/125, entendeu por bem rejeitar o aditamento à inicial acusatória, ao argumento de que estaríamos dispendo da imputação original, o que seria vedado pelos princípios da ação penal pública.

É o que consta às fls. 124/125, *verbis*:

"(...) Em outras palavras, acolher o aditamento representaria, por via reflexa, dispor sobre a imputação original, o que nos é vedado pelos princípios que regem a ação penal pública. Ou pior, significaria acolher a tese da imputação alternativa, em franca oposição à doutrina majoritária (v.g., Mesas de Processo Penal da USP) e em prejuízo à ampla defesa, assegurada pela normatividade constitucional." (sic)

Ato contínuo e inconformado com a respeitável decisão, o *Parquet* ajuizou o competente *recurso em sentido estrito* (fls. 02/12 dos autos em apenso), visando a reforma da decisão acima mencionada, fazendo-se mister ressaltar que o recurso interposto foi apresentado *tempestivamente*, conforme comprova a certidão cartorária de fl. 25 dos autos em apenso (processo nº 2002.026.006927-2-A).

Ainda, tendo em vista a rejeição do aditamento, o MM. Juízo *a quo* determinou a apresentação de *alegações finais* referente à imputação original, que atribuíra ao réu a qualidade partícipe no crime de homicídio (conforme decisão de fl. 131, reiterada à fl. 134).

No entanto, Eméritos Julgadores, Emérito Procurador de Justiça, não é possível a apresentação de *alegações finais* antes do recurso em sentido estrito ser julgado por este E. Tribunal de Justiça, uma vez que trata-se de uma questão prejudicial: como poderá o órgão ministerial apresentar suas derradeiras *alegações*, imputando ao réu a qualidade de *partícipe*, se há recurso pendente requerendo o recebimento de aditamento que lhe imputa a *autoria* do crime?

Dessa forma, o Ministério Público vem perante este Egrégio Tribunal requerer a *concessão de efeito suspensivo* ao recurso em sentido estrito ajuizado em 17 de setembro de 2002. Isto é, requer o *Parquet* seja o Processo nº 2002.026.006927-2 suspenso até decisão final a ser proferida no recurso já interposto.

II. DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO:

A r. decisão impugnada viola profundamente o direito do Ministério Público de promover a ação penal, o que, inclusive, ceifa a ordem insculpida no artigo 129, inciso I, da Constituição da República, que dispõe que *são funções institucionais do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.*

É princípio basilar da ação penal pública incondicionada a indisponibilidade. Pertencendo a ação penal ao Estado (salvo exceções), segue-se que aquele a quem se atribui seu exercício, o Ministério Público, não pode

dela dispor. ¹ O *Parquet* não age senão em nome da sociedade que eles representam. Tem o exercício, mas não a disposição da ação penal.

A impessoalidade dos bens ou interesses atingidos pelo crime de ação penal pública é o fator que impõe ao Ministério Público o *dever de provocar, por meio da denúncia ou aditamento, o pronunciamento jurisdicional sobre a pretensão de punir*. Se o fato penalmente típico estiver materialmente comprovado e a autoria puder ser demonstrada, com base em provas mínimas e necessariamente lícitas, obtidas por meio de inquérito policial, extrapolicial ou documentos particulares, a *denúncia ou aditamento será de rigor*. ²

Também rege a ação penal pública incondicionada o princípio da obrigatoriedade, que se embasa no apotegma *nec delicta impunita* (os delitos não podem ficar impunes).

O fundamento do aditamento no processo penal é a necessidade que se tem de se fazer uma imputação clara e precisa ao acusado, possibilitando-lhe o exercício pleno e amplo de defesa, porém sem descuidar, também, da necessidade de se proteger a sociedade, pois, na medida em que o fato não está bem individualizado, há, ainda, uma dívida do acusado com os seus pares. Neste caso, o órgão responsável pela integralização da verdade real é o Ministério Público, através do aditamento. ³

No caso, *data venia*, está o Juízo se imiscuindo na função acusatória, que pertence exclusivamente ao órgão do Ministério Público.

Como se sabe, o nosso ordenamento constitucional abarcou o *princípio acusatório*, onde há a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar. Não cabe ao órgão jurisdicional “escolher” a melhor imputação para cada caso. Ou melhor, não cabe ao Juízo decidir arbitrariamente uma imputação, quando há nos autos justa causa para o aditamento, excluindo do Juiz Natural da causa, isto é, do *Conselho de Sentença*, a possibilidade de julgar a causa, nas suas reais conseqüências.

O argumento de falta de justa causa para a ação penal, que baseou a rejeição do aditamento, é facilmente transposto. Percebe-se, com clareza, que os depoimentos de fls. 98/99 e 113/116 (autos em anexo) fundamentam o aditamento realizado, havendo nos autos justa causa para a providência tomada pelo órgão ministerial.

Inicialmente, como já foi dito, foi imputado a *Charliston Rodrigues Eliziário* a conduta de ter sido *partícipe* no crime de homicídio, uma vez que teria prestado auxílio material, fornecendo a arma de fogo ao menor Flávio de Souza Vieira, que teria efetuado os disparos fatais com o revólver.

¹ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, em *Processo Penal*, vol. I, 20ª edição, 1998, página 325.

² JOSÉ ANTÔNIO PAGANELLA BOSCHI, em *Ação Penal. Aide*, 2ª edição, página 35.

³ Conforme ensinamento de PAULO RANGEL, em *Direito Processual Penal*, Ed. Lumen Juris, 3ª edição, página 195.

Cumpra registrar que tal imputação se deu, principalmente, porque o inimputável Flávio teria assumido em sede policial a autoria do crime (fls. 03/05).

No entanto, em Juízo, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, o menor teria mudado sua versão. Disse Flávio em Juízo (fls. 98/99) que apenas assumiu a autoria do crime de homicídio porque estava sendo *ameaçado* pelo acusado *Charliston Rodrigues Elizário*, elemento muito perigoso da comunidade local itaperunense.

Nesta feita, o Promotor de Justiça signatário, que também participou da audiência realizada em 28/08/2002 (fls. 97/99), percebeu que o inimputável estava realmente falando a verdade. Ato contínuo, na busca da verdade real, Flávio foi encaminhado para o gabinete do Ministério Público, ocasião na qual reafirmou que não fora o autor dos disparos de arma de fogo, atribuindo novamente a autoria ao acusado *Charliston Rodrigues Elizário*.

Tal depoimento resultou no termo de declarações de fls. 113/116, onde Flávio conta minuciosamente a dinâmica do evento, revelando, inclusive, que a testemunha Emília Batalha (fls. 100/101) também estaria sendo ameaçada por *Charliston*, motivo pelo qual teria dito que o autor dos disparos teria sido o próprio Flávio. Vale dizer, a testemunha Emília estaria também sendo ameaçada pelo acusado, razão pela qual teria dito que o autor teria sido Flávio, e que não teria presenciado *Charliston* fornecer a arma de fogo para o inimputável. Vale registrar que Emília em momento algum diz ter visto o acusado entregar a arma de fogo para o menor (fls. 100/101).

Eméritos Julgadores, Emérito Procurador de Justiça, são de clareza palmar os fatos: o menor Flávio só assumiu a autoria do crime em sede policial porque tinha sido ameaçado pelo réu. Da mesma forma, a testemunha Emília só teria dito que havia presenciado Flávio efetuar os disparos de arma de fogo porque estaria sendo ameaçada, neste intento, pelo acusado.

Charliston é pessoa extremamente perigosa e violenta. É traficante de drogas e responde por outra ação penal por crime de homicídio (denúncia juntada no recurso em sentido estrito).

No entanto, entendeu o MM. Juízo *a quo* que não haveria justa causa para o aditamento realizado pelo Ministério Público. Ora, *apesar das declarações de fls. 98/99 e 113/116, como não há justa causa??*

Tal atitude do magistrado, portanto, *viola profundamente o direito do Ministério Público de promover a ação penal, o que, inclusive, ceifa a ordem insculpida no artigo 129, inciso I, da Constituição da República*, que dispõe que são funções institucionais do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Em um Estado Democrático de Direito, onde há a nítida separação dos Poderes Estatais, que convivem de forma harmônica e independente, conforme previsto em sede constitucional, não pode o Judiciário imiscuir-se na esfera da

acusação, ferindo de morte o princípio acusatório, de modo a inviabilizar e direcionar a acusação da forma que melhor entender.

Frise-se que há um total erro na decisão. Não se trata de “*dispor da imputação original*”. O que o Ministério Público fez foi tão-somente adequar a imputação ao que surgiu durante a instrução criminal.

Havia a notícia nos autos de que o acusado teria sido partícipe. Em momento posterior, surgiram novas provas de que ele teria sido autor, além de surgir uma circunstância nova: a *qualificadora* prevista no inciso IV, do artigo 121, do Código Penal.

Isto é, surgiram provas de que o crime foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa do ofendido, uma vez que os disparos de arma de fogo foram efetuados mediante surpresa, constituindo-se em um ataque inesperado e imprevisível. O aditamento, neste caso, é de rigor, em razão do princípio da indisponibilidade da ação penal pública !!!

Não merece também ser acolhido o argumento de que a nova imputação atribuída na denúncia estaria embasada em declarações de pessoa a quem foi atribuída a autoria do homicídio (o menor Flávio, no Juízo da Infância e da Juventude).

Mesmo tendo sido aplicado ao menor Flávio a medida de semiliberdade pelo Juízo menorista, constatamos que o inimputável não praticou o crime. Em conversa informal com a Promotora de Justiça com atribuições perante àquele Juízo, ela nos informou que a dúvida levou à aplicação de medida sócio-educativa mais branda ao menor, pois, caso houvesse a total certeza de que teria sido Flávio o autor dos disparos, a medida teria sido a de internação.

E é importante destacarmos que ao menor só foi aplicada a medida sócio-educativa porque baseada em depoimento de pessoa (Emília - fls. 66/67) que está sendo ameaçada, condição esta ainda não conhecida quando da audiência de continuação.

Sequer seriam necessárias todos esses argumentos acima expostos para demonstrar a ilegalidade na decisão e a necessidade de ser concedido efeito suspensivo ao recurso interposto, através do presente mandado de segurança.

Não estamos dispondo da imputação original, como decidido pelo Juízo; estamos, tão-somente, adequando os fatos às novas provas surgidas durante a instrução. Estaríamos, agora sim, “dispondo” da ação penal, com a decisão de rejeição do aditamento.

Tal decisão está afastando do Juiz Natural da causa, isto é, o **Tribunal do Júri**, a possibilidade de conhecer dos fatos, o que também viola o disposto no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição da República de 1988.

Como se sabe, no momento em que o órgão ministerial oferece a denúncia ou o aditamento, vigora o princípio do *in dubio pro societate*. Vale dizer, em havendo elementos mínimos a embasar a ação penal (ocorrência de justa causa), que ocorre no caso ora vertente, deve o Promotor de Justiça oferecê-la

com todas as suas circunstâncias, pois, na dúvida, prevalece o interesse coletivo em ver apurada a infração penal. E, no caso, a decisão impugnada não respeitou o direito do Ministério Público, que representa a sociedade, de ver o autor do delito julgado pelo crime que cometeu, com todas as suas circunstâncias.

A decisão impugnada viola dispositivos expressos da Constituição da República (artigos 129, I, e 5º, XXXVIII), sendo certo que a Constituição conferiu importantes funções e garantias institucionais ao *Parquet*, impedindo a ingerência dos demais poderes do Estado em seu funcionamento, pois como escrevia MADISON ⁴, “*todo poder tende a ser invasor e, por isso, deve ser posto em condições de não exceder os limites que lhe são traçados, razão pela qual, depois da divisão dos poderes, o mais importante é garanti-los contra suas invasões recíprocas*”.

Podemos dizer, em suma, que a decisão está calcada em profundo erro, motivo pelo qual faz-se extremamente necessária a concessão de efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito, para que o Processo nº 2002.026.006927-2 retome o seu normal curso somente após a decisão deste E. Tribunal de Justiça.

Vale dizer, o Ministério Público não pode apresentar suas alegações finais antes de ser julgado o recurso em sentido estrito, este ajuizado tempestivamente.

A decisão do órgão jurisdicional *a quo*, portanto, fere direito líquido e certo do Ministério Público.

Na consagrada expressão do insigne HELY LOPES MEIRELLES, “*direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento de impetração*.” ⁵

In casu, está demonstrado o direito líquido e certo do Ministério Público, que representa a sociedade, de exercer seu mister constitucional, sendo certo que a acusação estará de todo prejudicada, caso não seja a ordem do presente *writ* concedida.

III. DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO INTERPOSTO:

O efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito só é previsto em nossa legislação processual penal em poucas hipóteses, referidas no artigo 584 do Código de Processo Penal, dentre as quais não é previsto no caso de rejeição da denúncia (ou do aditamento à denúncia).

No entanto, a doutrina e a jurisprudência têm entendido possível a impetração de mandado de segurança para atribuir o efeito suspensivo ao recurso. Vale a pena destacar, neste sentido, a excelente doutrina de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES e ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES, *in verbis*:

⁴ *O Federalista*, 1º fevereiro de 1788.

⁵ HELY LOPES MEIRELLES, in *Mandado de segurança*, 15ª edição, atualizada por ARNOLDO WALD, página 25.

“Mas, no mais das vezes, o provimento é recorrível por intermédio de uma impugnação a que a lei não atribui efeito suspensivo, sendo a segurança impetrada para atribuir efeito suspensivo ao recurso.

É o caso das ordens concedidas para atribuir efeito suspensivo a apelação contra decisão que concedeu regime prisional aberto a acusado de maus antecedentes, que não preenchia os requisitos da Lei nº 7.210/84 (TJSP, RT 651/272) e para atribuir efeito suspensivo a recurso contra a liberdade provisória a condenado por tráfico de entorpecentes (TJSP, RT 661/281).”⁶

IV. DO PEDIDO LIMINAR:

Ante os ditames constitucionais e infraconstitucionais citados, depreende-se a presença do *fumus boni iuris*, exurgindo o *periculum in mora* da demora em ser julgado o recurso interposto, que impugna a decisão de rejeição do aditamento à denúncia, em prejuízo irreparável ao direito do Ministério Público de exercer a acusação (isto é, a promoção da ação penal pública), uma vez que se a ação penal nº 2002.026.006927-2 continuar seu normal curso, o *Parquet* será obrigado a apresentar suas alegações finais imputando ao réu a participação no crime, quando, em verdade, há aditamento imputando-lhe a autoria delitiva.

Ou, caso entenda Vossa Excelência mais adequado que a ação penal continue seu normal trâmite, requer o Ministério Público que o processo continue com o recebimento do aditamento à denúncia de fls. 110/112, com o deferimento das diligências requeridas pelo órgão ministerial.

Por fim, vale a pena frisar que o réu *Charliston* não está preso, uma vez que foi concedida a ordem em *habeas corpus* (fl. 133), não havendo que se aventar prejuízo para o mesmo, em razão do excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal.

V. DO PEDIDO:

Face a todo o exposto, requer o Ministério Público:

- a) a concessão de liminar da segurança para determinar que a ação penal nº 2002.026.00692-2, em trâmite perante a 2ª Vara da Comarca de Itaperuna, seja sobrestada até decisão final no recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público,

⁶ Em *Recursos no Processo Penal - Teoria geral dos Recursos, recursos em espécie, ações de impugnação*, Ed. RT. 2ª edição, página 396.

contra a rejeição ao aditamento à denúncia, concedendo-se ao recurso o efeito suspensivo; ou, caso entenda Vossa Excelência mais adequado, que o processo tenha seu trâmite com o recebimento do aditamento à denúncia de fls. 110/112, com o deferimento das diligências requeridas pelo órgão ministerial;

b) que seja, ao final, concedida a segurança, tornando definitiva a liminar acima referida;

c) seja notificado o MM. Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Itaperuna, para que preste eventuais informações que se fizerem necessárias.

Dá-se à causa o valor simbólico de R\$ 100,00 (cem reais).

Segue, em anexo:

1) cópia integral autenticada do Processo nº 2002.026.006927-2 (da fl. 02-A até a fl. 134); e

2) cópia integral autenticada do Processo nº 2002.026.006927-2-A (da fl. 02 até a fl. 25 - recurso em sentido estrito).

Nestes Termos,
Espera Deferimento.

Itaperuna, 30 de Setembro de 2002.

RODRIGO DE ALMEIDA MAIA
Promotor de Justiça

Cotas para negros e pardos na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Universidade Estadual Norte Fluminense (UENF). ()*

Procedimento Administrativo nº 897/02

ASSUNTO: COTAS PARA NEGROS E PARDOS NA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ) E NA UNIVERSIDADE ESTADUAL NORTE FLUMINENSE (UENF)

PROMOÇÃO DE INDEFERIMENTO LIMINAR DE REPRESENTAÇÃO

Fábio Antônio de Almeida representa ao Ministério Público, em 23.07.02, requerendo a adoção de medidas cabíveis com vistas à anulação do concurso de acesso às Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estadual Norte Fluminense, argumentando, em resumo, que a reserva de 40% das vagas de tais universidades a negros e pardos viola o princípio constitucional da isonomia.

Os autos vieram conclusos a este órgão de execução, inicialmente, em 22.08.02 tendo sido determinada, às fls. 05 e 12, a juntada da legislação sobre o assunto, retornando o expediente em 05.09.02.

É o sucinto relatório.

O debate a respeito das chamadas “ações afirmativas” ou “discriminações positivas” e suas correlações com o princípio constitucional da igualdade ainda não está amadurecido em nosso País, sendo raros, pelo menos no campo jurídico, os ensaios a respeito do tema.

Dentre as honrosas exceções, merece destaque o trabalho da Professora CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, intitulado “Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica”, publicado na *Revista Trimestral de Direito Público* nº 15, p. 85 e segs. Referida jurista da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais inicia as suas reflexões indagando sobre se “... a igualdade é um direito efetiva e eficientemente assegurado no sistema constitucional pela sua mera formalização no rol dos direitos fundamentais, no qual se proíbe a manifestação de preconceito” e se “ao Direito Constitucional é suficiente assegurar formalmente a igualdade e estabelecer o dever de ser punida a discriminação ou volta-se ele à concepção de instrumentos pelo quais se promova a igualação jurídica e, desta forma, aperfeiçoar-se o princípio da isonomia”, respondendo negativamente à

primeira e afirmativamente à segunda indagação, concluindo, desta forma, pela plena compatibilidade entre as ações afirmativas e as regras constitucionais.

O sistema legislativo brasileiro, como de resto os sistemas jurídicos dos Países ocidentais, é pródigo em prever mecanismos proibitivos de condutas discriminatórias de toda espécie (origem, raça, credo *etc*), servindo-se, para tanto, de uma séria de normas de cunho sancionatório, penais ou administrativas, como, por exemplo, as previstas na Lei nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor.

Tem-se como incontroversa nos dias atuais, não obstante, a insuficiência da adoção de mecanismos legais meramente proibitivos de práticas discriminatórias, ou mesmo de pura e simples enunciação, ainda que constitucional, do princípio da igualdade, incapazes que são tais instrumentos de, realisticamente, produzirem e alcançarem a igualitária fruição dos direitos fundamentais do homem, tais como o direito à vida e à saúde, ao emprego, à instrução *etc*.

Dentro de tal perspectiva é que surgem as chamadas “ações afirmativas”, já amadurecidas pela experiência jurisprudencial norte-americana, “... forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias” (CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *ob. cit.*, p. 88), ou ainda, “... conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego” (JOAQUIM B. BARBOSA GOMES. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40).

Representam elas a adoção de uma postura nova e essencialmente ativa por parte do Estado, que, no momento de contratar seus funcionários ou de regular o ingresso ao ensino superior, por exemplo, passa a ter em conta, a partir de uma desigualação historicamente demonstrável, os fatores sexo, raça e cor: “Numa palavra, ao invés de conceber políticas públicas de que todos seriam beneficiários independentemente da sua raça, cor ou sexo, o Estado passa a levar em conta esses fatores na implementação das suas decisões, não para prejudicar quem quer que seja, mas para evitar que a discriminação, que inegavelmente tem um fundo histórico e cultural, e não raro se subtrai ao enquadramento das categorias jurídicas clássicas, finde por perpetuar as iniquidades sociais” (JOAQUIM B. BARBOSA GOMES, *ob. cit.*, p. 39).

A fixação de cotas para negros e pardos e para estudantes oriundos da rede pública de ensino, exemplo de ação afirmativa, é disciplinada, no Estado do Rio de Janeiro, pelas Leis nº 3.708, de 09 de novembro de 2001 (fl. 18) e 3.524, de 28 de dezembro de 2000 (fl. 07). A primeira delas reserva o percentual mínimo de até 40% para as populações negra e parda no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação das Universidades referidas. Já a Lei nº 3.524, estabelece, em seu art. 2º, a destinação de 50% das mencionadas vagas a

estudantes que tenham cursado integralmente o ensino, fundamental e médio, em instituições da rede pública dos Municípios ou do Estado.

Em nível infralegal, têm-se os Decretos nº 29.090, de 30.08.01 (fls. 19/20) e 31.468, de 04.07.02 (fls. 15/16), *que instituem e disciplinam o Sistema de Acompanhamento do Desempenho dos Estudantes do Ensino Médio mantido pelo Poder Público - SADE*, bem assim o Decreto nº 30.766, de 04.03.02 (fl. 14), merecendo destaque o que estabelece o art. 3º deste último ato regulamentar, *verbis*:

“ Art. 3º. No preenchimento de suas vagas, deverão as universidades observar, sucessivamente, o seguinte:

I - verificar os candidatos qualificados de acordo com os critérios tratados na Lei nº 3.524/2000 [candidatos oriundos da rede pública de ensino], selecionando-os para ingresso até o limite das vagas destinadas a tal fim;

II - identificar, dentre os alunos selecionados para ingresso na instituição na forma do inciso anterior, o percentual que se declarou negro ou pardo, em relação ao número total de vagas oferecidas, por curso e turno;

III - deduzir, da cota de 40%, o percentual de candidatos selecionados na instituição declarados negros ou pardos, que foram beneficiados pela Lei nº 3.524/2000 (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 3.708/2001);

IV - preencher as vagas restantes, da cota de 40%, com os demais candidatos declarados negros ou pardos que tenham sido qualificados para ingresso na instituição, independentemente da origem escolar; e

V - preencher as demais vagas oferecidas independentemente da cor, raça ou origem escolar do candidato qualificado”.

Como se vê claramente, o Decreto nº 30.766/02 cuidou de compatibilizar os critérios de raça (negros e pardos) e de origem acadêmica (critério sócio-econômico) de modo a que não se verifique uma dúplice fruição, abatendo-se da cota de acesso reservada às escolas públicas os beneficiados em razão da raça que também sejam oriundos do sistema público de ensino (art. 1º, parágrafo único da Lei nº 3.708/01).

Como parece intuitivo, a constitucionalidade, ou não, da normativa estadual em referência deve ser analisada à luz dos princípios da igualdade e da razoabilidade.

Quanto à possível violação à regra da isonomia, partindo-se da premissa, quase uma advertência, de que a exata compreensão da igualdade jurídica conduz a que se tratem de forma desigual os desiguais, na exata medida de sua desigualação, é importante ressaltar, desde logo, que “*Com relação aos direitos políticos e aos direitos sociais, existem diferenças de indivíduo para indivíduo, ou melhor, de grupos de indivíduos para grupos de indivíduos, diferenças que são até agora (e o são intrinsecamente) relevantes. (...) Só de modo genérico e retórico se pode afirmar que todos são iguais com relação aos três direitos sociais fundamentais (ao trabalho, à instrução e à saúde); ao contrário, é possível dizer, realisticamente, que todos são iguais no gozo das liberdades negativas. E não é possível afirmar aquela primeira igualdade porque, na atribuição dos direitos sociais, não se podem deixar de levar em conta as diferenças específicas, que são relevantes para distinguir um indivíduo de outro, ou melhor um grupo de indivíduos de outro grupo. O que se lê no art. 3º da Constituição italiana, antes citado – ou seja, que todos os cidadãos são iguais sem distinção de ‘condições pessoais ou sociais’ [na Constituição Brasileira: art. 5º, caput] –, não é verdade em relação aos direitos sociais, já que certas condições pessoais ou sociais são relevantes precisamente na atribuição desses direitos. Com relação ao trabalho, são relevantes as diferenças de idade e de sexo; com relação à instrução, são relevantes diferenças entre crianças normais e crianças que não são normais; com relação à saúde, são relevantes diferenças entre adultos e velhos*” (NORBERTO BOBBIO. “Direitos do homem e sociedade”. In *A era dos direitos*. 12ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 71).

É dizer: O princípio da igualdade vai ostentar densidades diversas a depender da esfera de direitos sobre a qual venha a incidir. No campo dos chamados “direitos civis” (liberdade de locomoção, direito à assistência jurídica integral, presunção de não-culpabilidade, devido processo legal *etc*) a igualdade não se compraz com qualquer tipo de distinção, seja de raça, origem, condição social ou capacitação intelectual. Já no campo dos direitos políticos e, sobretudo, no dos direitos sociais, a desigualação entre indivíduos (ou entre grupos de indivíduos) é que vai temperar, com justiça, a interpretação do princípio, permitindo a permeabilidade das peculiaridades na formação de sua real dimensão (a peculiaridade do velho, da criança, do socialmente discriminado por sua cor, do pobre, do deficiente físico *etc*).

Aliás, na visão do mesmo autor italiano acima citado, é justamente a cogência de se ter em conta as desigualdades que permitiu a proliferação dos direitos sociais, sua “multiplicação por especificação”.

No que respeita ao parâmetro constitucional da razoabilidade, o que se extrai da legislação estadual em análise é uma perfeita relação de equilíbrio entre as *razões* que levaram à sua edição (as notórias dificuldades de acesso ao ensino superior enfrentadas pela população negra e pelos alunos oriundos de escolas públicas) e os *meios* utilizados pelo legislador (reserva de cotas) para o atingimento do *fim* almejado (a promoção do acesso igualitário ao ensino público superior e as vantagens que a diversidade racial proporciona à universidade), tudo a demonstrar a sua compatibilidade com a Carta Magna.

Não é demais ressaltar, outrossim, a partir de uma rápida e superficial análise, o abono de diretivas afirmativas pelo texto constitucional em vários momentos, o que pode ser observado: a) no preâmbulo, o qual traz a preocupação de se “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, ... a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista e sem preconceitos”; b) no princípio da dignidade da pessoa humana, inscrito no art. 1º, III, da Constituição Federal; c) nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, vale dizer, “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; d) na positivação do princípio da igualdade jurídica (art. 5º, *caput* e inciso I), regra inaugural do título reservado aos direitos e garantias fundamentais; e) na expressa punição a condutas discriminatórias e ao racismo (art. 5º, XLI e XLII); f) na reserva de percentual de cargos e empregos públicos a pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII); g) na proteção especial destinada a crianças e adolescentes (art. 227); h) *idem* relativamente aos idosos (art. 230).

Especificamente quanto ao art. 3º da Constituição Federal, sustentáculo específico das chamadas “discriminações positivas”, parece claro que tal dispositivo “... traz uma declaração, uma afirmação e uma determinação em seus dizeres. Declara-se, ali, implícita, mas claramente, que a República Federativa do Brasil não é livre, porque não se organiza segundo a universalidade desse pressuposto fundamental para o exercício dos direitos, pelo que, não dispondo todos de condições para o exercício de sua liberdade, não pode ser justa.

Não é justa porque plena de desigualdades antijurídicas e deploráveis para abrigar o mínimo de condições dignas para todos.

E não é solidária porque fundada em preconceitos de toda sorte.

O art. 3º traz também uma afirmação: a de que, conquanto retratada a inexistência de uma autêntica República Democrática, o Direito organizou um modelo de Estado que se põe exatamente para realizá-la.

(...)

Mais ainda, no mesmo inc. II, do art. 3º, determina-se que se tenha em vista o objetivo fundamental a ser perseguido, o de reduzir as desigualdades sociais e regionais, de maneira tal que não é suficiente, nos termos postos expressamente na Constituição, que não se tolerem desigualdades; antes, cuida a Lei Fundamental de expressar a exigência de que se adotem procedimentos para reduzir aquelas que são havidas na sociedade brasileira.

*O inc. IV, do mesmo art. 3º, é mais claro e afinado, até mesmo no verbo utilizado, com a ação afirmativa. Por ele se tem ser um dos objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *ob. cit.*, p. 92).*

Tais agudas observações aplicam-se, qual uma luva, à questão do acesso – melhor seria dizer do “não-acesso” – de negros, pardos e alunos oriundos de escolas públicas ao ensino superior, o que se explica, relativamente aos negros, pela herança escravocrata haurida do período imperial e que, mesmo depois de formalmente abolida, mostrou-se ainda responsável pela formação de uma massa populacional absolutamente alijada dos mais elementares direitos de cidadania.

Merece destaque, nesta linha, a observação de JOSÉ MURILO DE CARVALHO, PH. D. pela Universidade de Stanford e Professor Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no sentido de que *“O fator mais negativo para a cidadania foi a escravidão”*, ressaltando, ainda, que mesmo após a abolição,

“... foram pouquíssimas as vozes que insistiram na necessidade de assistir os libertos, dando-lhes educação e emprego, como foi feito nos Estados Unidos. Lá, após a guerra, congregações religiosas e o governo, por meio dos Freedmen’s Bureau, fizeram grande esforço para educar os ex-escravos. Em 1870, havia 4.325 escolas para libertos, entre as quais uma universidade, a de Howard. Foram também distribuídas terras aos libertos e foi incentivado seu alistamento eleitoral. (...)”

Diversamente, no Brasil, ressalta o autor referido, *“... aos libertos não foram dadas nem escolas, nem terras, nem empregos. Passada a euforia da libertação, muitos ex-escravos regressaram a suas fazendas, ou a fazendas vizinhas, para retomar o trabalho por baixo salário. Dezenas de anos após a abolição, os descendentes de escravos ainda viviam nas fazendas, uma vida pouco melhor do que a de seus antepassados escravos. (...) As conseqüências disso foram duradouras para a população negra. Até hoje essa população ocupa posição inferior em todos os indicadores de qualidade de vida. É a parcela menos educada da população, com os empregos menos qualificados, os menores salários, os piores índices de ascensão social. (...) A população negra teve que enfrentar sozinha o desafio da ascensão social, e freqüentemente precisou fazê-lo por rotas originais, como o esporte, a música e a dança. Esporte, sobretudo o futebol, música, sobretudo o samba, e dança, sobretudo o carnaval, foram os principais canais de ascensão social dos negros até recentemente”* (*Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, pp. 19, 51/53).

Retomando o enfoque estritamente jurídico, pode-se afirmar, sem receios, que a constitucionalidade do sistema de cotas, tal como concebido em nosso Estado, se vê reforçada pelas regras previstas no Capítulo III, do Título VIII, da Constituição Federal, que cuida da educação, da cultura e do desporto.

Com efeito, dispõe, logo de início, o seu art. 205 ser a educação um *direito de todos*, estabelecendo-se, logo a seguir, no art. 206, incisos I e III, a *igualdade de condições para o acesso* e o *pluralismo de idéias* como princípios do ensino. Acesso universal e igualitário que, por óbvio, pressupõe se considere a

isonomia em sua dimensão material, capaz, assim, de instituir tratamentos desiguais na exata medida das desigualações verificadas.

Por outro lado, a adoção da sistemática de cotas mínimas também vai encontrar arrimo na regra contida no art. 208, V, da Carta Política, a qual estabelece o "acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um". A bem de ver, a legislação fluminense em análise não exclui a aferição da capacitação acadêmica para o ingresso nos círculos universitários públicos, adequando-a, no entanto, às peculiaridades da população que busca beneficiar, que será submetida a testes de conhecimento ao longo de todo o ciclo médio de ensino (art. 6º do Decreto nº 29.090/2001 - fls. 19/20).

Por fim, cumpre informar que a matéria recebeu a mesma apreciação por parte da douta Assessoria de Direito Público, cujo parecer, da lavra do ilustre Promotor de Justiça Eduardo Slerca, devidamente aprovado pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça, restou assim ementado:

"Lei Fluminense 3.708/01, que reserva 40% das vagas da UERJ e da UENF para as populações parda e negra. Medida compensatória baseada na verificação empírica da desproporção destas populações nas referidas universidades. Ausência de inconstitucionalidade. Pelo arquivamento" (fls. 21/23).

Dentre as razões manejadas no parecer em destaque, extrai-se o irrefutável argumento no sentido de que "*... de nada adianta a igualdade formal garantir a todas as pessoas o direito de fundar uma sociedade ou de comprar um imóvel se estes direitos são abstrações totalmente alheias ao universo do indivíduo. Da mesma forma, não adianta garantir a todos o acesso à universidade pública através unicamente da prova de conhecimentos se a maioria da nossa população, que é composta de pessoas pardas e negras, não tem condições de competir com outro grupo minoritário que teve melhores condições de aprendizado e que portanto vai praticamente monopolizar o ensino de terceiro grau*" (fl. 22).

Ante o exposto, em razão da firme convicção formada por este órgão de execução a respeito da constitucionalidade das normas estaduais que dispõem sobre o sistema de cotas para o ingresso em universidades públicas, esta Promotoria de Justiça indefere, liminarmente, a representação de fl. 02.

Considerando que o representante não indicou endereço para notificação, o que inviabiliza a aplicação do art. 3º, § 2º, da Resolução nº 1.066/02, e, também, a originalidade do tema, bem assim a repercussão da solução ora adotada sobre pretensões cuja identificação se mostra impossível, submeto o presente pronunciamento ao Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, por aplicação analógica dos arts. 3º, § 2º e 18, *caput* e parágrafo único, da Resolução acima mencionada.

Rio de Janeiro, 18 de setembro de 2002.

ROGÉRIO PACHECO ALVES
Promotor de Justiça

(*) Promoção conhecida e homologada pelo Conselho Superior do Ministério Público.

Homicídio simples - Regime de cumprimento de pena - Funcionário público - Efeito específico da condenação - Despicienda sua alegação em Plenário - Condenação superior a 04 anos de pena privativa de liberdade - Perda do cargo público.

Processo nº 13667/00

Apelante: *Ministério Público*

Apelado: *Vânia Lúcia de Moraes Pereira*

Tribunal do Júri de Campo Grande

Art. 121, *caput* do Código Penal

RAZÕES DE APELANTE

E. Tribunal

C. Câmara

DD. Procurador de Justiça

Foi a ré pronunciada e submetida a julgamento pelo E. Tribunal do Júri, pela prática do delito de homicídio, porque no dia 13 de maio de 2000, a ré, com vontade de matar, fez disparo de arma de fogo contra a vítima Sônia Maria Domingues Ferreira da Silva, causando-lhe as lesões que foram a causa de sua morte.

Encerrada a quesitação e a colheita dos votos, apurou S. Exa. que os jurados decidiram, por maioria absoluta, que a ré agiu com vontade de matar a vítima.

O douto Juiz Presidente fixou a pena em 06 anos de reclusão, sendo o regime semi-aberto.

Reside o inconformismo do *Parquet* quanto ao regime, bem como no que concerne ao efeito específico da condenação, previsto no artigo 92, inciso I, alínea b do Código Penal.

Inicialmente, a respeitável sentença merece ser reformada no que tange ao regime para cumprimento da pena. O magistrado *a quo* estabeleceu que a pena seria cumprida em regime semi-aberto. Cabe ressaltar que o "poderá" do artigo 33, § 2º do Código Penal, não se refere a um direito público subjetivo do réu. Para a fixação do regime é necessário que seja apreciado pelo juízo as circunstâncias do delito.

No caso em tela, constatou-se a gravidade do delito. Trata-se da prática de crime contra a vida, ou seja, bem de maior importância para o ser humano. O direito à vida é garantido constitucionalmente (artigo 5º da CR/88), bem como

é o primeiro bem penalmente tutelado. Logicamente, não por acaso, mas, sim, porque o legislador constitucional e infra-constitucional quis garantir o direito absoluto à vida. Trata-se de infração penal que causa grande temor a toda sociedade e, como tal, merece uma reprovação maior.

Sendo assim, necessário se faz que o regime de cumprimento da pena seja modificado para o fechado. Trata-se de medida que mais se adequa aos anseios da comunidade.

O segundo ponto da sentença que merece ser reformado diz respeito aos efeitos específicos da condenação.

Conforme ficou demonstrado nos autos, a ré é servidora pública federal. De acordo com a alteração introduzida pela Lei n.º 9268/96, trata-se de efeito específico da condenação a perda do cargo público quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 04 anos. Cabe ressaltar que, em tal caso, não se exige que o crime praticado tenha qualquer relação com a função pública, tendo como requisito apenas a pena superior a 04 anos.

No caso em tela, a acusada foi condenada a 06 anos; sendo assim, um dos efeitos da condenação é a perda do cargo público.

Em que pese a oposição de Embargos de Declaração (fl. 363), o culto magistrado *a quo* entendeu que o crime praticado não teve qualquer vinculação com o exercício da função pública. Ademais, que a perda do cargo não foi postulada no corpo dos autos, tampouco nos debates orais em Plenário.

Primeiramente, a perda da função pública é efeito específico da condenação; sendo assim, não é necessário que venha a ser requerida nos autos e nem em Plenário. Trata-se de efeito secundário ou acessório da sentença condenatória e, portanto, matéria da competência do Juiz-Presidente. É sabido que o *Parquet* não tem obrigatoriedade em requerer o *quantum* de pena a ser fixado para o réu (consequência direta da sentença condenatória), da mesma forma não tem que pleitear a declaração dos efeitos secundários.

Outrossim, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, após a inovação legislativa basta a condenação em pena privativa de liberdade superior a 04 anos para a perda da função pública. Neste sentido é o entendimento de CEZAR ROBERTO BITENCOURT, in *Manual de Direito Penal*, v. I, 6ª edição, 2000, fls. 631/632:

Nos crimes comuns, onde não há relação com a Administração Pública, somente a condenação superior a quatro anos gera o efeito de perda da função pública. Nessa segunda hipótese da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo decorrerá da graduação da pena, reveladora de maior desvalor do resultado produzido pela infração penal. Mas, também nessa modalidade, a perda deverá ser declarada expressamente na sentença condenatória. (grifei)

ALBERTO SILVA FRANCO, in *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*
- volume I - Tomo I, 6ª edição, fl. 1411, tem o mesmo entendimento, vejamos:

Duas, portanto, são as hipóteses de perda do cargo, função pública ou mandato eletivo: uma para os crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, quando a pena privativa de liberdade for por tempo igual ou superior a um ano. E outra para qualquer natureza de crime, quando ao agente for aplicada pena superior a quatro anos (reclusão ou detenção).

Também é neste sentido o entendimento dos Tribunais, a saber:

Exercício arbitrário das próprias razões - Sequestro qualificado - Roubo qualificado - Pena - Art. 92 Inc. I, al. "b" C.P. Crimes diversos e sequenciados: exercício arbitrário das próprias razões, seqüestro qualificado e roubo com dupla causa: emprego de arma de fogo e concurso de agentes em cúmulo formal. Teses defensivas que não maculam a prova acusatória, onde a proficiente técnica processual aplicada pelo Magistrado exige a acareação e o reinterrogatório, dissipando dúvidas. Penas que ultrapassam os limites da lei, tornando imperativa a *perda de cargo*, nos termos do artigo 92, inciso I, letra "b" do Código Penal. No cumprimento das penas, as de detenção obedecerão o regime aberto. Recursos defensivos desacolhidos. Apelo do Ministério Público parcialmente provido. (APF) Obs.: Embargos de Declaração acolhidos.

(TJ/RJ - Apelação Criminal número do Processo: 2000.050.00339. Data de Registro: 21/11/2000 Folhas: 31480/31495 -Oitava Câmara Criminal - Votação: Unânime - Des. Liborni Siqueira - Data do julgamento: 31/08/00.

Assim sendo, verifica-se que é pacífico o entendimento de que, sendo a ré funcionária pública e sendo condenada a pena superior a 04 anos (no caso em tela, 06 anos) deve ser declarada judicialmente a perda de sua função pública, com fulcro no artigo 92, inciso I, alínea b do Código Penal. Em razão do exposto, impõe-se a declaração de tal efeito específico da condenação.

Isto posto, presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, recebido este, o Ministério Público requer o seu provimento com o fim de ser retificada a aplicação da pena, pelas razões acima expostas, na forma do § 2º, do artigo 593 do Código de Processo Penal.

Espera o Ministério Público seja feita a costumeira e necessária

JUSTIÇA.

Rio de Janeiro, 07 de janeiro de 2002.

SILVIA CIVES SEABRA
Promotora de Justiça

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Habeas Corpus nº 73.425 - PR
(Segunda Turma)

Relator: *O Sr. Ministro Maurício Corrêa*

Pacientes: *Ata Hammoud e Saadallah Mehdi Ayoub*

Impetrantes: *Rene Dotti e outros*

Coator: *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*

Habeas Corpus. Alegação de nulidade de depoimento prestado por promotor de justiça que participou, na polícia, do ato da prisão em flagrante: inexistência. Princípio da isonomia processual comprometido pelo excesso de testemunha da acusação: inocorrência de prejuízo. Sentença fundamentada em outros elementos da prova: impossibilidade de exame no writ.

1. O membro do Ministério Público estadual que assiste à lavratura do auto de prisão em flagrante, convidado pela autoridade policial para assegurar a legalidade do ato, não está impedido de prestar depoimento, na fase de instrução penal, reportando-se aos fatos que ouviu quando dos depoimentos dos depoimentos prestado na fase investigatória.

2. Se a jurisprudência do STF já assentou que não configura impedimento de Promotor de Justiça, que acompanhou inquérito policial, para em seguida oferecer denúncia (RHC 61.110, *DJ* de 26-8-83, e HC 60.364, *DJ* de 13-5-83), com muito mais razão e propriedade poderá prestar depoimento do que antes presenciara, se outro foi o Promotor de Justiça que firmara a peça acusatória.

3. Inaplicabilidade, no caso, da norma contida no artigo 252 do CPP, que diz respeito às hipóteses em que o juiz não poderá exercer a jurisdição.

4. Se o juiz ouviu uma testemunha a mais além do limite para acusação do que para a defesa, mas a essa facultou que também o fizesse, precluindo o direito, não pode alegar posteriormente cerceamento de defesa, se inclusive não emprestou qualquer valia ao depoimento deduzido pela testemunha excedente. Violação do princípio isonômico que não se caracterizou.

5. Sentença que se funda no conjunto probatório e não apenas no depoimento contraditado, para se avaliar que peso teve no convencimento do juiz, traduz-se em revolvimento probatório,

circunstância que torna imprestável e inviável a via estrita do *habeas corpus*.

Habeas corpus que se conhece, mas a que se nega deferimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o *habeas corpus*.

Brasília, 30 de abril de 1996 - Néri da Silveira, Presidente - Maurício Corrêa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pelos ilustres advogados René Dotti, Breno Brandão Elias Mattar Assad e José Arrabal, em favor de Ata Hammoud e Saadallah Mehdi Ayoub, objetivando desconstituir acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, em sede de apelação criminal, deu provimento parcial aos recursos dos pacientes, absolvendo-os do crime de associação criminosa, reduzindo as penas que lhes foram impostas pela sentença de primeiro grau, de 11 (onze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e multa, para 6 (seis) anos de reclusão e multa por infração ao art. 12 da Lei nº 6.368/76.

São dois os fundamentos do *writ*, deduzidos desde a fase de instrução da ação penal, à luz dos quais os impetrantes pretendem a concessão da ordem:

a) ilegalidade consubstanciada na oitiva de Promotor de Justiça que, tendo atuado no inquérito policial, veio a ser arrolado como testemunha na exordial acusatória;

b) excesso ilegal no número de testemunhas arroladas pela acusação e conseqüente violação ao princípio da isonomia.

Sustenta a impetração que a inquirição da testemunha Ourival Santos filho, que exerce o cargo de Promotor de Justiça e que no exercício das funções ministeriais atuou na fase de inquérito, contraria o art. 252, II, c/c os arts. 112 e 258, todos do Código de Processo Penal, configurando tal prova nulidade absoluta, em razão do impedimento, o que enseja a anulação de todo o processo a partir do depoimento da referida testemunha que "foi crucial para a formação do conhecimento do Juiz *a quo*".

No discorrer da tese esposada, salientam os impetrantes:

"35. O sistema do processo penal brasileiro, orientado pelas normas constitucionais, integrado pela analogia e pelos princípios gerais de Direito e admitindo a

interpretação extensiva, consagra o princípio da separação das atribuições entre os sujeitos do processo e os sujeitos no processo. Os papéis reservados ao juiz, ao órgão do Ministério Público e ao advogado são claramente estabelecidos na lei fundamental e na legislação ordinária de maneira a não gerar dúvida ou confusão quanto à natureza e aos respectivos limites de atuação.

36. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que tenha servido como testemunha (CPP, art. 252). Este impedimento, por expressa disposição legal, estende-se ao órgão do Ministério Público (CPP, art. 258).

(...)

38. Quanto a forma visa preservar interesse da ordem pública - como no *princípio de separação das atribuições* dos sujeitos processuais -, a sua violação constitui nulidade absoluta. E as nulidades absolutas "não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas o mesmo é evidente".

39. Aos membros do Ministério Público se estendem as incompatibilidades e os impedimentos assinados para os juízes. E uma dessas hipóteses legais decorre da proibição do exercício da jurisdição ao magistrado que, no mesmo processo, tenha servido como testemunha (CPP, art. 252, II).

Interpretando a disposição acima e aplicando o *princípio da separação das atribuições*, a jurisprudência tem se orientado em não admitir a *dublagem* entre o Promotor e a testemunha."

Aduz, no segundo fundamento, que o art. 22 da Lei nº 6.368/76 estabelece o limite máximo de cinco testemunhas a serem arroladas pelo Ministério Público; não obstante, foram arroladas pela acusação seis testemunhas que não são meramente informantes ou referidas, mas sim numerárias, não havendo prova de que nenhuma delas foi ouvida por exclusiva iniciativa do Juiz.

E acrescenta:

"23. É certo que a defesa do primeiro paciente arrolou oito testemunhas numerárias e mais três informantes. Mas, na audiência de instrução e julgamento, o Dr. Juiz determinou que o número fosse reduzido para 5 (cinco) e assim se fez, embora as demais tivessem comparecido para depor. E essa decisão foi, tecnicamente, correta.

24. A deliberação judicial, ouvindo uma testemunha de acusação além do limite máximo e não concedendo a mesma franquia para a defesa, violou, inescusavelmente, o princípio constitucional de isonomia (art. 5º), incidente no campo do processo penal sob a garantia do *equilíbrio de armas* entre as partes.”

Conclui com pedido de concessão da ordem, para o fim de ser declarada a nulidade do processo a partir da inquirição da testemunha Ourival Santos Filho.

Solicitadas as informações, prestou-as, às fls. 31 *usque* 64, o Juiz Presidente do Tribunal apontado como coator.

Oficiando às fls. 66/76, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista, opina pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Maurício Corrêa** (Relator): como consta do Relatório, duas são as teses esposadas pelos impetrantes, objetivando a anulação do processo a partir do *depoimento* de uma das testemunhas arroladas pela acusação: a) a da ilegalidade consubstanciada na oitiva de Promotor Público que, tendo atuado no inquérito, veio a depor, como testemunha, no curso da ação penal originada do mesmo inquérito; b) a do excesso do número de testemunhas de acusação, em desigualdade com o que foi permitido para a defesa.

Respondo, em primeiro lugar, à segunda tese do pedido.

Quanto à questão do excesso levantada pelos impetrantes a respeito de maltrato ao princípio da isonomia processual, porque a acusação teria ouvido mais testemunhas do que a defesa, parece-me não lhes socorrer a pretensão. É mais do que consabido que o Juiz “formará sua convicção pela livre apreciação da prova” (CPP, art. 157). O que se vê da sentença é que toda a prova, tanto da defesa, quando da acusação, foi minudentemente examinada. Desse conjunto probatório composto nos autos, não se infere haja dado o magistrado maior potencialidade ou valoração a propósito do resultado a que buscou tão-somente porque ouviu uma testemunha a mais, mas sim do elenco dos diversos depoimentos e de outros elementos fáticos coletados nos autos para chegar à conclusão do *decisum*.

Com efeito, o Juiz, ao que se vê dos autos, em igualdade de condições, também assegurou aos impetrantes o direito de arrolar o mesmo número de testemunhas, que só não se deu em face de formal desistência de suas oitivas pelos interessados na defesa. Ademais, como posto na sentença, na oportunidade não houve nenhuma manifestação em sentido contrário, realizando-se a

audiência de instrução e julgamento sem nenhum protesto. De resto, porque de fato desconheço qualquer dispositivo legal que expressamente vede esta faculdade, tendo a jurisprudência já reconhecido que o Juiz pode ouvir outras testemunhas, sobretudo aquelas a seu juízo convenientes ou aquelas referidas no curso do processo, tudo, aliás, em sintonia com o que prescreve o artigo 209 do Código de Processo Penal, e, por isso mesmo, indefiro a ordem, nesta parte.

Quanto à primeira das teses sustentadas pelos ilustres advogados, que perseguem a nulidade do processo, a partir do depoimento de testemunha que, na condição de membro do Ministério Público estadual, participou do inquérito policial, no ato da flagrância, creio comportar um exame mais circunstanciado, merecendo, para uma melhor compreensão da *quaestio iuris*, proceda-se a leitura da primeira parte do Relatório contido nos autos do acórdão proferido na apelação julgada pelo Tribunal *a quo*, em que a Relatora sintetiza, com a transcrição de parte da denúncia, os fatos que deram causa à ação penal (fls. 48/50), *verbis*:

“Há aproximadamente dois meses, o ora denunciado - Saadallah foi até a cidade de Quedas do Iguaçu, PR, juntamente com terceira pessoa não identificada. Lá fez contato com o denunciado Elio, propondo-lhe que adquirisse a droga conhecida como cocaína e a trouxesse até a cidade de Paranaguá, pois aqui tinha “esquema” para mandá-la para o exterior, mais precisamente para o Líbano. Aceita a proposta por Élio, ficou acertado, entre ambos, que Saadallah pagaria o preço de US\$ 5.000 (cinco mil dólares) por quilo, colocada nesta cidade de Paranaguá-PR. Seguidamente Élio, Nilson e Carlos, após acertarem previamente quanto cada um receberia na operação, associaram-se para a prática do crime e, usando veículo marca Ford, tipo Escort XR-3, cor preta, placa TK - 3227 de Cascavel-PR, registrado em nome de Ademir de Oliveira, mas de propriedade de fato do denunciado Carlos, foram até a cidade de San Martin, no vizinho país da Bolívia, onde adquiriram doze tijolos da droga cocaína, com aproximadamente 1 Kg cada um, ao preço de US\$ 1.800 (hum mil e oitocentos dólares) o kg. A droga foi acondicionada nas laterais traseiras internas do veículo e, no dia 12 do corrente, deslocaram-se Élio, Nilson e Carlos, com dito automóvel e a droga, até esta cidade, hospedando-se no Hotel Graciosa. No dia seguinte, todos deslocaram-se até o balneário Praia de Leste, nesta Comarca, onde previamente combinado, encontraram-se com os denunciados Saadallah e Ata, a quem fizeram a entrega da droga, que foi escondida em

um quarto ao lado da churrasqueira da casa do pai de Ata, recebendo, Élio, de imediato, o equivalente a US\$ 10.000 (dez mil dólares), como parte do pagamento. Aproximadamente dois dias após, os denunciados Saadallah e Ata efetuaram o pagamento de mais Cr\$ 1.400.000 (hum milhão e quatrocentos mil cruzeiros reais) ao denunciado Nilson. Ao contínuo Nilson, no dia 18 do corrente (fl. 22), remeteu dita importância, via Banestado para sua conta no mesmo estabelecimento em Quedas do Iguaçu. Na seqüência, tendo em vista que os denunciados Saadallah e Ata não conseguiram todo o dinheiro para o pagamento da cocaína, devolveram a Élio, Nilson e Carlos quatro tijolos de dita droga, que foram escondidos no interior do guarda-roupa do apto. 216 do Hotel Graciosa, que ocupavam, sendo, no dia 19 deste mês, apreendida pela autoridade policial, juntamente com os denunciados Saadallah e Élio que ali estavam. Os outros seis tijolos da droga foram apreendidos na casa de Praia de Leste, indicada pelos denunciados (fl. 20). Os denunciados Carlos e Nilson receberam as importâncias de CR\$ 1.000.000,00 e CR\$ 500.000,00, respectivamente, pela empreitada criminosa. A droga apreendida, submetida a exame, constatou-se ser a denominada cloridrato de cocaína, substância tóxica entorpecente, que causa dependência física/psíquica e que os denunciados tinham em depósito, após importá-la da Bolívia, com a finalidade de exportá-la para o Líbano, onde seria vendida ao preço de US\$ 20 a 25.00 (vinte a vinte e cinco mil dólares) o kg, sem autorização e em desacordo com determinação legal." E prossegue a juíza, "a denúncia foi apresentada por Promotor Público da cidade de Paranaguá, perante o Juízo de Direito da Vara Criminal da mesma Comarca, em 29 de outubro de 1993. A peça acusatória vem acompanhada do auto de prisão em flagrante dos denunciados Élio Paukner, Saadallah Mehdi Ayoub, Nilson Pedro Teles e Carlos Alberto da Luz Damasceno. Presenciou os depoimentos colhidos por ocasião da lavratura do flagrante o Promotor Público Ourival Santos Filho. O denunciado Ata Hammoud, que não foi preso em flagrante, foi interrogado pela autoridade policial, estando o termo do interrogatório à fl. 54. Foi juntado o laudo de constatação da natureza da substância apreendida à fl. 29. Por despacho fundamentado e datado de 5 de novembro de 1993,

juntado às fls. 137/139, a denúncia foi recebida e decretada a prisão preventiva de Ata Hammoud”.

Como resultado do que se narrou, observa-se que, por época da prisão em flagrante, entendeu a autoridade policial de convidar um dos promotores lotados na Comarca a fim de acompanhar os depoimentos.

Mais tarde, perante a autoridade judiciária, tendo sido essa testemunha arrolada pela acusação, houve contradita desse depoimento, sob a alegação de que o membro do Ministério Público, que tenha assistido a inquérito policial, está impedido para depor a respeito de ato do qual participou. Repeliu-a o Juiz sentenciante, igualmente fazendo-o o acórdão *a quo*, como se vê do voto, nesta parte prevalecente, da Relatora da Apelação perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Juíza Luiza Dias Cassales (fls. 58/59), *verbis*:

“ Fixa-se a desconformidade do apelante no fato de que Ourival Santos Filho assistiu aos depoimentos do flagrante como representante do Ministério Público Estadual e objetivando a lisura do auto de prisão em flagrante. Em princípio, o Promotor Público pode atuar como testemunha (art. 202 do CPP). O art. 252 do CPP, a que se refere o apelante, diz respeito aos casos em que o juiz não poderá exercer a jurisdição. O art. 258 do mesmo diploma legal estabelece que: “os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge ou parente, consangüíneos ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, a eles se estendem no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes”. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF, RTJ107/98) é no sentido de que o Promotor de Justiça que, designado, funcionou no inquérito policial, pode oferecer denúncia. No caso, a denúncia não foi oferecida pela testemunha contraditada. O Promotor Público em referência, como se viu, apenas assistiu à tomada dos depoimentos por ocasião do flagrante, exatamente para garantir sua legalidade. Ora, se o Órgão do Ministério Público designado para funcionar no inquérito policial, segundo decisão da Suprema Corte, pode oferecer denúncia, com muito maior razão poderá prestar depoimento na instrução criminal. De mais a mais, a sentença fundou-se no conjunto das provas das quais o depoimento de Ourival é apenas um dos elementos.”

Na bem elaborada petição inicial, os impetrantes, de forma competente, sustentam a ilegalidade da prova obtida mediante coleta de depoimento de representante do Ministério Público estadual, que antes assistira à fase inicial do inquérito policial, sob a alegação de que vulnera os artigos 252, II, c/c os artigos 112 e 258 do CPP e artigo 22 da Lei nº 6.368/76.

Não me parece que a hipótese dos autos estaria a recomendar a aplicação desses dispositivos. Anote-se, contudo, antes, que a presença do Promotor para acompanhar a lavratura do flagrante se deu em virtude de convite do Delegado de Polícia de Paranaguá, com o escopo de assegurar, com sua presença, a legalidade dos atos, sobretudo o desenrolar dos depoimentos, para que, afinal, não se alegasse qualquer violação à regularidade processual. Em nenhum momento, como registrado à fl. 443, fez qualquer interferência nos trabalhos ou requereu qualquer diligência, limitando-se apenas a assinar os respectivos termos.

A primeira pergunta que se impõe formular seria a de saber se, posteriormente convocado para depor, já na fase judicial, seria o seu depoimento imprestável, ilegal, a ponto de comprometer toda a prova, a gerar a nulidade de todos os atos praticados a partir de seu depoimento em juízo!?

Como já suficientemente analisado nas instâncias ordinárias, tem a jurisprudência desta Corte entendido que a autoridade policial que participou de inquérito policial não está impedida para oferecer denúncia, com relação a fato delituoso em cuja fase inquisitiva esteve presente. De fato assim assentou esta Corte no julgamento do RHC 61.110, rel. Min. Rafael Mayer (*DJ* de 26-8-83, p. 12714), *verbis*:

"Inquérito policial. Atuação do Ministério Público. Oferecimento da denúncia.

É pacífico o entendimento segundo o qual a atuação do Ministério Público, na fase do inquérito policial, tem justificativa na sua própria missão de titular da ação penal, sem que se configure usurpação da função policial, ou venha a ser impedido a que ofereça denúncia. Denúncia. Tipicidade penal. Descrição suficiente. A denúncia descreve fato típico criminal e atende às exigências da lei processual, propiciando que a defesa se exercite amplamente, sem que se possa, portanto, acoimá-la de inepta. Recurso de *habeas corpus* improvido."

Da mesma forma, assim julgou este Tribunal ao apreciar do HC 60.364, Rel. Min. Soares Muñoz (*DJ* de 23-5-83, p. 6498) e RHC 51.449, Rel. Min. Thompson Flores (*DJ* de 30-11-73).

Com a amplitude das prerrogativas do Ministério Público, hoje consagradas no texto constitucional (CF, art. 129), e a definição posta no inciso IV do

artigo 26 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que permitem a *Parquet* a requisição de diligências investigatórias e a instauração de Inquérito Policial, podendo inclusive acompanhar esses atos, seria inconcebível e írrito imaginar que a simples presença física de um seu representante estaria a vedar-lhe o depoimento, sobre confissões que livremente foram prestadas na fase policial e negadas posteriormente.

No caso, frise-se, a denúncia fora oferecida por outro Promotor, tanto mais que a própria defesa de Ata Hammoud (fls. 442/443), um dos pacientes, relegando qualquer valia ao depoimento prestado, asseverou que “nada de relevante informou”.

Como muito bem já exposto nas decisões originárias, se o Promotor que funcionou no inquérito policial pode oferecer denúncia, evidentemente que poderá servir como testemunha do que presenciou, pois quem pode o mais, pode o menos.

Esta impetração não se presta paradigmaticamente como amostragem para que a tese nela veiculada se exaure. Embora convencido de que a melhor doutrina deva ser conduzida para convalidar depoimentos prestados por Promotor de Justiça, como exhibe tipicamente a hipótese presente, não será esta, contudo, a situação em que o tema se complete à sua definitiva interpretação, como tese para uma boa discussão.

Impossível dissociar-se do conteúdo deste *writ* a exuberância de um farto material probatório que, independente do solitário testemunho impugnado, ressalta constituir-se de base autônoma e suficiente para a manutenção da decisão impugnada.

Sagaz se mostra a inteligência desse pedido que, para alcançar a nulidade do processo e via de conseqüência a soltura dos pacientes, em subestima do resto, como que se não remanescessem provas outras que por si mesmas seriam conducentes à inadequabilidade do rito mandamental. Tal é a sublimação perseguida, que se deixou ao obívio, por exemplo, os depoimentos prestados por quatro dos co-réus, que, em uníssono, confirmam os termos da denúncia, tal como vista no Relatório que antes tive a oportunidade de ler e que coonestam os fatos ocorridos.

Também intactos ficaram todos os depoimentos das diversas testemunhas, que, igualmente em harmonia, confirmam os fatos narrados na *opinio delicti*; do laudo de constatação que confirma a apreensão de volumosa quantidade de cocaína; além do depoimento do pai do primeiro paciente, Mohamad Ahmad Hammoud – proprietário da casa de praia, em Cidade de Leste, onde a mercadoria foi apreendida – que desmonta o álibi engendrado na fase instrutória (fl. 464, sentença).

Sr. Presidente, a sentença condenatória é pormenorizada na descrição dos fatos e em sua fundamentação ao longo de suas 47 laudas. Depois de comentar trecho por trecho de mais de uma dezena de depoimentos, sobre o envolvimento comprovado dos pacientes, arremata: “as demais testemunhas

ouvidas por este Juízo ratificam esses depoimentos e seria demasiadamente cansativo, enfadonho e principalmente desnecessário transcrever mais depoimentos" (fl. 459) e em seguida conclui (fl. 460): "as provas testemunhais nada inventaram, relatando o que viram e ouviram dos envolvidos. São depoimentos idôneos, coerentes com o conjunto probatório dos autos".

Donde se conclui não ser possível, até mesmo abstraindo-se do exame aprofundado da tese invocada nesta parte do pedido, para chegar-se à conclusão de que a condenação não se deu isoladamente pelo depoimento do Promotor, tanto que desprezado pela defesa, mas sim por um rico manancial de provas, para cuja conclusão condenatória, seguramente não foi o depoimento do representante ministerial o substrato indispensável.

Não vejo como possa anular o processo, nos moldes do pedido, pois, até mesmo para se mensurar o valor probatório do que o testemunho impugnado significou, teria eu que adentrar prospectivamente na análise de toda a matéria de fato em si mesma, o que, como curial, não se é permitido nos limites do procedimento mandamental

Faz menção a inicial a dois precedentes - na verdade um só exemplo - que seriam adaptáveis à tese aqui sustentada, o primeiro do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o outro do STJ, que é recurso especial originário do primeiro. Não posso afirmar que as teses sejam as mesmas, até porque esses julgamentos foram produzidos antes do advento da atual Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que é de 93, que ampliou no inquérito policial a ação do Promotor, enquanto que os paradigmas referidos são posteriores, o do Tribunal de Justiça de São Paulo é de 1990 e o do STJ, de 1992, conforme se vê nos rodapés das fls. 7 e 10 da inicial.

Cediço é que, em matéria de julgamento, cada caso é realmente um caso. Começo por diferenciar até no volume de páginas entre os dois depoimentos, ou seja, o do Promotor Ourival, destes autos, tem singelas três laudas, e está em harmonia com uma série de outros depoimentos, e o do Promotor dos autos do paradigma contém 17 laudas, e não se sabe seu exato teor.

No exercício dessa minha judicatura tenho procurado julgar segundo a lei e a minha consciência. Observo que, nesta densa carga de *habeas corpus* que decidimos semanalmente neste Tribunal, em grande parte, os delitos estão relacionados com entorpecentes. E o mal, como se sabe, em geral, não é do usuário-dependente, que é vítima, mas dos que agitam a rede e o mercado ilícito das drogas: os traficantes. Afinal, aqui, são 12 barras de cocaína que deixaram de ser exportadas para aumentar a desgraça humana, cuja apreensão se deu de forma correta e em que os direitos dos que responderam a ação foram integralmente assegurados, respeitando-se o devido processo legal.

Assim sendo, na linha do pronunciamento do Ministério Público Federal, cuja manifestação está assinada pelo Dr. Wagner Natal Batista, conheço desta impetração, mas indefiro a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sr. Presidente, duas são as causas de pedir lançadas na inicial desse *habeas corpus*, conforme, aliás, foi salientado da tribuna.

A primeira diz respeito às testemunhas arroladas, ao balizamento numérico contido na Lei de Entorpecente, relativamente à possibilidade de serem arroladas testemunhas, quer pela defesa, quer pela acusação. Não há a menor dúvida de que temos a incidência de uma norma especial, prevendo em cinco o número de testemunhas. Na espécie dos autos, o Estado-acusador, ao invés de observar esse número, adotando postura exemplar que tanto convém ao Estado, foi adiante e arrolou seis testemunhas, ouvidas pela iniciativa, repito, do Estado-acusador. Não tenho como fechar os olhos a essa realidade e colocar em plano secundário o fato para potencializar a regra do artigo 502 do Código de Processo Penal. O preceito cogita das diligências a serem implementadas por iniciativa do órgão investido do ofício judicante. Uma coisa é a iniciativa das partes, e o Estado-acusador é parte, assim como a defesa e o acusado. Algo diverso, diametralmente oposto, é a prerrogativa dada ao julgador quanto à oitiva, à audição de testemunhas.

No particular, tenderia a concluir que a sentença seria nula. Ocorre que o Senhor Ministro Relator ressaltou a problemática alusiva à preclusão. O tema não teria sido empolgado oportunamente e, então, estamos diante não de uma nulidade absoluta, mas de uma nulidade relativa, por desatendimento à forma prevista na ordem jurídica. Portanto, creio que a impetração não prospera.

Surge a segunda questão que, para mim, ganha contornos suficientes a dizer-se da nulidade absoluta. Um membro do Ministério Público foi convidado a presenciar a lavratura do flagrante e subscreveu essa peça como integrante do órgão; subscreveu essa peça embrionária da ação penal, como Estado-acusador. Posteriormente, não estando mais a atuar na Comarca, funcionando um outro promotor público, foi arrolado como testemunha. Poderia ele, promotor que participara do inquérito, vir a testemunhar contra os acusados na ação decorrente desse mesmo inquérito?

Não há precedente na Corte sobre a matéria. Uma coisa é o promotor atuando na própria função que lhe é reservada por lei, tendo em conta a qualificação que possui; ele pode, evidentemente, acompanhar o flagrante e, depois, apresentar a inicial da ação penal, a denúncia. O que me parece impossível é agasalhar-se essa participação tão antagônica, que é a concernente ao acompanhamento de um processo, embora administrativo e inquisitório e, posteriormente, atuar na ação penal que se mostre fruto desse inquérito, como testemunha.

No caso dos autos, a sentença é claríssima: o Juízo se dispensou até de fazer remissão aos demais depoimentos existentes, potencializando o depoimento desse promotor. E mais ainda, deu valia, a ponto de robustecer,

com isso, o convencimento pessoal, ao que colhido na fase administrativa, na fase do inquérito, porque o foi com a presença de um membro do Ministério Público, que mais tarde, veio a ser testemunha de acusação.

As colocações, sob a minha óptica, são inconciliáveis. Não importa, na espécie, que tenhamos o envolvimento de acusação das mais sérias. As garantias concernentes ao devido processo legal quase sempre são articuladas em defesa de pessoas que não têm uma vida pregressa irreprochável, incensurável. Nós outros, cidadãos comuns, não precisamos nos valer dessas garantias, existentes, justamente, para a defesa daqueles que estejam sendo acusados. A sociedade tem interesse na punição dos que cometem delitos, mas acima de tudo ela tem interesse no respeito à organicidade do processo, às formas impostas pela ordem jurídica em vigor, no que acarretam segurança na implementação dos provimentos judiciais.

Por mais que me esforce, não consigo conciliar o papel do integrante do Ministério Público – e assim ele compareceu à Delegacia Policial, presenciando e subscrevendo o flagrante – e o papel desse mesmo promotor, atuando como testemunha de acusação.

Pudesse eu agora esquecer o julgamento já havido da ação penal e proceder à sua apreciação; estivesse eu, agora, a defrontar-me com uma ação penal a reclamar julgamento, talvez colocasse em plano secundário essa questão, chegando ao mesmo ponto a que chegou o Juízo. Todavia, não posso pensar e emprestar uma gradação, no campo da valia, à prova a que fez referência o Juízo, considerando-a suficiente, e afirmar que aquela outra – o depoimento do promotor –, muito embora mencionada com ênfase na sentença, não se mostrava indispensável à prolação de um título condenatório, a um decreto condenatório. Estou aqui a julgar um *habeas corpus* e não uma ação penal em si, sendo que veiculou-se não erro de julgamento, mas de procedimento, no que se admitiu, como testemunha, quem atuara no âmbito próprio à atividade a ser desenvolvida pelo Ministério Público. Estou me louvando apenas na circunstância de a sentença também estar calcada nesse depoimento, que parece ter sido convincente, tanto assim que o Juízo fundamentou a sentença primordialmente nesse depoimento.

Peço vênia para permanecer fiel aos princípios para mim consagrados pela ordem jurídico-constitucional.

Concedo a ordem, declarando a nulidade do processo a partir da coleta do depoimento desse promotor que atuara como tal anteriormente, muito embora no âmbito do processo administrativo.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, a presença do Ministério Público no ato do flagrante ocorreu simplesmente para emprestar ao ato maior

legitimidade, e isso ocorre tendo em vista a presunção de que o membro do Ministério Público, fiscal da lei, jamais admitiria que se praticasse uma ilegalidade no ato praticado pela autoridade policial.

Se esse promotor, assim chamado pela autoridade policial para assistir à lavratura do flagrante, ou mesmo designado pelo Procurador-Geral de Justiça para esse fim, não pudesse, depois, levar ao conhecimento do Juiz o que presenciou, seria absolutamente inócua a sua presença. De modo que penso ser perfeitamente possível e absolutamente razoável que o promotor, que assiste a um ato praticado pela Polícia, possa depois levá-lo ao conhecimento do Juízo. Afirmar que ele não poderia prestar depoimento como testemunha de acusação, *data venia*, prova demais. Se o representante do Ministério Público tivesse presenciado uma ilegalidade, poderia perfeitamente ser arrolado como testemunha pela defesa, e, assim, seu depoimento iria justamente dar sustentação à defesa. Não me parece, pois, ter ocorrido, no caso, nenhuma irregularidade ou ilegalidade.

O Sr. Ministro Relator demonstrou, citando precedentes do Supremo Tribunal Federal, que esse promotor poderia até oferecer denúncia ou mesmo pedir a absolvição. Ora, quem pode o mais, pode, evidentemente, o menos.

Com essas breves considerações, peço vênias ao Sr. Ministro Marco Aurélio para acompanhar o voto do Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Presidente): Também peço vênias ao Sr. Ministro Marco Aurélio para acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator, sob os dois aspectos da impetração. No que concerne ao primeiro, do excesso de testemunhas, desde logo estaria a ser invocado o manto da preclusão, não sendo possível retirar daí, a esta altura, na via do *habeas corpus*, conclusão no sentido de anular o processo.

Também no que respeita à oitiva de membro do Ministério Público, penso não ser efetivamente de acolher-se o fundamento deduzido na inicial. Não há, em princípio, impedimento de membro do Ministério Público servir como testemunha, assim como um magistrado pode ser testemunha num processo. No caso, o que tornaria impedido o membro do Ministério Público seria, efetivamente, sua atuação como instrumento da acusação. Se ofereceu denúncia e se afastou do processo, vindo a ser ouvido depois como testemunha, evidentemente haveria um efetivo impedimento.

Mas, no caso concreto, ao que ouvi do relatório do Sr. Ministro Maurício Corrêa, foi na fase pré-judicial que o membro do Ministério Público ouviu os acusados prestarem seus depoimentos, suas declarações, perante a autoridade policial. Ele não interveio como membro do Ministério Público, praticando qualquer ato de ofício. Depois, arrolado como testemunha da acusação, ou da defesa, não estaria ele impedido de trazer esclarecimentos ao juízo quanto ao

que ouviu e à regularidade da coleta dessas declarações numa fase administrativa, pré-judicial.

Nesses limites, não vejo impedimento do membro do Ministério Público. Ainda que detectado algum impedimento, haveria apenas a possibilidade de não considerar as suas declarações. Se a sentença estivesse baseada, tão-só, em declarações de uma testemunha impedida, aí poder-se-ia afirmar a nulidade do processo. Mas, num processo em que houve tão volumosa prova, a partir da apreensão das substâncias entorpecentes em poder dos acusados, depois de uma longa tramitação deste feito, com decisões nos dois graus, em *habeas corpus*, penso não ser o caso de se anular todo esse processo, apenas porque uma testemunha estaria impedida. Para que isso fosse possível, seria necessário, realmente, que o depoimento dessa testemunha impedida tivesse uma eficácia no âmbito da decisão.

Baseada a decisão, no caso concreto, em todo um conjunto de provas conducentes a dar corpo à acusação, mesmo que se houvesse de afastar o depoimento do Ministério Público, a sentença teria suficiente fundamentação a subsistir.

Em circunstâncias como estas, tenho considerado que a prova ilícita - como o caso das gravações ilicitamente feitas -, se outras provas autônomas existem no processo, invocadas na decisão e bastantes a fundamentá-la, a desconsideração da prova ilícita não há de fazer com que o processo seja anulado, depois de uma longa tramitação.

No presente caso, não existiria, sequer, a necessidade de se invocar esta segunda parte, porque considero que, nas circunstâncias em que ocorreu o depoimento do membro do Ministério Público, não cabe afirmar seu impedimento, o que bastante é para recusar, no ponto, o fundamento da inicial.

Assim, em que pese o brilho da defesa, produzida pelo ilustre impetrante, meu voto acompanha o do eminente Ministro Relator, que também indefere o *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 73.425 - PR - Rel.: Min. Maurício Corrêa. Pactes.: Ata Hammoud e Saadallah Mehdi Ayoub. Imptes.: Rene Dotti e outros. Coator: Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Decisão: por maioria, a Turma indeferiu o *habeas corpus*, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Falou pelo paciente o Dr. Paulo Ramalho e, pelo MPF, o Dr. Mardem Costa Pinto.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Francisco Rezek. Subprocurador-Geral da República, o Dr. Mardem Costa Pinto.

Brasília, 30 de abril de 1996 - Wagner Amorim Madoz, Secretário.

Habeas Corpus n° 77.144 - SP
(Segunda Turma)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Velloso*

Paciente: *Edmundo Berçot Júnior*

Impetrantes: *Renato Mazagão e outro*

Coator: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Penal. Processual penal. Habeas corpus. Recurso. Tempestividade. Dúvida. Livramento condicional. CP, art. 83, IV.

I - O prazo para recurso do Ministério Público começa a fluir da data em que o referido órgão teve inequívoca ciência da decisão recorrida. Em caso de dúvida, deve-se decidir em favor de sua admissibilidade. Precedentes do STF: *HC 70.719/BA, Néri, DJ 25-4-97; RE 132.031/SP, C. de Mello, RTJ 159/943 e HC 71.342/SP, Velloso, DJ 20-4-95.*

II - Não havendo prova de que o representante do Ministério Público fora intimado da decisão em data anterior, há que prevalecer a data em que ele apôs o seu "ciente".

III - Impossibilidade de se conceder o livramento condicional, porque não preenchidos todos os pressupostos para a sua concessão (CP, art. 83, IV).

IV - *HC* indeferido.

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 maioria, indeferir o *habeas corpus*, vencido, em parte o Senhor Ministro Marco Aurélio, que deferia, parcialmente, o *habeas corpus*, tão-só para cassar o acórdão no ponto relativo ao exame de intempestividade do recurso, e determinar que outra decisão se proferisse devidamente motivada.

Brasília, 24 de novembro de 1998 - Néri da Silveira, Presidente - Carlos Velloso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Edmundo Berçot Júnior*, condenado pelo Tribunal do Júri a 14 (catorze) anos de reclusão, em regime fechado, como incurso nas penas do art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal, pena que foi confirmada pela Egrégia Quinta Câmara

Criminal do TJ/SP, ao negar provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa (fls. 52/60).

Alega-se que, após ao cumprimento de mais de um terço da pena, com parecer favorável do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo, foi concedido ao paciente o livramento condicional (fl. 118).

O Ministério Público agravou da decisão de primeira instância que concedeu esse benefício ao paciente, tendo a Egrégia Quinta Câmara Criminal do TJ/SP, por unanimidade, dado provimento ao agravo, para cassar a concessão do livramento condicional (fls. 144/147).

Apontando o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo como órgão coator, sustentam os impetrantes que esse acórdão é nulo, por falta de motivação, já que não enfrentou a preliminar de intempestividade do recurso apresentado pelo Ministério Público, sendo certo que "a defesa tem direito à valoração da prova e ao pronunciamento jurisdicional sobre todas as teses jurídicas deduzidas".

Relativamente à intempestividade do agravo apresentado pelo Ministério Público, dizem os impetrantes:

"Neste ponto, após a concessão do benefício do Livramento Condicional concedido, a ilustre Representante do Ministério Público teve "vista dos autos", inicialmente em 3-2-97 (fl. 40 - Apenso Remissão de Pena - vide fl. 104 - Documento 1), depois em 7-3-97 (mesmo apenso - fls. 106 - Documento 1), a terceira "vista ministerial" está datada de 20-3-97 (novamente no mesmo apenso - fl. 107 - Documento 1), já tendo ciência, portanto, da decisão concessiva de benesse legal." (Fl. 6)

Relativamente ao mérito, afirmam que o paciente preenche todos os requisitos para a obtenção do livramento condicional, inclusive no tocante ao ressarcimento do dano.

A propósito do ressarcimento do dano, sustentam que, ao contrário do que consta do acórdão impugnado, não existe "despreocupação" do paciente com a indenização, dado que, logo após o crime, a família da vítima promoveu uma ação civil indenizatória, sendo que foi decretada a indisponibilidade dos bens do paciente. Essa ação ainda está em andamento e não existe, por isso, um valor judicialmente estabelecido.

Depois de outras considerações, pedem a concessão da "medida liminar para suspender a execução do v. acórdão prolatado pela E. 5ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça até o final julgamento da presente ordem de *habeas corpus* que, conhecida e provida, deverá cassar definitivamente a decisão

guerreada, determinando a prolação de outra com base nas provas documentais produzidas...”

Indeferida a medida liminar (fl. 264), foram requisitadas informações, que vieram a ser prestada pelo eminente 2º Vice-Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 272/273), nos seguintes termos:

“O paciente foi definitivamente condenado a pena de 14 anos de reclusão por infringência ao art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal. No juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Santos, postulou a concessão do livramento condicional, o que foi deferido pelo MM. Juiz de Direito.

Contra esta decisão o Ministério Público interpôs recurso (Agravamento em Execução nº 242.988.3/4), tendo a Col. Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por votação unânime, em julgamento realizado em 12 de março de 1998, dado provimento ao agravo para cassar a concessão do livramento condicional, determinando a expedição de mandado de prisão.

Encaminho, para melhor esclarecimento dos fatos, cópias das principais peças do processo.” (Fl. 272)

Oficiando às fls. 350/353, o Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral Edson Oliveira de Almeida, opina pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Não procede a pretensão de anular o acórdão que deu provimento ao agravo de instrumento do Ministério Público para o fim de cassar o livramento condicional concedido pelo juiz de primeiro grau.

Argumenta-se que o referido acórdão não está motivado, dado que deixou de enfrentar a preliminar de intempestividade do recurso ministerial.

Ainda que de maneira sucinta, o acórdão afastou a alegação de intempestividade do agravo, salientando que “a E. Turma Julgadora conhece do agravo, porque não ficou clara a data de intimação anterior da Promotoria de Justiça” (fl. 335).

A jurisprudência desta Corte tem entendido que o prazo para recurso do Ministério Público começa a fluir da data em que o referido órgão teve inequívoca ciência da decisão recorrida. Em caso de dúvida sobre a tempestividade do recurso, deve ele ser admitido.

Nesse sentido decidiu esta Egrégia Turma no HC 70. 719/BA, Rel. Min. Néri da Silveira, portando o acórdão a seguinte ementa:

“Ementa: Habeas corpus. 2. Acórdão que não conheceu da apelação do réu por intempestiva. 3. Hipótese em que o juiz recebeu a apelação na mesma data de sua interposição, determinando vista ao apelante para oferecer as razões. Nas contra-razões, nada alegou o Ministério Público quanto à intempestividade. 4. Existência de dúvida a respeito da data de intimação da defesa acerca da sentença condenatória. 5. A dúvida, em torno da tempestividade do recurso apresentado pela defesa, não há de solucionar-se contra o réu, mas a favor da admissibilidade do apelo, em consequência do princípio da pluralidade dos graus de jurisdição. 6. Habeas corpus deferido para que, afastada a preliminar de intempestividade, prossiga o Tribunal indigitado coator no julgamento da apelação.” (DJ 25-4-97)

Não foi outro o entendimento da Turma no HC 71.342/SP, por mim relatado, ficando assim ementado o acórdão:

“EMENTA: Penal. Processual penal. Habeas corpus. Recurso do Ministério Público. Prazo.

I - O prazo para recurso do Ministério Público começa a fluir da data em que o representante desse órgão teve ciência da decisão recorrida.

II - HC indeferido.” (DJ 20-4-95)

A Egrégia Primeira Turma decidiu nesse mesmo sentido no RE 132.031/SP, Rel. Min. Celso de Mello. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

“Execução contra a Fazenda Pública - Quantia certa - Regime constitucional dos precatórios - Desrespeito à ordem cronológica - Seqüestro determinado - Pretensão ao pagamento parcelado (ADCT/88, art. 33) - Impossibilidade - RE não conhecido.”

.....
“Recurso extraordinário - Prazo - Início de fluência - Ciência inequívoca do ato decisório - Ausência de comprovação - Intempestividade rejeitada.

- Os prazos recursais começam a fluir da data em que o sujeito processual, por meio de seu advogado, tem, ainda

que informalmente, ciência inequívoca da decisão que deseja impugnar, desde que inexista qualquer situação de dúvida ou de controvérsia a respeito do momento em que se registrou o conhecimento efetivo do ato decisório proferido. Precedentes.

A ciência inequívoca, para efeito de definição do *dies a quo* do prazo recursal, não se presume, exigindo-se, ao contrário, comprovação incontestável de que ela efetivamente ocorreu." (RTJ 159/943).

Também a doutrina não destoa desse entendimento.

ADA PELLEGRINI GRINOVER registra:

"Especificamente com relação aos recursos e à sua tempestividade, o princípio da interpretação em favor do recorrente visa a preservar a garantia do duplo grau e do controle das decisões judiciais, impondo que qualquer dúvida a respeito da tempestividade seja sempre dirimida em favor da admissibilidade, de modo a assegurar o reexame da decisão impugnada." (ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*. "Recurso no Processo Penal". São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1996, 2ª edição, p. 98).

Não havendo prova de que o representante do Ministério Público fora intimado da decisão concessória do livramento condicional em data anterior, deve prevalecer a data em que foi dado o "ciente" pela Dra. Promotora (fl. 328).

Observe-se, ainda, que a Procuradoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, que opinou no sentido do improvimento do agravo do Ministério Público, entende que o referido recurso foi apresentado tempestivamente.

Está no referido parecer do Procurador de Justiça:

"A preliminar de não-conhecimento do recurso com que acena o recorrido, *data venia*, é de ser desacolhida, que a documentação juntada não faz prova cabal da intimação da agravante em data anterior à constante de fl. 96, daí não se poder concluir pela intempestividade do agravo." (Fls. 332/333).

Ainda sem razão o paciente no tocante ao mérito.

Leia-se o que diz o acórdão impugnado:

“Com relação ao requisito previsto no artigo 83, inciso IV, do Código Penal, é de considerar os bens do sentenciado foram colocados em indisponibilidade, exatamente para garantir à família da vítima a indenização *ex delicto*. Mas tal medida fora decretada judicialmente, por via de ação cautelar. O agravado, pelo que se deduz dos autos, resiste à pretensão de indenizar a família do ofendido.

Se, eventualmente, a pretensão deduzida em juízo pelo autores da ação indenizatória se mostrasse exorbitante, ao agravado cumpria o ônus de comprová-lo. Limitar-se a dizer que os bens foram colocados em indisponibilidade é muito pouco, até porque não o fez voluntariamente.

Não se ignore que o agravado é pessoa de posses. Foi condenado por tirar a vida de um pai de família. É sua obrigação reparar o dano causado pela infração (art. 83, inciso IV, do Código Penal). Não o fez até agora, sem embargo do longo espaço de tempo já decorrido. Não apresentou prova de que não pudesse fazê-lo. Logo, o benefício não poderia ser concedido. E, concedido, aí, sim o agravado não teria a preocupação de indenizar.” (Fl. 366).

Vê-se que o livramento condicional não poderia mesmo ser concedido, por não preencher o paciente um dos requisitos para a sua concessão (CP, art. 83, IV).

Tanto é verdade que o paciente resiste à obrigação de reparar o dano, que a Justiça teve de decretar a indisponibilidade dos seus bens, para garantia da reparação.

Do exposto, indefiro o *writ*.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, duas são as causas de pedir: a primeira, a ausência de fundamentação do acórdão proferido, no que cassado o livramento condicional, isso quanto à intempestividade do agravo interposto pelo Ministério Público; a segunda, a envolver o entendimento, ou não, ao requisito previsto no inciso IV do artigo 83, para que se chegue ao livramento condicional, que é a reparação do dano causado. Eis a hipótese no tocante a esse requisito: há em andamento ação visando a responsabilizar o paciente pelo dano causado e, portanto, compeli-lo a indenizar os parentes da vítima fatal. Não se conta, ainda, com a liquidação do valor a ser pago por esse

dano.

O inciso IV do artigo 83 é categórico ao exigir não simplesmente que se parta para ação objetivando o ressarcimento pelo dano, mas a reparação do mesmo, um fenômeno, portanto, concreto quanto ao pagamento da verba indenizatória. Não vejo como se possa chegar à concessão do *habeas corpus* neste ponto. No entanto, vou pedir vênua ao Senhor Ministro Relator para divergir relativamente à fundamentação do acórdão no tocante à intempestividade do agravo interposto pelo Ministério Público. Na contraminuta, argüiu a defesa a extemporaneidade desse recurso. Acontece que o Tribunal, ao julgá-lo, afastou a pecha apenas dizendo que a prova não seria suficiente à demonstração da intempestividade, sem proceder ao exame dessa prova.

Veja-se o trecho do acórdão:

“A Egrégia Turma julgadora conhece do agravo porque não ficou clara a data da intimação anterior da Promotoria de Justiça.”

Aponta-se, no *habeas corpus* – e não parto para o exame desses elementos concretos –, que o Ministério Público teve a primeira vista dos autos em 3 de fevereiro de 1997; uma outra vista em 7 do mês seguinte; a terceira, no dia 20 imediato e, por derradeiro, a quarta vista, em 7 de abril de 1997, e aí considerou esta última data como o termo inicial do prazo. Se compulsarmos as peças dos autos, veremos que, na própria folha alusiva à decisão sobre o livramento condicional, foi lançada uma data que não conduziria à conclusão sobre a intempestividade, mas, logo depois, temos peças que revelam a ciência, pelo Promotor Público, de atos praticados em datas diversas, até mesmo solicitando esclarecimentos para efeito de remição, não para efeito do livramento que já estava devidamente formalizado nos autos, porquanto a decisão data de 23 de dezembro de 1996.

Em síntese, Senhor Presidente, quando se diz que um recurso é tempestivo e se refuta a articulação acerca do defeito, da ausência de oportunidade do recurso, é preciso que se esclareça porque se rechaça essa defesa. O chavão de que “não houve prova insofismável”, sem análise dos documentos, não é de ser agasalhado. Serve a todo e qualquer processo no qual envolvida a questão da oportunidade do recurso, deixando de consubstanciar, assim, a indispensável fundamentação.

Concedo parcialmente a ordem para, no caso, declarando insubsistente o acórdão proferido, determinar que a Corte de origem manifeste-se explicitamente sobre as peças existentes nos autos que dizem respeito à ciência do Ministério Público.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 77.144 – SP – Rel.: Min. Carlos Velloso. Pacte.: Edmundo Berçot Júnior. Imptes.: Renato Mazagão e outro. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Decisão: Por maioria, a Turma indeferiu o *habeas corpus*, vencido, em parte, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que deferia, parcialmente, o *habeas corpus*, tão-só para cassar a acórdão no ponto relativo ao exame da intempestividade do recurso, e determinar que outra decisão se proferisse devidamente motivada.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Subprocurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Brasília, 24 de novembro de 1998 – Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

Superior Tribunal de Justiça

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Habeas Corpus n. 19.623 - BA
(Registro n. 2001.0183676-0)

Relator: *Ministro Vicente Leal*

Impetrantes: *Fernando José Alves de Souza e outro*

Impetrada: *Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*

Paciente: *José Ferreira dos Anjos (preso)*

EMENTA: *Processual Penal - Crime de falsidade ideológica - obtenção de CPF com nome falso - Incompetência da Justiça Federal - Ausência de lesão a interesses, bens ou serviços da União.*

- A obtenção de CPF falso com o objetivo de ocultar a própria identidade e, assim, livrar-se de persecução penal, sem propósito de lesar a Receita Federal, não atrai a competência da Justiça Federal, por inexistir na espécie lesão a bens, serviços e interesses da União. Precedentes do STF.

- *Habeas corpus* concedido.

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 maioria, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencido o Sr. Ministro Fontes de Alencar. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 16 de abril de 2002 (data do julgamento). Ministro Fernando Gonçalves, Presidente. Ministro Vicente Leal, Relator.

Publicado no *DJ* de 13.5.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Perante a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região foi impetrado pedido de *habeas corpus* em favor de José Ferreira dos Anjos, acusado perante a 2ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia pela prática das infrações tipificadas nos artigos 299 e 304, c.c. o art. 71, todos do Código Penal, pelo fato de ter obtido e feito utilização de vários documentos ideologicamente falsos, entre os quais, documento de Cadastro de Pessoa Física, expedido pela Receita Federal.

Sustentou-se na impetração, essencialmente, que o Paciente, por ter sido condenado pela 3ª Vara Criminal da Comarca de João Pessoa – PB pelo crime de falsidade ideológica, não poderia estar sendo processado perante a Justiça Federal por uso de documento falso, delito este que restou absorvido pelo crime de falsidade ideológica. Alegou-se, ainda, que o fato de ter empregado outro nome para obtenção de CPF, com o único intuito de ocultar a própria identidade, não atrai a competência da Justiça Federal.

O *writ* foi denegado, por maioria de votos, vencido o Relator que concedia em parte a ordem para reconhecer a incompetência da Justiça Federal. Prevaleceu, nessa oportunidade, a tese de que o cadastro de falso contribuinte perante o Fisco Federal lesou interesse direto da União, atraindo o feito para o âmbito da Justiça Federal.

Irresignados, os advogados Fernando José Alves de Souza e Fernando Antônio Carvalho Alves de Souza impetram o presente *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, pugnando pela nulidade da sentença que condenou os Pacientes, reeditando as razões deduzidas no pleito inicial.

Deferi a liminar pleiteada para determinar o sobrestamento do feito até o julgamento final do *writ*. (fl. 51).

Prestadas as informações (fls. 55/91), foram os autos com vistas ao Ministério Público Federal, que opinou pela denegação da ordem (fls. 74/80).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal (Relator): Consoante salientado no relatório, o presente pedido de *habeas corpus* assenta-se na alegação de incompetência da Justiça Federal para apreciar a prática do crime de falsidade ideológica em face da obtenção de documento de CPF perante a Receita Federal.

Examinando-se o teor da decisão impugnada no presente *habeas corpus*, tenho que a pretensão deduzida no *writ* merece acolhimento.

Apresentam-me irrefutáveis os argumentos do voto-vencido, proferido pelo eminente Juiz Olindo Menezes, concluindo que

“O fato de ser o CPF emitido pela Receita Federal não é suficiente para trazer o feito para o foro federal, pois, não constando a utilização do documento perante órgão federal, para positivar a ofensa concreta a serviço ou interesse da União (lesão à fé pública do órgão federal), resta apenas um interesse genérico na boa aplicação dos documentos públicos federais, insuficientes, na minha visão, para firmar a competência” (fl. 43).

Efetivamente, o crime de falsidade ideológica praticado com o objetivo

de ocultar a própria identidade com a finalidade de livrar-se da persecução penal, sem o propósito de lesar a Receita Federal, não atrai a competência da Justiça Federal, por inexistir na espécie lesão a bens, serviços ou interesses da União.

Nesse sentido, já se pronunciou o egrégio Supremo Tribunal Federal, consoante se depreende das seguintes ementas, *verbis*:

“Habeas corpus.

- No que diz respeito à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, é esta Corte incompetente para examinar essa alegação, porquanto não foi ela apreciada pelo Tribunal de Justiça local na revisão criminal.

- A incompetência *ratione loci* gera nulidade relativa, razão porque, se não argüida no momento processual oportuno - o que não ocorreu no caso -, a incompetência do juízo fica prorrogada, sanando-se, assim, essa nulidade.

- No concernente à incompetência *ratione materiae*, ela não se deu, pois, como salientou a Corte local, o crime de falsidade ideológica em causa foi praticado com o intuito de o ora paciente ocultar a própria identidade, sem o propósito de lesar o Poder Público Federal, sendo, assim, competente a Justiça Estadual, como já decidiu este Tribunal, ao julgar o RHC n. 60.574.

- *Habeas corpus* conhecido em parte, mas nela indeferido” (HC n. 74.275-SP, relator Min. Moreira Alves, DJ de 14.11.1996).

“Habeas corpus. Condenação por uso de documento falso. Código Penal, art. 304. Alegação de incompetência da Justiça Comum e de cerceamento de defesa.

- O fato delituoso espelhado na decisão condenatória e o de uso de documento falso, e não o de falsificação material, de modo que a circunstância de ter sido encontrado com o paciente falso CIC não é razão para deslocar a competência para a Justiça Federal.

Embora tenha funcionado na defesa do paciente defensor *ad hoc*, este atuou com a eficiência exigível, participando de todos os atos do processo, havendo apresentado defesa e apelado para o Superior Instância.

Ordem indeferida” (HC n. 68.898-SP, relator Min. Ilmar Galvão, DJ de 21.2.1992).

Isto posto, concedo a ordem de *habeas corpus* para, reconhecendo a incompetência da Justiça Federal, determinar a remessa dos autos ao Juízo da 3ª Vara Criminal de João Pessoa-PB.

É o voto.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Sr. Presidente, entendi bem a causa, mas tenho dificuldade em acompanhar o voto do eminente Ministro-Relator, porquanto a Seção tem decidido que, ao Juiz Federal, cabe definir se há ofensa a bens, serviços ou interesses da União e, no caso concreto, não só o juiz o definiu como também o Tribunal Regional.

Rogo vênia ao eminente Ministro-Relator, sem prejuízo das homenagens e do respeito que tributo a S. Ex^a, para denegar a ordem de *habeas corpus*.

Recurso em Habeas Corpus n. 11.180 - SP
(Registro n. 2001.0034499-2)

Relator: *Ministro Fernando Gonçalves*

Recorrente: *Natália dos Santos*

Advogada: *Débora Stipkovic Araújo (Defensora Pública)*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Paciente: *Natália dos Santos (menor)*

EMENTA: RHC - Adolescente - Ato infracional - Violência e grave ameaça à pessoa - Medida de internação - Exame - Prova - Inviabilidade - Liberdade provisória - Impossibilidade - Apelação - Efeito.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069/1990 - autoriza a aplicação da medida de internação na hipótese de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa. Inteligência do art. 122, I, da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

2. A análise da questão referente à nulidade da sentença, ao fundamento de a medida de internação não ter sido corretamente aplicada, tendo em vista o relatório psicossocial, bem como as provas testemunhais, que demonstram a menor participação da recorrente, importa em revolvimento do conjunto fático-probatório, vedado na via estreita do remédio heróico, devendo ser apreciada com maior profundidade quando do julgamento de apelação interposta.

3. Não representa constrangimento a manutenção da segregação até o julgamento final da apelação, pois na forma do art. 198, VI, do ECA o efeito suspensivo terá lugar (a) no

deferimento de adoção por estrangeiro e (b) quando, a juízo da autoridade judiciária, houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

4. Recurso ordinário 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 recurso. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Vicente Leal.

Brasília-DF, 13 de novembro de 2001 (data do julgamento). Ministro Fernando Gonçalves, Presidente e Relator.

Publicado no *DJ* de 4. 2. 2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de recurso ordinário interposto contra acórdão da Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, denegatório de ordem de *habeas corpus* impetrada em prol de Natália dos Santos, assim sintetizado, *verbis*:

"Habeas corpus. Arguição de invalidade da sentença por estar ela insuficientemente fundamentada, para aplicação de medida de internação, ante a prova produzida. É dado ao Magistrado o livre convencimento acerca da prova, podendo, em sua análise, considerar aquela de ordem judiciária, sem nenhum prejuízo. Não vige no sistema vigente a prova tarifada, de maneira que não há peso de valor entre as provas. No caso, o Magistrado valorou o contingente probante e não apenas um único ato. Ausência de constrangimento ilegal ou abuso de poder. Ordem denegada." (fl. 50).

Declinam as razões, em síntese, a existência de constrangimento, pois a medida de internação foi aplicada à adolescente primária, representada pela prática de ato infracional correspondente ao delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, por sentença insuficientemente fundamentada, em contrariedade, portanto, ao art. 122 do ECA. Pedem, por fim, a anulação do *decisum* ou a concessão de liberdade provisória, até o julgamento da apelação.

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): A irrisignação não merece prosperar.

A representação formulada contra a Recorrente foi acolhida, sendo-lhe aplicada a medida de internação por se tratar de ato infracional praticado com violência e grave ameaça à pessoa com emprego de arma de fogo (latrocínio e roubo), asseverando, então, o MM. Juiz de Direito, Carlos Eduardo Andrade Sampaio, *verbis*:

“O ato infracional atribuído às adolescentes é gravíssimo, praticado com uso de arma de fogo e em concurso de agentes, demonstrando a audácia e periculosidade das mesmas. Por outro lado, constata-se pelo teor dos relatórios psicossociais que as adolescentes estão envolvidas em más companhias, tendo os genitores perdido o controle sobre as mesmas, razão pela qual, verifica-se que a medida sócio-educativa cabível à espécie é a de internação, pois as adolescentes precisam de orientação e acompanhamento de técnicos especializados, carecendo de uma avaliação mais intensa, que somente poderá ser feita após um período diário de acompanhamento, sendo inaplicável, por ora, quaisquer das outras medidas sócio-educativas.” (fl. 22).

Assim, *ictu oculi*, verifica-se estar a medida de internação amparada pelo art. 122, I, da Lei n. 8.069/1990 e foi, como pronta resposta penal do Estado, imediatamente viabilizada.

Nesse contexto, a análise da questão referente à nulidade da sentença, ao fundamento de a medida de internação não ter sido corretamente aplicada, tendo em vista o relatório psicossocial, bem como as provas testemunhais, que demonstram a menor participação da Recorrente, importa em revolvimento do conjunto fático-probatório, vedado na via estreita do remédio heróico, devendo ser apreciada com maior profundidade quando do julgamento de apelação interposta.

Por fim, não representa constrangimento a manutenção da segregação até o julgamento final da apelação, pois, na forma do art. 198, VI, do ECA, o efeito suspensivo terá lugar (a) no deferimento de adoção por estrangeiro e (b) quando, a juízo da autoridade judiciária, houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

A propósito:

“Habeas corpus. ECA. Medida sócio-educativa de internação. Alegação de injustiça na imposição da medida que será examinada com profundidade em sede de apelação, ainda pendente de julgamento. Apelação. Efeitos.

Alegação de injustiça na aplicação de medida de internação que não pode ser examinada na via sumária do *habeas corpus*. Questão que será examinada com maior profundidade na sede própria, qual seja, o recurso de apelação, ainda pendente de julgamento.

A teor do disposto no art. 198, VI, do ECA, o recurso de apelação tem, em regra, apenas efeito devolutivo, sendo, excepcionalmente, conferido efeito suspensivo, a juízo da autoridade de judiciária. *In casu*, o magistrado negou o direito de apelar em liberdade com fundamento na garantia da ordem pública, acrescentando tratar-se de adolescente que esteve recolhida cautelarmente durante o curso de procedimento.

Ordem denegada.” (HC n. 12.884-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 7.8.2000).

“RHC. Adolescente. Ato infracional. Violência e grave ameaça à pessoa. Medida de internação. Apelação. Efeito.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069/1990 - autoriza a aplicação da medida de internação na hipótese de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa. Do mesmo modo, o recurso de apelação interposto contra a sentença condenatória nestas circunstâncias deve ser recebido apenas no efeito devolutivo. Inteligência dos arts. 122, I e 198, VI, da Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990.

2. Recurso ordinário improvido.” (RHC n. 8.254 - SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 17.5.1999).

“Processo Penal. Arguição de nulidade veiculada em apelação ainda não apreciada. Defesa deficiente. Menor infrator. Pena de internação.

1. O CPP adotou o princípio de que sem prejuízo não se anula nenhum ato processual. A defesa deficiente só

anulará o processo se disto resultar comprovado o dano ao acusado.

2. Só a nulidade evidente pode autorizar sua arguição em *habeas corpus*, hipótese inócua na espécie. Estando pendente de decisão a apelação interposta pelo adolescente, deve a pretendida nulidade ser apreciada em tal recurso. Sua internação, *si et in quantum*, é legal, em obediência ao que prevê o art. 112, VI, da Lei n. 8.069/1990 (ECA).

3. Recurso conhecido e improvido." (RHC n. 2.580 - SP, rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 2.8.1993).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Recurso em Habeas Corpus n. 11.670 - RS
(Registro n. 2001.0094038-0)

Relator: *Ministro Fernando Gonçalves*

Recorrente: *Miguel Juchem*

Advogados: *Luiz Carlos dos Santos e outro*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*

Paciente: *Miguel Juchem*

EMENTA: *Processual Penal - Inquérito policial - Dispensabilidade - Proposição de ação penal pública - Ministério Público - Investigação criminal - Possibilidade - Denúncia - Despacho de recebimento - Falta de fundamentação - Não-ocorrência - Inépcia - Inexistência - Crime em tese - Ação penal - Trancamento - Impossibilidade.*

1. Esta Corte tem entendimento pacificado no sentido da dispensabilidade do inquérito policial para propositura de ação penal pública, podendo o *Parquet* realizar atos investigatórios para fins de eventual oferecimento de denúncia, principalmente quando os envolvidos são autoridades policiais, submetidos ao controle externo do órgão ministerial.

2. O despacho que recebe a denúncia não contém carga decisória, examinando apenas as condições da ação e a caracterização, em tese, de infração penal, prescindindo, por isso mesmo, de fundamentação, assim entendida aquela preconizada pelo art. 93, IX, da Constituição Federal.

3. Revestida a denúncia dos requisitos do art. 41 do CPP, tendo sido suficientemente descritos os fatos delituosos, ensejando ao paciente possa, amplamente, exercer o seu direito de defesa, fica afastada qualquer alegação de sua inépcia.

4. Recurso 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 recurso. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Vicente Leal.

Brasília-DF, 13 de novembro de 2001 (data do julgamento). Ministro Fernando Gonçalves, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 4. 2. 2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Cuida-se de recurso ordinário contra acórdão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, denegatório de *habeas corpus* impetrado em favor de Miguel Juchem, assim ementado, *verbis*:

“Crime de responsabilidade de funcionário público. Base probatória para oferecimento da denúncia. Decisão judicial de recebimento da denúncia. Crime de concussão: exigência formal quanto à descrição do fato punível. Habeas corpus.

Nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos pode a denúncia ser oferecida com apoio em documentos ou justificações que façam presumir a existência do delito, dispensando-se o inquérito policial. Interpretação do art. 513 do CPP.

Pode o Ministério Público, com amparo nos poderes decorrentes de suas finalidades constitucionais e com base no que estabelece o art. 26 da Lei n. 8.625/1993, que dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, proceder a investigações destinadas a servir de base á eventual ação penal pública, atribuição que se inclui na ampla tarefa de fiscalização da boa aplicação da lei e que mais se justifica quando os envolvidos são autoridades ou agentes policiais, submetidos ao controle externo da Instituição.

Nos crimes cujo procedimento é regulado no Capítulo II do Título II, Livro II do CPP, o recebimento da

denúncia deve conter fundamentação sucinta, para evitar venha o juiz antecipar sua decisão final.

Quando na descrição dos fatos caracterizadores do crime de concussão é referido na inicial que o acusado exigiu para si, diretamente da vítima, a vantagem indevida, não é inepta, por falta de menção do fato caracterizador do elemento subjetivo especial do crime, a denúncia.

Habeas corpus denegado." (fl. 107).

Declinam as razões estar o Paciente sofrendo constrangimento ilegal, sob os seguintes fundamentos:

- a) ausência de competência do Ministério Público para proceder a investigações criminais, ensejadoras de eventual ação penal;
- b) falta de fundamentação do despacho de recebimento da denúncia;
- c) inépcia da inicial.

Apresentadas as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte, manifestando-se a douta Subprocuradoria Geral da República pelo improvimento do recurso, em parecer que guarda a seguinte ementa, *verbis*:

- "1. Recurso em *habeas corpus*. Trancamento da ação penal.
2. Inépcia da denúncia inexistente. Ausência de ilegalidade nas investigações procedidas pelo Ministério Público. Prescindibilidade do inquérito policial.
3. Despacho que recebe a denúncia, por não ter carga decisória, não necessita obedecer à obrigatoriedade de fundamentação contida no art. 93, IX, da CF.
4. Ausência de justa causa para a ação penal não verificada, *in casu*.
5. Parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso." (fl. 136).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): De início, no tocante ao primeiro fundamento deduzido pelo Recorrente, referente à impossibilidade de oferecimento de denúncia com base em investigações procedidas pelo Ministério Público, sem a ocorrência de inquérito policial, não merece prosperar a irresignação.

Com efeito, esta Corte tem entendimento pacificado no sentido da dispensabilidade do inquérito policial para propositura de ação penal pública, podendo o *Parquet* realizar atos investigatórios para fins de eventual oferecimento de denúncia, principalmente quando os envolvidos são autoridades policiais, submetidos ao controle externo do órgão ministerial, como ocorre na espécie.

Neste particular, valoroso acórdão do Tribunal de origem, *verbis*:

“Acontece que está nos autos, trazida com a inicial, cópia de resposta escrita do Réu à denúncia. Nesta peça processual se informa que quando os fatos que envolvem o Paciente chegaram ao conhecimento das autoridades policiais com hierarquia funcional superior ao paciente, foi determinada a abertura de inquérito policial, tendo este sido formalmente instaurado. Em dezembro de 1999, face ao rumo das investigações, o Secretário de Estado da Justiça e da Segurança encaminhou ao Dr. Procurador-Geral de Justiça as peças do inquérito em andamento, com a solicitação de que o Ministério Público prosseguisse nas investigações, e o concluisse. Se assim não se procedesse, a juízo do próprio Secretário de Estado, ‘comprometida restaria, aos olhos da opinião pública, a credibilidade do resultado desses dois inquéritos’.

Pode-se, portanto, concluir que a denúncia deduzida contra o Paciente se baseou em inquérito policial não concluído formalmente e em investigações complementares realizadas por agentes do Ministério Público a quem a lei confere tais atribuições.

Mesmo que assim não tivesse acontecido, é sabido que o inquérito policial não é procedimento indispensável a respaldar a denúncia, nos crimes de ação penal pública, particularmente”. (fl. 112).

A propósito:

“Constitucional. Processual Penal. Habeas corpus. Ministério Público. Funções institucionais. Investigação criminal suplementar. Notificação. Constrangimento ilegal. Inexistência.

- Segundo a moldura do art. 129 da Carta Magna, dentre as diversas funções institucionais do Ministério Público destaca-se aquela de promover, privativamente, a ação

penal e exercer o controle externo da atividade policial, podendo, para tanto, expedir notificações, requisitar diligências investigatórias e exercer outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade.

- Não constitui constrangimento ilegal a expedição de notificação pelo Ministério Público para ser o Paciente ouvido em procedimento investigatório onde se apura conduta que, em tese, configura abuso de autoridade.

- Recurso ordinário desprovido." (RHC n. 10.225-DF, rel. Min. Vicente Leal, *DJ* de 24.09.2001).

" Criminal. HC. Tráfico. Trancamento de ação penal. Atos investigatórios realizados pelo Ministério Público. Legalidade. Inquérito policial. Dispensabilidade. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Prisão preventiva. Decisão condenatória anulada. Custódia mantida. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

Não há ilegalidade nos atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações, e administrativos, visando ao oferecimento da denúncia.

A atuação do órgão ministerial não é vinculada à existência do inquérito policial - o qual pode ser eventualmente dispensado para a proposição da ação penal.

Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência, a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP - o que não se vislumbra *in casu* (...) Ordem denegada." (HC n. 125.675-MA, relator Min. Gilson Dipp, Quinta Turma. Decisão 3.4.2001. publicações *DJ* de 11.06.2001, p. 240)". (fl. 139).

De outro lado, quanto à ausência de fundamentação do despacho de recebimento da denúncia, não assiste razão ao Recorrente.

O despacho em apreço não contém carga decisória, examinando apenas as condições da ação e a caracterização, em tese, de infração penal, prescindindo, por isso mesmo, de fundamentação, assim entendida aquela preconizada pelo art. 93, IX, da Constituição Federal.

Nesse sentido:

“HC. Inépcia. Denúncia. Ausência. Fundamentação. Despacho. Recebimento. Inocorrência. Cerceamento de defesa. Ação penal. Trancamento.

1. O despacho que recebe a denúncia não contém carga decisória, examinando apenas as condições de ação e a caracterização, em tese, da infração penal. Precedentes.
2. Em sede de *habeas corpus*, conforme entendimento pretoriano, somente é viável o trancamento de ação penal por falta de justa causa quando, prontamente, desponta a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou se acha extinta a punibilidade. Precedentes.
3. Ordem denegada.” (HC n. 13.019-SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 25.9.2000).

Finalmente, no que tange à suposta inépcia da inicial, não merece reparos o acórdão recorrido:

“Por derradeiro, no entender dos ilustres impretantes, imprestável seria a denúncia porque, ao descrever o fato punível, o agente ministerial não teria esclarecido se a exigência da vantagem indevida endereçada ao contraventor seria ‘para si ou para outrem’. Tal impropriedade da inicial estaria a dificultar ou a impossibilitar a defesa do Paciente.

Penso que o defeito formal apontado não existe.

Está expresso na inicial que o Paciente teria exigido do contraventor, ‘para si’, a apontada vantagem indevida. A denúncia foi anteriormente aqui reproduzida e não deixa dúvida sobre a questão. Sendo assim, nenhuma ilegalidade ou abuso impede se prossiga na causa.” (fl. 115).

Assim, revestida a denúncia dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, tendo sido suficientemente descritos os fatos delituosos, ensejando ao Paciente possa, amplamente, exercer o seu direito de defesa, fica afastada qualquer alegação de sua inépcia.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Recurso Especial n. 328.982 - RS
(Registro n. 2001.0065705-7)

Relator: *Ministro Paulo Gallotti*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*

Recorrido: *José Nunes de Almeida*

Advogada: *Virgínia Ghisleni (Defensora Pública)*

EMENTA: *Processo Penal - Recurso especial - Crime hediondo - Comutação - Impossibilidade.*

Não é possível conceder a comutação de pena, que é uma espécie de indulto, aos crimes hediondos, a teor da vedação contida no art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.072/1990.

Recurso Especial conhecido.

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, conhecer do 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: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público fundamentado na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

" Agravo. Decreto n. 3.226/1999. Comutação de pena. Crime hediondo. Tráfico.

O decreto adotou a distinção entre os institutos da comutação e do indulto, expressamente negando este, mas concedendo aquele ao apenado, ainda que por crime hediondo, que preencha os requisitos elencados.

Precedente deste Relator: Agravo n. 70000691501.

Agravo desprovido." (fl. 57).

Alega o Recorrente, em síntese, negativa de vigência aos artigos 7º do Decreto n. 3.226/1999, e 2º, inciso I, da Lei n. 8.072/1990, ao argumento de que não é cabível a comutação da pena ao condenado por tráfico de entorpecentes, delito considerado hediondo, pois a comutação é uma espécie de indulto, do tipo parcial.

Contra-arrazoado o apelo especial, a Subprocuradoria Geral da República opina no sentido de seu provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Merece acolhida a irresignação.

Com efeito, é pacífica a compreensão desta Corte no sentido de que a comutação, por ser uma espécie de indulto, não se aplica aos crimes hediondos, a teor da vedação contida no art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.072/1990.

Veja-se os seguintes precedentes:

A - " Penal. Crime hediondo. Tráfico de entorpecentes. Indulto parcial (comutação de pena). Impossibilidade.

1. Nos expressos termos do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, os crimes hediondos não são suscetíveis de indulto, não podendo, por isso mesmo, o condenado por tráfico de entorpecentes ser beneficiado com comutação de pena que, na verdade, representa um indulto parcial. Precedentes do STJ.

2. Ordem denegada." (HC n. 17.183-RJ, relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 1.10.2001).

B - " Recurso especial. Decreto n. 3.226/1999. Indulto e comutação de pena. Crime classificado como hediondo.

1. Em sendo a comutação de pena uma das espécies de indulto, tem-se-na como incabível nos crimes hediondos, na letra do art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.072/1990.

2. Recurso conhecido e improvido." (REsp n. 285.446-SC, relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJU de 13.8.2001).

Do exposto, conheço do recurso para reformar o acórdão atacado, denegando ao ora recorrido, José Nunes de Almeida, o benefício da comutação da pena.

É como voto.

Conflito de Competência n. 26.818 - RS
(Registro n. 1999.0062942-6)

Relator: *Ministro José Arnaldo da Fonseca*

Autora: *Justiça Pública*

Réu: *Waldir João Kléber*

Suscitante: *Juízo Federal da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul*

Suscitado: *Juízo de Direito da 2ª Vara de Montenegro*

EMENTA: *Conflito de competência - Juízos Federal e Estadual - Inquérito policial - Crime de concussão (art. 316, CP) - Médico do SUS - Afetação somente a particular - Competência da Justiça Estadual.*

A possível prática do crime de concussão (art. 316 do CP), praticado por médico do SUS, teria afetado somente o respectivo paciente, uma vez cobrados dele, indevidamente, os honorários relativos à cirurgia coberta pelo SUS.

Hipótese que não se enquadra na descrição de competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, IV, da CF, porquanto ausente qualquer prejuízo a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias e empresas públicas.

Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Estadual, suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro Jorge Scartezzini, por maioria, conhecer do conflito e declarar competente o suscitado, Juízo de Direito da 2ª Vara de Montenegro, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini e Fontes de Alencar. Vencido o Sr. Ministro Gilson Dipp, que conheceu do conflito e declarou competente o Suscitante. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Edson Vidigal. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília-DF, 8 de novembro de 2000 (data do julgamento). Ministro Vicente Leal, Presidente. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no *DJ* de 12. 3. 2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de conflito de competência estabelecido entre o Juízo Federal da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Porto Alegre-RS, suscitante, e o Juízo de Direito da 2ª Vara de Montenegro-RS.

Instaurado inquérito contra Waldir João Kléber pela prática do crime de concussão, art. 316 do CP, o douto Juízo de Montenegro declinou de sua competência para a Justiça Federal de Nova Hamburgo (fl. 45), entendendo que o crime atenta contra o patrimônio da União, especificamente do SUS - Sistema Único de Saúde.

A douta 3ª Vara Federal de Nova Hamburgo, afirmando não ser o Município de Montenegro abrangido por sua circunscrição, determinou a remessa dos autos à circunscrição judiciária da capital (fl. 48).

Colacionando jurisprudência do egrégio STF e adotando parecer ministerial, o douto Juízo da 1ª Vara Criminal Federal da capital suscitou o presente conflito (fl. 54).

Em sua manifestação (fl. 58), o Ministério Público Federal opinou pela competência do Juízo Estadual suscitado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Conforme dispõe o art. 109, IV, da Carta da República, compete aos juízes federais processar e julgar "os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas".

A hipótese dos autos não se enquadra em tal dispositivo, pois, como visto, trata-se de inquérito policial instaurado para apurar o delito capitulado no art. 316 da Lei Penal substantiva, consistente na cobrança indevida de importâncias referentes a serviços médico-hospitalares (cirurgia) em paciente que teria descoberto que tal procedimento teria sido pago pelo SUS - Sistema Único de Saúde.

Com efeito, não se cuida de crime afeto à Justiça Federal, porquanto o delito objeto de investigação envolve obtenção de vantagem indevida por parte do agente em prejuízo do respectivo paciente, sem nenhuma violação aos interesses do SUS que teria efetivado o pagamento devido.

Note-se que a autarquia nada pagou a mais do que estava obrigada, a cobrança indevida pela cirurgia foi integralmente suportada pelo respectivo paciente, não se vislumbrando qualquer prejuízo à União Federal.

Finalmente, cito os seguintes precedentes desta Corte:

“Recurso em habeas corpus. Beneficiário do SUS. Cobrança indevida de honorários. Denúncia. Competência da Justiça Comum para julgar o feito.

Crime, em tese, de concussão, praticado por médico responsável por hospital conveniado dos SUS. Cobrança indevida que acarreta prejuízos ao particular, e não à União Federal.

Recurso parcialmente provido, para determinar seja o feito anulado a partir do recebimento da denúncia, com a remessa dos autos ao Juízo Comum, competente para o julgamento.” (RHC n. 8.174-RS, DJ de 22.3.1999, rel. Min. Edson Vidigal).

“Conflito de competência. Inquérito policial para apuração de eventual delito de concussão praticado por médico do SUS. Competência da Justiça Estadual.

A possível prática do crime de concussão (art. 316 do CP), praticado por médico do SUS, contra pacientes internados pelo SUS (cobrança indevida de taxas extras pela prestação de serviços médico-hospitalares), não se enquadra nas hipóteses de competência da Justiça Federal, previstas no art. 109, IV, da CF, porquanto ausente qualquer prejuízo a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias e empresas públicas, não se deslocando para a Justiça Federal a competência para apreciar o inquérito...” (CC n. 21.831-SP, DJ de 5.10.1998, minha relatoria).

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência do Juízo Comum Estadual, o suscitado.

VOTO-DIVERGENTE

O Sr. Ministro **Gilson Dipp**: Sr. Presidente, já firmei posicionamento, adotado pela Quinta Turma em dois casos recentes, julgados em 1999, no sentido de que, nos crimes de concussão cometidos por médicos que atendem a beneficiários do Inamps, INSS, SUS, ou por administradores de hospital credenciado à Autarquia, os agentes se enquadram na previsão do artigo 327 do Código Penal, pois a Administração Pública delega os serviços públicos de saúde do SUS aos particulares, que, por sua vez, passam a exercer função pública delegada. Além disso, se o hospital recebe verbas federais, há o interesse da União para apurar o suposto crime.

Cabe a ressalva de que, efetivamente, há posição, pelo menos em um acórdão desta Terceira Seção, de setembro de 1997, no sentido de que a competência para tal tipo de delito seria da Justiça Estadual.

Tal entendimento pode ser sintetizado no fato de que em tais casos – a que também o Sr. Ministro-Relator se referiu agora –, ao SUS, refiro-me aqui à União, não caberia qualquer prejuízo, pois este estaria restrito à esfera particular, ou seja, ao beneficiário, quando efetuou o pagamento do que não devia.

No entanto, a primeira crítica, modestamente, a ser feita, é no sentido de que se perde de vista o foco do tipo penal.

O crime de concussão é de natureza formal, razão pela qual se consuma com a mera exigibilidade da vantagem por parte do agente. O recebimento da vantagem exigida, consistente na diminuição patrimonial da vítima, é que se constitui em mero exaurimento do delito.

Atendendo-se à descrição do art. 316 do Código Penal, depreende-se que a exigência será efetuada por funcionário contra terceiro, levando-se em consideração a função que ocupa.

Portanto, difícil seria vislumbrar-se a ocorrência de prejuízo material ao ente federal. Assim, a melhor técnica não poderia exigir concorrência de prejuízo ou dano à União.

No entanto, no meu modo de ver, evidencia-se lesão ao interesse da União – ressalte-se que está escrito *interesse* na Constituição – no que respeita à fiel prestação de seus serviços, ainda que por agente delegado.

No caso do serviço de saúde, serviços médico-hospitalares, é preceito constitucional que tal serviço será gratuitamente prestado pelo Estado aos cidadãos, quando possível.

Uma vez que o agente tenha cobrado para a realização do serviço que se requereu gratuito, sendo tal gratuidade negada ao beneficiário, nada há que se argumentar com o fito de se afastar o interesse da União.

Dessarte, outro enfoque da questão consubstancia-se, também, na qualidade de funcionário público que deve ser atribuída ao agente. O Estado devedor do serviço gratuito e universal de saúde pública a seus cidadãos, estes identificados como beneficiários do SUS, por nem sempre dispor de instrumental próprio para a realização de seu mister, vale-se da delegação de uma função, precipuamente sua, a organizações ou agentes que, em seu lugar, passam a realizá-la, arcando, entretanto, com as despesas daí decorrentes. Inafastável, portanto, a idéia de que estes agentes exercem uma função pública delegada, em face do enquadramento permitido pelo art. 327 do Código Penal.

É importante, nesta oportunidade, trazer o conceito de funcionário público. Não aquele constante do estatuto pertinente. Mas a aquele conceito de funcionário público existente no diploma repressivo penal:

Art. 327 do Código Penal:

“Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.”

O parágrafo único deste dispositivo complementa:

“Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.”

Saliente-se que, conquanto este conceito esteja inserido no capítulo que cuida dos ilícitos cometidos por funcionários públicos contra a Administração em geral, tem aplicabilidade e valor para as demais infrações contidas no Código Penal, bem como nas suas leis extravagantes.

Assim, pela simples leitura do conceito de funcionário público adotado entre nós, observa-se, com clareza meridiana, que não só aqueles que ingressaram nos quadros da Administração Pública por meio de regular concurso, tendo sido investidos em seus cargos e remunerados pelos cofres públicos, estão sujeitos a praticar os delitos que ora examinamos.

Antes, pelo contrário, todos aqueles que, embora transitoriamente e sem remuneração, venham a exercer cargo, emprego ou função pública - aí estão tarefeiros, diaristas, mensalistas, nomeados a título precário -, também estão sujeitos. E até mais, todos aqueles que, como diz o Código, de qualquer forma, exerçam uma função pública, incluem-se nesse rol.

Mercê desse instrumento legal, amplia-se o conceito de funcionário público para fins penais. Trata-se, como se vê, de importante mecanismo para o controle dos crimes contra a Administração Pública.

Trago dois precedentes, ambos da minha relatoria e unânimes, da Quinta Turma, que têm o seguinte teor.

“Recurso ordinário em habeas corpus. Trancamento de ação. Concussão. Médico cadastrado no SUS. Justa causa para o prosseguimento do feito. Inépcia da denúncia. Competência da Justiça Federal. Ampliação do conceito de funcionário público. Função delegada. Lesão ao interesse da União. Recurso desprovido.

I - (...).

II - (...).

III - Compete à Justiça Federal o processo e julgamento de médicos cadastrados ao SUS que, no atendimento a

segurados da Autarquia, exercem função pública delegada, *ex vi* do amplo enquadramento permitido pelo art. 327 do CP.

IV- Inserem-se no conceito de funcionário público todos aqueles que, embora transitoriamente e sem remuneração, venham a exercer cargo, emprego ou função pública, ou seja, todos aqueles que, de qualquer forma, exerçam-na, tendo em vista a ampliação do conceito de funcionário público para fins penais.

V - Inobstante a descrição típica do art. 316 do CP não exigir o recebimento de vantagem indevida para a caracterização do delito de concussão - que é de natureza formal -, vislumbra-se a lesão ao interesse da União, no que respeita à fiel prestação de seus serviços, face ao preceito constitucional da gratuidade dos serviços de saúde pública, ressaltando-se, por outro lado, que o nosocômio particular efetivamente recebe verbas federais pelo convênio firmado.

VI - Recurso desprovido." (RHC n. 7.966-RS, DJ de 21.6.1999).

O outro, RHC n. 8.271-RS, também foi proferido no mesmo sentido.

Entendo, com a devida vênia dos que pensam em contrário, que a competência é da Justiça Federal para o conhecimento da matéria.

Portanto, conheço do conflito para declarar competente, para apreciar e julgar a causa, o Juízo da Vara Federal Criminal.

VOTO

O Sr. Ministro **Hamilton Carvalhido**: Sr. Presidente, ouvi atentamente a divergência tanto quanto o voto do ilustre Ministro-Relator. Tenho enorme dificuldade técnica em identificar a delegação que, com grande brilho, foi sustentada pelo Sr. Ministro **Gilson Dipp**.

Parece-me, à luz da Constituição da República, que, embora haja um Sistema Único da Saúde, não se constitui em competência exclusiva da União. Por outro lado, a partir dessa consideração, a delegação de competência encontra embargo no fato de que ela só pode existir, em faltando essa mesma competência ao seu destinatário. E ele a tem.

Por essas razões, pedindo vênia ao ilustre Ministro **Gilson Dipp**, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Sr. Presidente, pedi vista dos presentes autos para melhor apropriar-me da matéria.

Trata-se de conflito negativo de competência estabelecido entre o Juízo Federal da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Porto Alegre-RS e o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Montenegro-RS, em autos de inquérito policial instaurado para apurar possível prática de delito de concussão imputado a médico credenciado do SUS (Sistema Único de Saúde) que, ao realizar tratamento médico, exigiu do paciente, indevidamente, a quantia de R\$ 570,00 (quinhentos e setenta reais).

Compulsando os autos, observo que o médico Waldir João Kléber, ao realizar tratamento médico pelo SUS, exigiu de paciente, indevidamente, a quantia de R\$ 570,00 (quinhentos e setenta reais).

A conduta do acusado, apurada no inquérito policial, revelou seu interesse particular em obter vantagem indevida sobre paciente conveniado pelo Sistema Único de Saúde. A hipótese dos autos não alcança dimensão suficiente para justificar a competência da Justiça Federal, uma vez que o interesse que justifica a competência *ratione materiae* da Justiça Federal para o processamento e julgamento de crime de concussão se verifica quando o bem lesado é o patrimônio, a Administração ou interesses diretos da União Federal, de suas autarquias ou empresas públicas. *In casu*, o prejuízo atingiu o particular.

O eminente Ministro Ilmar Galvão; por ocasião do julgamento do HC n. 77.717-RS, delineou, em caso análogo, com precisão, a questão, *verbis*:

“O art. 109, IV, da Carta Federal fixa a competência dos juízes federais para o processo e julgamento dos crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas autarquias ou empresas públicas. A competência, portanto, é determinada diante das circunstâncias concretas da infração penal.

A questão alusiva à definição da Justiça competente para processar e julgar os ilícitos penais praticados por profissionais ou dirigentes de estabelecimentos credenciados contra os beneficiários da Previdência Social envolve aspectos específicos, decorrentes da própria peculiaridade da assistência médica no âmbito da Previdência Social.

Os serviços de assistência médica têm sido atendidos pela iniciativa privada mediante convênios. Dessa forma, se um estabelecimento hospitalar credenciado venha a exigir do segurado uma diferença hospitalar, e ainda que essa diferença venha a ser considerada como

ilícito penal, isso não afetaria bens e serviços de autarquia, porquanto produziu resultado danoso apenas para segurado, não atingindo o patrimônio público.”

Considero, portanto, irretocáveis os argumentos expendidos pelo ilustre Relator, quando ponderou:

“Conforme dispõe o art. 109, IV, da Carta da República, compete aos juízes federais processar e julgar ‘os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas’.

A hipótese dos autos não se enquadra em tal dispositivo pois, como visto, trata-se de inquérito policial instaurado para apurar o delito capitulado no art. 316 da Lei Penal substantiva, consistente na cobrança indevida de importâncias referentes a serviços médico-hospitalares (cirurgias) em paciente que teria descoberto que tal procedimento teria sido pago pelo SUS – Sistema Único de Saúde.

Com efeito, não se cuida de crime afeto à Justiça Federal, porquanto o delito objeto de investigação envolve obtenção de vantagem indevida por parte do agente em prejuízo do respectivo paciente, sem nenhuma violação aos interesses do SUS que teria efetivado o pagamento devido.

Note-se que a Autarquia nada pagou a mais do que estava obrigada, a cobrança indevida pela cirurgia foi integralmente suportada pelo respectivo paciente, não se vislumbrando qualquer prejuízo à União Federal.”

Outrossim, este tem sido o entendimento pacífico desta egrégia Terceira Seção. A propósito, cito como exemplo o seguinte aresto:

“*CC. Constitucional. Conflito de competência. Competência. Serviço médico. SUS.* Compete ao Juízo Estadual processar e julgar crime por exigência de pagamento por serviço médico, ou hospital que mantenha convênio com o SUS, ou recusa atendimento de urgência médica.” (CC n. 18.740-MG, rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 28.4.1997).

Por tais fundamentos, *acompanho o Relator para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara de Montenegro.*

É como voto.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

*Recurso Especial n. 138.396 - SC
(Registro n. 97.0045364-2)*

Relator: *Ministro Cesar Asfor Rocha*
Recorrente: *Dissenha S/A Indústria e Comércio*
Advogados: *Danielle Laginski e outros*
Recorrido: *Marcoplan Empreiteira de Obra Ltda*

EMENTA: *Falência - Não-cabimento como via substitutiva da ação de cobrança - Indeferimento da inicial - Irregularidade do protesto - Reexame do suporte fático - Precedentes.*

O protesto irregular justifica o não-seguimento da ação de falência, que não deve ser usada como instrumento coercitivo de pronto pagamento.

O recurso especial não se presta ao reexame dos pressupostos fáticos da causa.

Recurso especial 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. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior e Barros Monteiro. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 21 de fevereiro de 2002 (data do julgamento). Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente e Relator.

Publicado no *DJ* de 20.5.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Contra sentença que indeferiu a petição inicial de ação de falência, a Autora, ora recorrente, apelou sem sucesso ao egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Do voto-condutor do v. aresto recolho os seguintes fundamentos:

“O Requerente da falência não anexou comprovante do indispensável regular protesto, por isso que a respectiva notificação foi por carta registrada, não se sabendo se o representante legal foi, ou não, notificado. Bastaria a circunstância para o indeferimento da vestibular. Além

disso, o Oficial, em nova diligência, notificou terceiro. De qualquer modo, como observou o digno Magistrado, a Requerente concluiu por pedir a quantia que lhe é devida, utilizando claramente o processo falimentar como forma coercitiva de pronto pagamento." (fl. 55).

Daí o recurso especial, fundamentado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, alegando dissídio pretoriano e contrariedade ao disposto nos artigos 883 do Código de Processo Civil; 1º, 9º, 10, 11 e 13 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, porquanto regular o protesto, sendo desnecessária a intimação pessoal do representante legal da devedora, constituindo o pedido de falência exercício regular de direito diante do estado falimentar da devedora.

Sem contra-razões, o recurso foi admitido na origem.

Parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Subprocurador-Geral da República Dr. Francisco Adalberto Nóbrega, pelo não-conhecimento do recurso ante a incidência da Súmula n. 7 deste Sodalício, vez que "para apurar se a pessoa que recebeu a correspondência relativa ao protesto era ou não representante legal da empresa ou, ainda, se a mesma possuía poderes para receber correspondências em substituição ao mesmo, temos, em síntese, que se faz obrigatório o reexame do acervo probatório" (fl. 213).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): O v. acórdão recorrido está em harmonia com a orientação dominante nesta Corte, segundo a qual a irregularidade no protesto impede o prosseguimento do pedido de falência.

E, assentando o egrégio Tribunal de origem que o protesto foi irregular, para o acolhimento do recurso faz-se necessária a inversão desse pressuposto fático.

No recurso especial, como cediço, não se reexamina prova, devendo as circunstâncias da causa serem tidas na versão do acórdão recorrido que, soberanamente, decide a respeito delas.

Em verdade, "eventual equívoco do acórdão, relativamente à matéria de fato, não pode ser corrigido em recurso especial", conforme correta colocação do eminente Ministro Eduardo Ribeiro, in Ag. n. 4.277-SP (AgRg), DJ de 19.11.1990.

Como invocado pelo *Parquet* Federal, o revolvimento do suporte fático-probatório é expressamente vedado na via especial, a teor do Verbete n. 7 da Súmula desta corte ("a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial").

Ademais, nenhuma a perspectiva de êxito do especial à luz da jurisprudência assente neste Superior Tribunal de Justiça, exemplificada pelos

seguintes julgados:

"Falência. Protesto. Intimação da devedora. A falta de prova da intimação da devedora desqualifica o ato de protesto como pressuposto do pedido de falência. Precedentes. Recurso não conhecido." (REsp n. 167.137-SC, DJ de 8.5.2000, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar).

"Falência. Protesto.

Sendo o protesto precedido de notificação, a regularidade dessa exige seja identificada a pessoa que a recebeu. A falta leva a que não se possa, com base naquele título, pedir-se falência." (REsp n. 109.678-SC, DJ de 23.8.1999, relator Ministro Eduardo Ribeiro).

"Falência. Protesto. Intimação.

A falência, instituto que tem sido desvirtuado para servir de instrumento coativo à cobrança de dívidas, não pode ser deferida se não atendidas rigorosamente as exigências formais.

Afirmada a irregularidade do protesto, ausente a identificação da pessoa que recebeu a intimação, descabe reapreciar o tema em recurso especial. Precedentes.

Recurso não conhecido." (REsp n. 157.637-SC, DJ de 13.10.1998, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar).

"Falência. Protesto. Intimação.

Reconhecida no acórdão recorrido a inexistência de prova de que a comunicação do protesto tenha sido feita na pessoa de prepostos ou de representante legal da devedora, descabe reapreciar a matéria no recurso especial.

Recurso não conhecido." (REsp n. 112.931-SC, DJ de 18.8.1997, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar).

"Falência. Caracterização. Protesto cambial. Duplicata. Validade. Irregularidade na efetivação do protesto. Súmula-STJ, enunciado n.7.

II - As circunstâncias fáticas definidas nas instâncias ordinárias, no sentido da irregularidade na efetivação do protesto cambial, de sorte a torná-lo inservível para instruir o requerimento da falência, não podem ser

revistas na instância especial, mercê do veto contido no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte." (REsp n. 50.827-GO, DJ de 10.6.1996, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Posto isso, não conheço do recurso.

Recurso Especial n. 164.874-RS
(Registro n. 1998.0012223-0)

Relator: *Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Estado do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Cláudio Varnieri e outros*

Recorrido: *Calçados Limeise Ltda (massa falida)*

Representado por: *Oswaldo Balpardo (Síndico)*

Advogado: *Ernesto Flocke Hack*

EMENTA: *Processual Civil - Execução fiscal - Falência - Penhora realizada antes da quebra - Garantia dos créditos preferenciais - CTN, artigos 186 e 187 - Lei n. 6.830/1980, arts. 5º e 29 - Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 63, XVI.*

1. A quebra, por si, não paralisa o processo de execução fiscal, não desloca a competência o juízo da falência, nem desconstitui a penhora realizada anteriormente à decretação da falência, continuando até a alienação dos bens sob constrição. O resultado é que se subordina à concorrência preferencial dos créditos, conforme a ordem estabelecida legalmente.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Garcia Vieira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília-DF, 5 de abril de 2001. (data do julgamento). Ministro José Delgado, Presidente. Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no *DJ* de 19.11.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: O egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul constitui aresto assim sumariado:

“ Comercial e Tributário. Falência. Execução fiscal. Pretendida imunidade do crédito tributário aos efeitos da quebra, em especial no que relativo à ordem dos pagamentos. Inteligência do art. 29 da Lei n. 6.830/1980 e da Súmula n. 44 do extinto TFR. Valores obtidos em alienação procedida na execução singular.

1. Se a execução precede à quebra, não se arrecadam os bens já penhorados e o valor apurado na alienação daqueles deve ser entregue ao juízo da falência para que, incorporado ao monte, venha distribuído conforme as preferências e as força da massa. 2. Se a execução é posterior, seu prosseguimento vai até e apenas a penhora no rosto dos autos. 3. E assim porque, eventualmente, no interesse da massa e preservadas as preferências, pode, em tese, concorrer conveniência (para massa) de oferta de pagamento. 4. Em tal não ocorrendo, feita a penhora no rosto dos autos, suspende-se a execução, aguardando a alienação a ser efetivada pelo juízo competente, no caso, o falimentar. 5. Reputam-se nulos os atos praticados na execução fiscal, a partir da penhora do bem arrecadado. 6. Agravo improvido.” (fl. 53).

Inconformado, o Estado interpôs recurso especial, com base no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, sob a alegação de negativa de vigência ao artigo 29 da Lei n. 6.830/1980, bem como dissídio com a Súmula n. 44 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Transcorreu *in albis* o prazo para apresentação de contra-razões.

O nobre 1º Vice-Presidente admitiu o processamento do especial, em decisão vazada nos termos, a saber:

“II - A razão assiste ao Recorrente.

Com efeito, a destinação, ao juízo falimentar, do numerário proveniente da alienação de bens penhorados pela Fazenda Pública é questão que está a merecer trânsito à Superior Instância.

Ocorre que, na medida em que a Lei n. 6.830/1980 não aponta exceção à citada prerrogativa do Fisco, o procedimento do colegiado, em que pese os notáveis

fundamentos expendidos, os quais, sem dúvida, merecem consideração, viabiliza a tese esposada pela suplicante.

Trata-se de penhora realizada antes da decretação da falência, onde já houve destaque do bem do patrimônio do devedor.

Não indicando a lei qualquer critério para solver o conflito, não se deve olvidar a orientação do antigo Tribunal Federal de Recursos (Súmula n. 44), acatada, ainda hoje, pela jurisprudência.

Se a penhora foi efetuada antes da declaração de falência, o síndico nomeado não poderá arrecadar os bens penhorados em processo de execução fiscal, devendo o resultado da hasta pública ser destinado ao abatimento da dívida fiscal.

Nesse sentido, anota-se o seguinte precedente:

'Execução fiscal. Penhora anterior à quebra. Créditos que preferem aos tributários. Ajuizada a ação fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar (TFR - Súmula n. 44, 1ª parte).

Existindo créditos que preferem os tributários, serão habilitados nos autos da execução fiscal, a cujo autor destinar-se-á o saldo do concurso daí resultante.

Agravo provido.' (AI n. 403.836, TRF - 4ª Região, rel. Juiz Ari Pargendler, DJU de 4.5.1994, p. 20.638).

No mesmo sentido: AC n. 424.744, TRF - 4ª Região, DJU de 20.5.1992, p. 13.360; AI n. 401.039, TRF - 4ª Região, DJU de 18.12.1991, p. 32.657.

Dessa forma, embora os sólidos argumentos da decisão guerreada, não há como desconsiderar a orientação acima referida, sendo recomendável o exame da matéria pelo colendo Tribunal *ad quem*, a quem compete a última palavra acerca da aplicação e interpretação da lei federal.

Pela alínea c, de igual forma, o recurso merece chancela, eis que o dissídio jurisprudencial acha-se demonstrado." (fls. 76/77).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Pela métrica das informações colhidas revela-se que, em sede de agravo de instrumento, o desafiado v. acórdão sumariou na ementa:

“ Comercial e Tributário. Falência. Execução fiscal. Pretendida imunidade do crédito tributário aos efeitos da quebra, em especial no que relativo à ordem dos pagamentos. Inteligência do art. 29 da Lei n. 6.830/1980 e da Súmula n. 44 do extinto TFR. Valores obtidos em alienação procedida na execução singular. 1. Se a execução precede à quebra, não se arrecadam os bens já penhorados e o valor apurado na alienação daqueles deve ser entregue ao juízo da falência para que, incorporado ao monte, venha distribuído conforme as preferências e as força da massa. 2. Se a execução é posterior, seu prosseguimento vai até e apenas a penhora no rosto dos autos. 3. E assim porque, eventualmente, no interesse da massa e preservadas as preferências, pode, em tese, concorrer conveniência (para massa) de oferta de pagamento. 4. Em tal não ocorrendo, feita a penhora no rosto dos autos, suspende-se a execução, aguardando a alienação a ser efetivada pelo juízo competente, no caso, o falimentar. 5. Reputam-se nulos os atos praticados na execução fiscal, a partir da penhora do bem arrecadado. 6. Agravo improvido.” (fl. 53).

Demonstrando aberto inconformismo, adveio o despique recursal, além da divergência jurisprudencial, sustentando contrariedade ao art. 29, Lei n. 6.830/1980.

Presentes os requisitos de admissibilidade, o recurso pode ser conhecido.

Desembaraçado o exame, de pronto, amolda-se à espécie o forte somido da Súmula n. 44 -TFR, *verbis*.

“ Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico.”

Pois bem; nessa lida, iterativamente, a jurisprudência desta Corte avivou essa compreensão. Entre outros precedentes, confira-se:

“Execução fiscal. Falência. Decretação.

1. Quando já está em curso a execução fiscal e, posteriormente, dá-se a quebra da executada, permanece o produto da arrematação sob a égide daquele processo.
2. O juízo da falência não alcança execução fiscal já aparelhada, devendo, se for o caso de credor preferencial, colocar-se este na ordem de preferência do seu crédito.
3. O produto da arrematação não deve ser posto à disposição da massa falida.
4. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 74.471-RS, rel. Min. José Delgado, in *DJU* de 2.9.1996);

“Processo Civil. Execução fiscal. Penhora de bens. Quebra superveniente do devedor.

Sobrevindo a quebra do devedor, após a penhora de bens, a execução fiscal prossegue até o pagamento do crédito da Fazenda Pública, o qual se subordina, no próprio juízo da execução fiscal à concorrência preferencial dos créditos trabalhistas.

Recurso especial conhecido e provido em parte.” (REsp n. 84.732-RS, rel. Min. Ari Pargendler, in *DJU* de 17.2.1997);

“Processual Civil. Execução fiscal. Massa Falida. Bens penhorados. Arrematação. Destinação do valor arrecadado. Lei n. 6.830/1980 (arts. 5º e 29). Súmula n. 44-TFR.

1. A quebra, por si, não paralisa o processo de execução fiscal, não desloca a competência para o juízo da falência, nem desconstitui a penhora realizada anteriormente à decretação da falência. Aparelhada a execução fiscal, o produto da arrematação não é colocado à disposição da massa falida. (REsp n. 74.471-RS, rel. Min. José Delgado, in *DJU* de 29.9.1996; REsp n. 84.732-RS, rel. Min. Ari Pargendler, in *DJU* de 17.2.1997; REsp n. 84.884-MS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, in *DJU* de 8.4.1996; REsp n. 94.796-RS, rel. Min. Milton Luiz Pereira, julgado em 21.8.1997).

2. Embargos rejeitados.” (EREsp n. 109.705-RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rel. p/ acórdão Min. Milton Luiz Pereira, in *DJU* de 31.5.1999);

“Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Adjucação de bem penhorado. Falência posteriormente decretada. Inteligência dos artigos 29 da Lei n. 6.830/1980 e 178 do CTN e aplicabilidade da Súmula n. 44 do extinto TFR. Precedentes jurisprudenciais.

Se, na execução fiscal, a adjucação do bem penhorado ocorreu anteriormente à falência, o bem penhorado ficará sujeito àquele processo (o de execução fiscal). Precedentes jurisprudenciais de ambas as Turmas de Direito Público deste STJ.

Recurso provido. Decisão unânime.” (REsp n. 149.831-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, in DJU de 22.2.1999).

Com efeito, a cobrança judicial da dívida ativa não se expõe à habilitação dos seus créditos ou a concurso de credores em falência, por isso, continuando a execução fiscal iniciada (art. 29, Lei n. 6.830/1980; art. 187, CTN). O produto da alienação é que se subordina à concorrência com os créditos preferenciais explicitados em Lei. Logo, o seguimento da execução fiscal para o juízo falimentar ou a transferência ampla do produto da arrematação, sem dúvidas, anula os efeitos de expressas disposições legais.

Na confluência dessa ordem de idéias, *voto provendo o recurso*, assegurando a continuação do processo adstrito à execução fiscal no juízo onde originariamente a ação foi instaurada, ficando subordinado o resultado à concorrência preferencial dos créditos, conforme a ordem estabelecida legalmente.

É o voto.

*Recurso Especial n. 343.798-SP
(Registro n. 2001.0106707-5)*

Relator: *Ministro Ari Pargendler*

Recorrente: *Sharp do Brasil S/A - Indústria de Equipamentos Eletrônicos*

Advogados: *Maria Helena Spuras Stella e Carlos Alberto da Penha Stella*

Recorrido: *Compumarket Consultoria e Sistemas Ltda*

Advogados: *Patrícia Schneider e outros*

EMENTA: *Comercial - Concordata preventiva - Deferimento - Efeito sobre as execuções anteriormente propostas contra o devedor.*

Sobrevindo a quebra da devedora, a execução endereçada contra ela já não pode prosseguir, com a conseqüente insubsistência da penhora; se esta recaiu em dinheiro, o numerário deve ser imediatamente devolvido ao concordatário,

que permanece administrando seu negócio, embora sob o controle judicial.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília-DF, 2 de maio de 2002 (data do julgamento). Ministro Ari Pargendler, Presidente e Relator.

Publicado no *DJ* de 10.6.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão proferido pela egrégia Sétima Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, relator o eminente Juiz Sebastião Alves Junqueira, assim ementado:

“Processo. Embargos à execução. Embargante beneficiária da concordata preventiva. Suspensão dos embargos. Inteligência do art. 161, § 1º, inc. II, do Decreto-Lei n. 7.661/1945. Recurso provido para este fim.” (fl. 163).

Opostos embargos de declaração (fls. 166/168), foram rejeitados (fl. 176).

Seguiu-se recurso especial, interposto por Sharp do Brasil S/A - Indústria de Equipamentos Eletrônicos, com base no art. 105, inciso III, letra a, da Constituição Federal, por violação aos artigos 70, § 4º, e 161, § 1º, II, do Decreto-Lei n. 7.661, de 1945 (fls. 178/189).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Os autos dão conta de que Compumarket Consultoria e Sistemas Ltda propôs ação de execução contra Sharp do Brasil S/A - Indústria de Equipamentos Eletrônicos (fls. 50/52).

Sharp do Brasil S/A - Indústria de Equipamentos Eletrônicos opôs embargos do devedor (fls. 114/120).

Nos autos dos embargos, a Embargante peticionou nestes termos:

“...como amplamente noticiado na imprensa, a executada Sharp do Brasil impetrou concordata em março deste ano (cf. doc. 1), tendo sido publicado na última sexta-feira o despacho que ordenou o processamento da concordata, conforme decisão do MM. Juízo da 39ª Vara Cível.

...

Assim, considerando o fato novo e relevante, que ora se noticia – o deferimento do processamento do pedido de concordata preventiva das executadas, perante o MM. Juízo da 39ª Vara Cível desta Capital e as conseqüências dela advindas – requer a V. Exª se digne ordenar:

(a) a imediata suspensão da execução e dos respectivos embargos; e (b) a liberação da penhora, aqui dos autos, consubstanciada no bloqueio do saldo de R\$ 228.961,76, que existia na Conta-corrente n. 271.375/6, Ag. 154, Guarulhos, do Banco Bradesco, expandindo-se, para tanto, ofício ao Banespa, Ag. 0104, a fim de que transfira os valores constantes na conta judicial, de que trata a guia de fl. 242, para a conta-corrente n. 784.963-5, Ag. 039, do Banco de Crédito Nacional – BCN, em nome da Sharp do Brasil S/A – Indústria de Equipamentos Eletrônicos.” (fls. 81 e 83/84).

Compumarket Consultoria e Sistemas Ltda impugnou tal pedido (fls. 110/112).

O MM. Juiz de Direito proferiu a seguinte decisão:

“Acolho os argumentos da exequente para reconhecer que até a decisão dos embargos não há falar em suspensão da execução por força do deferimento do pedido de concordata.” (fl. 15).

Sharp do Brasil S/A – Indústria de Equipamentos Eletrônicos interpôs agravo de instrumento (fls. 2/13), que foi provido nos seguintes termos, *in verbis*:

“Trata-se de ação executiva com base em duplicata de serviços cuja execução a Agravante tem em vista suspender por efeito da concordata de que se tornou beneficiária; o magistrado, todavia, afirma que a suspensão ocorreria após julgamento dos embargos.

A princípio, a execução já está suspensa por efeito dos embargos, segundo dispõe o art. 739, § 1º, do Código de Processo Civil; mas a determinação da suspensão dos embargos em razão da concordata é medida que se impõe por efeito do que dispõe o art. 161, § 1º, inc. II, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, visto que se tem assente que os embargos são uma ação declaratória incidental:

‘Sua natureza jurídica é de uma ação de cognição incidental, de caráter constitutivo, conexa à execução por estabelecer, como ensina CHIOVENDA, uma relação de causalidade entre a solução do incidente e o êxito da execução.’ (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Processo de Execução* - 18ª Execução Definitiva, pp. 428/429, Leud).

Portanto, se o art. 161, § 1º, inc. II, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, determina a suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor, por créditos sujeitos aos efeitos da concordata, os embargos têm que ser suspensos, não esquecendo a exequente que pode habilitar seu crédito na concordata.

Por tais razões, dá-se provimento ao recurso para determinar a suspensão dos embargos, enquanto presentes estas condições.” (fl. 163).

Sharp do Brasil S/A - Indústria de Equipamentos Eletrônicos opôs embargos de declaração ao argumento de que “Essa egrégia Câmara, como não poderia deixar de fazer, deu, por unanimidade, provimento ao respectivo agravo, ordenando fossem suspensos os embargos - a execução, na verdade, já estaria suspensa pela oposição deles - sem, contudo, manifestar-se, expressamente, sobre a liberação da penhora que se efetivou nos autos do feito executório” (fl. 167).

Os embargos foram rejeitados, tendo o Tribunal *a quo* assim se manifestado a respeito do tópico embargado:

“... quanto ao levantamento da penhora, o que a lei autoriza, no caso dos autos, é a suspensão da execução, e como corolário, dos embargos, não o levantamento da penhora.” (fl. 176).

Seguiu-se, então, recurso especial, por violação aos artigos 70, § 4º, e 161, § 1º, II, do Decreto-Lei n. 7.661, de 1945 (fls. 178/189).

Computmarket Consultoria e Sistemas Ltda, em suas contra-razões, dentre outras alegações, afirmou ser deserto o recurso especial interposto por Sharp do Brasil S/A - Indústria de Equipamentos Eletrônicos (fls. 197/204).

Art. 511 do Código de Processo Civil.

O recurso especial não está deserto, pois como dispõe o artigo 112 do Regimento Interno desta Corte: "No Tribunal, não serão devidas custas nos processos de sua competência originária ou recursal".

E o porte de remessa e retorno foi recolhido, inclusive a maior, conforme comprova guia de fl. 190.

Registre-se que o próprio Presidente do Tribunal *a quo* já afastou a alegada deserção (fl. 205).

Artigo 70, § 4º, do Decreto-Lei n. 7.661, de 1945.

Tal dispositivo legal carece do necessário prequestionamento (Súmula n. 282 do STF).

Artigo 161, § 1º, II, do Decreto-Lei n. 7.661, de 1945.

O desate da questão depende de saber se, com a suspensão de todas as ações e execuções, resultante do processamento da concordata preventiva, subsistem os atos de constrição nelas realizados.

De acordo com a doutrina mais abalizada, sim (JOSÉ DA SILVA-PACHECO, "*Processo de Falência e Concordata: Comentários à Lei de Falências: Doutrina, Prática e Jurisprudência*", 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, pp. 652/653), *in verbis*:

"Insta salientar que todos os credores quirografários anteriores à concordata sujeitam-se a ela quer se habilitem, quer não se habilitem, vencendo-se aí todos esses créditos. Se houver credores sujeitos à concordata com ação em juízo, que tenha como objeto receber créditos sujeitos à concordata, essa ação, qualquer que seja ela, fica suspensa. A execução, igualmente, fica suspensa.

Se houve penhora, na execução suspensa, e o bem penhorado estava sob a guarda e depósito de outrem, ainda que depositário judicial, cessa o depósito. O depositário, se algo tem a receber, é do autor-exequente. Este, por sua vez, pode declarar o crédito. São despesas que fez para receber o crédito, aumentando-lhe o valor.

Pergunta-se: e o bem penhorado, o que fazer dele? Como proceder com relação a ele? Na falência, consoante o art. 24, igualmente, suspendem-se as ações e execuções. Por isso, os bens penhorados em outro juízo entram para a massa cumprindo ao juiz deprecar ao juízo da execução a entrega deles (art. 70, § 4º). Na falência, há a

arrecadação ou penhora geral e total dos bens do falido. Na concordata, não há penhora de bens; há, apenas, controle de administração dos bens e indisponibilidade deles pelo concordatário. Por isso, na falência, compete ao síndico requerer ao juiz que peça ao juiz da execução a entrega desses bens para serem arrecadados, apanhados, apreendidos, inventariados no juízo da falência.

Na concordata, porém, isso não ocorre. Os bens não precisam ser apreendidos, apanhados, arrecadados, relacionados e inventariados no juízo falimentar; continuarão em poder do concordatário, que poderá administrá-los, sob fiscalização, e deles não poderá dispor. Assim, se os bens penhorados estavam e ainda estão em poder ou em mãos do próprio executado e concordatário, cessando a execução, cessa a penhora e a apreensão judicial, continuando os bens em poder do concordatário, sem qualquer outro controle que o do juízo da concordata. Não há, pois, necessidade de carta de vênias para a entrega dos bens, à semelhança do que ocorre com a quebra, tal como previsto no art. 70, § 4º. Se os bens penhorados, porém, não estão em poder do executado-concordatário, mas se encontram em poder de terceiro, bancos ou depositários, ainda assim a carta de vênias é desnecessária. A sentença do art. 161, § 1º, é mandamental. Na própria sentença, o juiz manda a suspensão. Basta a sentença para que a entrega seja efetuada."

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento nos termos do pedido de fl. 84, letra b.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Srs. Ministros, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator pelas razões de ordem prática sublinhadas por S. Ex^a, considerando que, no caso, na realidade, existe uma incompatibilidade entre a titularidade do concordatário de administrar o seu patrimônio, a manutenção do dinheiro como garantia da execução e a dita suspensão do processo em decorrência da concordata. Em um cenário como esse, de fato, não há caminho mais consentâneo com a realidade do que autorizar o levantamento do dinheiro, sendo que tal importância ajudará o concordatário a cumprir a concordata, objetivo este que tem mais força do que qualquer outro diante do Direito Positivo brasileiro.

Com essas razões, conheço do recurso especial e lhe dou provimento.

JURISPRUDÊNCIA
COMENTADA

O Supremo Tribunal Federal e a impossibilidade de o Ministério Público praticar atos investigatórios preparatórios à ação penal: uma decisão infeliz e contrária à moderna tendência processual penal.

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA (*)

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento unânime do recurso em *habeas corpus* de nº 81.326-DF, em 06 de maio de 2003, tendo por relator o eminente Ministro Nelson Jobim, prolatou acórdão cuja ementa ora se transcreve:

“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 à publicidade, não foi examinada no STJ. Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes.

2. INQUIRÇÃO 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, inciso VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade de o *Parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime, mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes”¹.

¹ A ementa do acórdão citado foi colhida na seção *transcrições* do Informativo de nº 314 do Supremo Tribunal Federal, sendo o julgamento noticiado no Informativo de nº 307 daquela Egrégia Corte (“A Turma deu provimento a recurso ordinário em *habeas corpus* para reformar decisão do STJ que entendera válida a requisição expedida pelo Ministério Público do Distrito Federal para que o recorrente, delegado de polícia, comparecesse ao Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial para ser interrogado em procedimento administrativo investigatório supletivo. Considerou-se que o Ministério Público não tem poderes para realizar diretamente investigações, mas sim requisitá-las à autoridade policial competente, não lhe cabendo, portanto, inquirir diretamente pessoas suspeitas da autoria de crime, dado que a condução do inquérito policial e a realização das diligências investigatórias são funções de atribuição exclusiva da polícia judiciária”). O acórdão, até a presente data, não foi publicado.

Referida decisão, como se tentará demonstrar, não se amolda a uma das tendências contemporâneas do Direito Processual Penal, qual seja, a de transferir ao titular do exercício da ação penal pública o poder de não somente controlar mas também de realizar investigações pré-processuais. Tampouco resiste à interpretação sistemática do texto da Lei Magna de 1988, ou mesmo ao que dispõe a legislação editada *em conformidade* com o anseio do constituinte. Assim, para o desenvolvimento do tema, far-se-á uma abordagem sobre os sistemas de investigação preliminar que os principais ordenamentos processuais vêm adotando, com a análise de seus benefícios e desvantagens no âmbito da persecução criminal. Incursão particular merecerá o modelo adotado no Brasil, consoante o disposto na Constituição da República de 1988, bem como na legislação que lhe seguiu, levando-se em conta ainda a interpretação que lhes têm dado a doutrina. Finalmente, levar-se-á em conta o entendimento esposado pelos Tribunais brasileiros, que, em sua esmagadora maioria, são contrários à tese adotada na citada decisão do Supremo Tribunal Federal.

1. Os sistemas de investigação preliminar. Visando a tornar efetiva a persecução criminal, os ordenamentos jurídicos adotam, guardadas as devidas peculiaridades, diferentes sistemas de investigação preliminar², regulamentando a maneira pela qual a apuração das infrações penais e de seus autores será levada a efeito, e atribuindo a determinados órgãos estatais a sua realização.

Ordenamentos há que conferem primazia ao Poder Judiciário no tocante à tarefa de investigar preliminarmente a ocorrência das infrações penais, destacando-se a figura do "Juiz instrutor"³. É o que se passa em linhas gerais, *v. g.*, na Espanha, segundo o disposto nos artigos 299 e 303 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*⁴. Ressalte-se, porém, que ao Ministério Público espanhol (*Ministerio Fiscal*) foram conferidas, recentemente, algumas atribuições concernentes à investigação criminal, seja pela *Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre*, que instituiu o "procedimiento abreviado"⁵, seja pela *Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del*

² A respeito do tema *vide*, entre nós, as substanciosas monografias de AURY LOPES JR., *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, de FAUZI HASSAN CHOUKR, *Garantias constitucionais na investigação criminal*, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, e de MARCELO BATLOUNI MENDRONI, *Curso de investigação criminal*, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002.

³ AURY LOPES JR., *ob. cit.*, p. 63.

⁴ O artigo 299 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* dispõe: "Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos". Já o referido artículo 303 estatui: "La formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de Instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva y, en su defecto, a los demás de la misma ciudad o población cuando en ella hubiere más de uno, y a prevención con ellos o por su delegación, a los Jueces municipales".

⁵ Sobre o *procedimiento abreviado*, previsto como regra para os delitos cuja sanção seja pena privativa de liberdade não superior a nove anos, dispõe o artículo 785 bis da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, com

*Tribunal del Jurado*⁶. Também no ordenamento francês o *Code de Procédure Pénale* prevê como regra que a instrução preliminar (*instruction préparatoire*) é realizada pelo Juiz instrutor (*juge d'instruction*) quando da ocorrência de infrações penais mais graves – *crime*⁷ (*article 79*)⁸. Não obstante, para as infrações penais de menor gravidade e complexidade, existe a denominada *enquête préliminaire*, dirigida pelo Ministério Público (*procureur de la République*), que conta com o auxílio da polícia judiciária (*article 75*)⁹. Em terrenos sul-americanos, a figura do Juiz instrutor se verifica, por exemplo, no Uruguai (*artículo 114 do Código del Proceso Penal* de 1980)¹⁰, onde também se possibilita ao Ministério Público participar dos atos da instrução preliminar (*artículo 134*)¹¹. Igualmente na Argentina, segundo o disposto no *art. 194 do Código Procesal Penal de la Nación*, compete ao Juiz instrutor proceder à investigação dos fatos criminosos¹², não obstante se tenha recentemente conferido ao Ministério Público, em determinadas hipóteses, o poder de dirigir a atividade investigatória (e. g., *art. 196 e art. 196 bis*)¹³.

De outro lado, vem predominando modernamente e em larga escala, sobretudo na Europa continental, a visão de que as investigações preliminares

redação dada pela *Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre*. "Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado practicará el mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo". Ressalva, porém, o n.º 3 do *artículo 785 bis*: "cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos".

⁶ O capítulo VII, n.º 2, da *Exposición de Motivos da Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado* deixa bem claro que "si bien debe corresponder al Juez la realización de los actos sumariales, las peculiaridades que deben presidir el procedimiento ante el Jurado y la oportunidad de que se consolide el principio acusatorio, hacen necesaria la potenciación de las atribuciones del Ministerio Fiscal (...)".

⁷ O ordenamento francês distingue *contravention, délit* e *crime*, como espécies do gênero *infraction*. O *Code Pénale* dispõe em seu *article 1.º*: "L'infraction que les lois punissent de peines de police est une contravention. L'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit. L'infraction que les lois punissent de peines afflictive ou infamante est un crime".

⁸ Dispõe o *article 79* do *Code de Procédure Pénale*: "L'instruction préparatoire est obligatoire en matière de crime; sauf dispositions spéciales, elle est facultative en matière de délit; elle peut également avoir lieu en matière de contravention si le procureur de la République le requiert en application de l'article 44".

⁹ O *article 75* do *Code de Procédure Pénale* dispõe: "Les officiers de police judiciaire et, sous le contrôle de ceux-ci, les agents de police judiciaire désignés à l'article 20 procèdent à des enquêtes préliminaires soit sur les instructions du procureur de la République, soit d'office. Ces opérations relèvent de la surveillance du procureur général".

¹⁰ O *artículo 114* do *Código del Proceso Penal* uruguaio tem a seguinte redação: "El Juez instructor competente que, a iniciativa del Ministerio Público, por conocimiento personal, denuncia, o cualquier otro medio semejante, tome conocimiento de la comisión de un delito, debe ejecutar prontamente todos los actos necesarios para su esclarecimiento".

¹¹ O *artículo 134* do *Código del Proceso Penal* uruguaio – aplicável à investigação preliminar (*presumario*) por força do que dispõe o *artículo 115* –, estabelece: "El Ministerio Público puede participar en todos los actos de instrucción, solicitar las medidas y formular las observaciones y reservas que estime del caso".

¹² Dispõe o *art. 194* do *Código Procesal Penal de la Nación Argentina*: "El juez de instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su circunscripción judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 193".

¹³ Os *arts. 196 e 196 bis* do *Código Procesal Penal de la Nación Argentina*, com redação dada pelas Leis nos 24.121 e 25.409 (ambas de 1991), estatuem: "Art. 196. (según ley n.º 24.121) El juez de instrucción podrá decidir que la dirección de la investigación de los delitos de acción pública de competencia criminal quede

ao exercício da ação penal devem ficar a cargo do Ministério Público, realçando-se a figura do chamado “*Promotor investigador*”, a quem a polícia judiciária é hierarquicamente subordinada¹⁴. Assim ocorre na Alemanha desde a reforma levada a cabo em 1974 na Ordenação Processual Penal (*Strafprozessordnung*), que dispõe em seu § 160 (1) competir à Promotoria de Justiça (*Staatsanwaltschaft*) a investigação dos fatos delituosos e de suas circunstâncias, com a finalidade de decidir a respeito da propositura da ação penal pública¹⁵. No mesmo sistema inseriu-se Portugal, com o advento do Código de Processo Penal de 1987, onde as diligências investigatórias preliminares consubstanciam-se no *inquérito*, que é da competência do Ministério Público, a quem cabe exclusivamente a sua direção (art. 263º)¹⁶, apesar de determinados atos do *inquérito* somente poderem ser praticados, ordenados ou autorizados pelo Juiz de instrução (consoante o disposto nos arts. 268º e 269º)¹⁷. Igualmente na Itália – eterna fonte inspiradora do direito processual brasileiro –, por força do disposto no art. 327, 1, do *Codice di Procedura Penale* de 1988, as investigações preliminares (*indagini preliminari*) estão a cargo do Ministério Público (*Pubblico Ministero*), que *dispõe diretamente* da polícia judiciária¹⁸.

Todavia, mesmo fora do continente europeu, esta tendência já se faz notar de maneira *avassaladora*. No Peru, por exemplo, desde a Constituição Política de 1993, o Ministério Público figura como condutor das investigações dos delitos¹⁹. Semelhante concepção foi adotada em 1998 no *Código Procesal*

a cargo del agente fiscal, quien deberá ajustar su proceder a las reglas establecidas en la Sección Segunda del presente Título. En aquellos casos en los cuales la denuncia de la comisión de un delito de acción pública sea receptada directamente por el agente fiscal, o promovida por él la acción penal del oficio, éste deberá poner inmediatamente en conocimiento de ella al juez de instrucción, practicará las medidas de investigación ineludibles, cuando corresponda, solicitará al juez de instrucción que recepte la declaración del imputado, conforme las reglas establecidas en la Sección Segunda de este Título, luego de lo cual el juez de instrucción decidirá inmediatamente si toma a su cargo la investigación, o si continuará en ella el agente fiscal” (...); “Art. 196 bis: (según ley n° 25.409) No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en los sumarios por hechos ilícitos de competencia criminal de instrucción o correccional que no tengan autor individualizado, la dirección de la investigación quedará desde el inicio de las actuaciones delegada al Ministerio Público Fiscal, con noticia al juez competente en turno”.

¹⁴ AURY LOPES JR., *ob. cit.*, p. 77.

¹⁵ O § 160 (1) da Ordenação Processual Penal alemã dispõe: “*Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen*”.

¹⁶ “*Art. 263º Direção do inquérito. 1. A direção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal. 2. Para efeito do disposto no número anterior, os órgãos de polícia criminal actuam sob a directa orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional*”.

¹⁷ Para maiores detalhamentos, vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Volume III, pp. 61/99, Editorial Verbo, Lisboa, 1994.

¹⁸ O art. 327, 1, do Código de Processo Penal italiano (com redação dada pelo art. 7º da *Legge 26 de marzo 2007*) dispõe: “*Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria che, anche dopo la comunicazione della notizia di reato, continua a svolgere attività di propria iniziativa secondo le modalità indicate nei successivi articoli*”.

¹⁹ Estabelece o *artículo 159º, 4, da Constitución Política del Perú* de 1993: “*Corresponde al Ministerio Público: (...) 4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función*”.

Penal do Paraguai, que dispôs expressamente corresponder ao Ministério Público a direção da investigação criminal e a direção funcional da polícia (art. 52 e art. 62)²⁰. Na Venezuela, segundo o disposto no *artículo 105* do *Código Orgánico Procesal Penal* de 1998, o Ministério Público também é o dirigente da investigação preliminar e da atividade dos órgãos da polícia de investigações²¹. Em 1999, foi a vez de a Bolívia adotar o sistema do "*Promotor Investigador*" (*artículos 69º e 70º* do *Código de Procedimiento Penal*)²². No ano de 2000 veio a lume o *Código de Procedimiento Penal* do Equador, que também colocou a polícia judiciária sob a direção do Ministério Público, competindo a este a realização das diligências investigatórias (arts. 208 e 216)²³. A adesão da Colômbia a tal sistema também se verificou no ano de 2000, com o surgimento do novo *Código de Procedimiento Penal* (de acordo com o que estabelece, sobretudo, seu *artículo 114*)²⁴. O mesmo ainda se dá no México, onde, após a reforma levada a cabo em 2002 no *Código Federal de Procedimientos Penales* de 1934, as diligências de averiguação prévia estão a cargo do Ministério Público (*artículo 2, II*)²⁵, havendo, ainda, manifesta

²⁰ "Art. 52. Corresponde al Ministerio Público, por medio de los agentes fiscales, funcionarios designados y de sus órganos auxiliares, dirigir la investigación de los hechos punibles y promover la acción penal pública. Con este propósito realizará todos los actos necesarios para preparar la acusación y participar en el procedimiento, conforme a las disposiciones previstas en este código y en su ley orgánica. Tendrá a su cargo la dirección funcional y el control de los funcionarios y de las reparticiones de la Policía Nacional, en tanto se le asigne a la investigación de determinados hechos punibles". O art. 62 estatui: "La Policía Judicial será un auxiliar directo del Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones de investigación y promoción de la acción penal pública".

²¹ O *artículo 105* do *Código Orgánico Procesal Penal* da Venezuela dispõe: "Corresponde al Ministerio Público en el proceso penal: 1º. Dirigir la investigación de los hechos punibles y la actividad de los órganos de policía de investigaciones para establecer la identidad de sus autores y partícipes; 2º. Ordenar y supervisar las actuaciones de los órganos de policía de investigaciones en lo que se refiere a la adquisición y conservación de los elementos de convicción (...)".

²² O *artículo 69º* do *Código de Procedimiento Penal* da Bolívia tem a seguinte redação: "La Policía Nacional, en ejercicio de funciones de policía judicial, y el Instituto de Investigaciones Forenses participan en la investigación de los delitos bajo la dirección del Ministerio Público" (...). O *artículo 70º*, por sua vez, estabelece: "Corresponderá al Ministerio Público dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal pública ante los órganos jurisdiccionales. Con este propósito realizará todos los actos necesarios para preparar la acusación y participar en el proceso, conforme a las disposiciones previstas en este Código y en su Ley Orgánica".

²³ Os arts. 208 e 216 do *Código de Procedimiento Penal* do Equador dispõem: "Art. 208. Investigación. La Policía Judicial realizará la investigación de los delitos de acción pública y de instancia particular, bajo la dirección y control del Ministerio Público, a fin de reunir o asegurar los elementos de convicción y evitar la fuga u ocultamiento de los sospechosos, en el tiempo y según las formalidades previstas en este Código"; "Art. 216. Atribuciones del Fiscal. El Fiscal deberá, especialmente: (...) 10. Practicar todas las demás investigaciones que juzgare necesarias para el esclarecimiento del hecho delictivo y para la fundamentación de la acusación".

²⁴ Estabelece o *artículo 114* do *Código de Procedimiento Penal* da Colômbia: "Corresponde a la Fiscalía General de la Nación: 1. Investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. (...) 5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley".

²⁵ O *Código Federal de Procedimientos Penales* do México, em seu *artículo 2*, estabelece: "Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales. En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público: (...) II - Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como a la reparación del daño (...)".

subordinação da polícia judiciária àquele ²⁶.

Há, finalmente, ordenamentos que cometem a atividade investigatória preliminar a organismos policiais. Neste caso, a polícia não funciona como mero auxiliar, mas sim como verdadeiro dirigente da investigação, com autonomia para traçar as diretrizes e ditar os meios a serem empregados, sem que exista subordinação funcional em relação a órgãos do Poder Judiciário ou do Ministério Público ²⁷. É o que se passa, *v. g.*, na Inglaterra, desde a edição do *Prosecution of Offences Act* de 1985, quando se considerou que as funções de investigar e de exercer a ação penal são incompatíveis ²⁸. A polícia inglesa, portanto, realiza as investigações preliminares com autonomia e as remete ao chamado *Crown Prosecution Service*, órgão público encarregado de proceder à instauração do processo criminal ²⁹ que, todavia, não dispõe de significativos poderes investigatórios e tampouco de ingerência sobre a atividade policial ³⁰. Adiante-se, porém, que, com exceção do modelo adotado na Inglaterra, sobretudo em virtude de especiais características sociais, políticas e jurídicas – que se refletem na qualidade do seu corpo policial – a *sistemática da instrução preliminar policial não pode ser considerada como satisfatória e se encontra em pleno e patente declínio*³¹.

2. A análise do sistema brasileiro de investigação preliminar. No modelo que mais de perto interessa, o brasileiro, a apuração preliminar das infrações criminais é igualmente deferida com certa autonomia a organismos policiais. Porém, como se tentará adiante demonstrar, o ordenamento pátrio é dotado de certas peculiaridades que levam mesmo a admitir, mormente após o advento da Constituição Republicana de 1988, uma ligeira aproximação à tão prestigiada figura do “*Promotor investigador*”.

Ressalte-se, inicialmente, que a Constituição da República de 1988 não conferiu atribuição exclusiva à polícia para investigar as infrações penais. A outros órgãos que não os policiais também se outorgaram poderes investigatórios ³². A pretendida “exclusividade”, a que se refere o art. 144, § 1º, IV, da Carta Magna quanto à Polícia Federal, é tão-somente para o exercício de *funções de polícia judiciária da União*, e não tem outro sentido senão o de afastar deste mister as demais polícias previstas no mesmo art. 144 (inclusive as estaduais – civis e militares) ³³. É de evidência cristalina, portanto, que tal

²⁶ Já o artigo 3 do *Código Federal de Procedimientos Penales* do México dispõe: “*La Policía Judicial Federal actuará bajo la autoridad y el mando inmediato del Ministerio Público Federal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (...)*”

²⁷ No sentido do texto, AURY LOPES JR., *ob. cit.*, p. 57.

²⁸ A observação é do saudoso ANTONIO EVARISTO DE MORAIS FILHO, “O Ministério Público e o inquérito policial”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 19, p. 106, julho-setembro de 1997.

²⁹ OCTACILIO P. SILVA, “Sistema britânico de persecução criminal”, in *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe* nº 10, p. 71, 1996; RODRIGO RÉGNIER CHEMIM GUIMARÃES, *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*, p. 147, Juruá Editora, Curitiba, 2002.

³⁰ VALTER FOLETO SANTIN, *O Ministério Público e a investigação criminal*, p. 120, Edipro, Bauru, 2001.

³¹ Neste sentido, AURY LOPES JR., *ob. cit.*, pp. 57/58.

³² *Vide, e. g.*, as comissões parlamentares de inquérito a quem, segundo o disposto no art. 58, § 3º, da Constituição de 1988, foram conferidos “*poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*”.

³³ RODRIGO RÉGNIER CHEMIM GUIMARÃES, *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*, p. 103, Juruá Editora, Curitiba, 2002; JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO, “Da apuração das infrações

dispositivo não pretendeu arrostar o Ministério Público – até pelas importantes atribuições que lhe foram conferidas – da apuração das infrações criminais³⁴. Aliás, o constituinte de 1988, de maneira coerente, sequer fez referência à “exclusividade” para o desempenho da atividade de polícia judiciária, no tocante às polícias civis estaduais (art. 144, § 4º)³⁵.

Ajunte-se que o inquérito policial – instrumento por excelência da atividade de polícia judiciária – pode perfeitamente ser dispensado pelo autor da ação penal, segundo o que dispõem os arts. 12, 39, § 5º, e 46, § 1º, do Código de Processo Penal³⁶, sempre que dispuser de peças de informação idôneas a servir de base à deflagração do processo criminal. Cumpre considerar, ainda, que o sistema instituído desde 1941 pelo mesmo Código enseja a realização dos chamados “*inquéritos extrapoliciais*” (art. 4º, parágrafo único), efetivados por autoridades administrativas outras que não a policial³⁷.

Outra ponderação se mostra essencial neste contexto: a Constituição de 1988 conferiu imperativamente ao Ministério Público a qualidade de *dominus litis* da ação penal pública (art. 129, I), sendo que o suporte probatório a que visa recolher a investigação policial se destina tão-somente ao *Parquet*, a fim de

penais pelo Promotor de Justiça”, in *Justitia*, nº 152, p. 74, out./dez. 1990; FLÁVIO MEIRELLES MEDEIROS, *Do inquérito policial*, p. 75, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1994, e GUILHERME SOARES BARBOSA, “O Ministério Público na investigação criminal”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, p. 138, jan./jun. 2000. E assim decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 1.517-UF, Rel. Min. Maurício Corrêa, consoante consta do *Informativo* do STF nº 71: “(...) a expressão ‘com exclusividade’, inserida na regra contida no inc. IV, do § 1º, do art. 144, da CF, deve ser interpretada no sentido de excluir das demais polícias elencadas nos incs. II a V do referido artigo, inclusive as de âmbito federal (rodoviária e ferroviária) a destinação de exercer as funções de polícia judiciária da União”.

³⁴ ARTHUR PINTO DE LEMOS JÚNIOR, “A imprescindibilidade do procedimento investigatório do Ministério Público”, in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, Vol. I, Tomo I, pp. 37/38, Curitiba, 1999.

³⁵ É o que afirmam SERGIO DEMORO HAMILTON, “A amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal”, in *Temas de Processo Penal*, p. 213, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998, e MARCELLUS POLASTRI LIMA, *O Ministério Público e a persecução criminal*, p. 54, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

³⁶ Assim, vide EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, Volume I, pp. 288/289, Editora Bookseller, Campinas, 2000; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Código de Processo Penal comentado*, Volume I, pp. 96/97, 6ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2001; AFRANIO SILVA JARDIM, *Direito Processual Penal*, p. 96, 6ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997; GUILHERME CALMON NOGUEIRA e ABEL FERNANDES GOMES, “O Ministério Público e a formação da *opinio delicti*”, in *Temas de Direito Penal e Processo Penal em especial na Justiça Federal*, p. 192, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1999; HILTON CORTESE CANEPARO, ROSÂNGELA GASPARI e VANI ANTONIO BUENO, “Legalidade da investigação criminal pelo Ministério Público”, in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, Vol. I, Tomo I, p. 20, Curitiba, 1999; RODRIGO RÉGNIER CHEMIM GUIMARÃES, *ob. cit.*, p. 100; e SERGIO DEMORO HAMILTON, “A amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal”, in *Temas de Processo Penal*, p. 209, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

³⁷ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, Volume I, pp. 140/141, 1ª edição (2ª tiragem), Bookseller Editora, Campinas, 1998; MARCELLUS POLASTRI LIMA, *ob. cit.*, p. 56; JULIO FABRINI MIRABETE, *Processo Penal*, p. 77, 7ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1997; JOSÉ ANTÔNIO PAGANELLA BOSCHI, *Persecução penal*, pp. 38/39, Aide Editora, Rio de Janeiro, 1987; FERNANDO CAPEZ, *Curso de Processo Penal*, pp. 67/68, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999; e SERGIO DEMORO HAMILTON, “A amplitude

possibilitar a formação de sua *opinio delicti*³⁸. Portanto, a atividade investigatória preliminar levada a cabo pela polícia é instrumental à atividade ministerial, e não um fim em si mesmo³⁹. Por este motivo, e por deter o monopólio do exercício do direito de ação, deve-se possibilitar ao Ministério Público, de maneira ampla, realizar investigação autônoma à policial⁴⁰. Cuida-se, deveras, de um poder que se encontra *implícito* na função acusatória que foi conferida constitucionalmente ao Ministério Público⁴¹. E seria realmente absurdo que este ficasse atrelado apenas ao que se apura (ou o que se consegue ou o que se quer apurar) em sede policial. Equivaleria a colocar em patamar mais elevado o titular do inquérito, em notável detrimento do titular do direito de ação penal. Imagine-se, por exemplo, quão dificultosa ou comprometida ficaria a apuração, pela polícia, dos crimes cometidos pelos próprios agentes policiais ou, ainda, por governantes, ou administradores de alto escalão, a quem a polícia se vê subordinada⁴².

Decerto se poderia argumentar que, a par da qualidade de *dominus litis* da ação penal pública, a mesma Constituição da República somente armou o

das atribuições do Ministério Público na investigação penal", in *Temas de Processo Penal*, p. 208, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

³⁸ Assim, *vide*, dentre muitos, HAROLDO CAETANO DA SILVA, "A subordinação da atividade investigativa da polícia ao Ministério Público: uma nova polícia", in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, Vol. I, Tomo I, p. 16, Curitiba, 1999, e WEBER MARTINS BATISTA, *ob. cit.*, p. 49. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já decidiu: "O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é - enquanto *dominus litis* - o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária" (STF, 1ª Turma, HC 73271/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 04.10.1996, p. 37100).

³⁹ SERGIO DEMORO HAMILTON, "A amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal", in *Temas de Processo Penal*, p. 215, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

⁴⁰ Já o afirmava, anteriormente à Constituição de 1988, JOSÉ ANTÔNIO PAGANELLA BOSCHI, *ob. cit.*, p. 221. Atualmente, *vide*, por todos, AURY LOPES JR. *ob. cit.*, p. 143. Confira-se, ainda, o disposto no art. 1º da Resolução nº 38, de 13 de março de 1998, do Conselho Superior do Ministério Público Federal: "Art. 1º. A titularidade plena do exercício da ação penal pública autoriza o membro do Ministério Público a realizar pessoalmente, ou em equipe, procedimento investigatório próprio, com inquirições pessoais de investigados e testemunhas; requisições de documentos e perícias; bem como acompanhar pessoalmente, ou em equipe, inquéritos e investigações policiais preliminares instaurados no âmbito da Polícia Federal, nos termos da Resolução nº 32, deste Conselho Superior".

⁴¹ RODRIGO RÉGNIER CHEMIM GUIMARÃES, afirma, com propriedade, que "quando o constituinte concede a determinado órgão - no caso o Ministério Público - uma função - exercer privativamente a ação penal pública -, implicitamente está-lhe concedendo os meios necessários ao cumprimento desta função - instauração de procedimento administrativo investigatório -, sob pena de frustrar-lhe o exercício da mesma" (*ob. cit.*, p. 99). No mesmo sentido, AFRANIO SILVA JARDIM, *ob. cit.*, p. 339; ALOÍSIO FIRMO G. DA SILVA, MARIA EMÍLIA M. DE ARAÚJO e PAULO FERNANDO CORRÊA, "A investigação criminal direta pelo Ministério Público", artigo disponível na Internet, no site <http://www.teiajuridica.com/investiga.html>, consultado em 27.05.2002; HELCIO ALVES DE ASSUMPTÃO, "Recurso extraordinário. Ministério Público. Legitimidade concorrente para a prática de atos na persecução penal. Inexistência de monopólio da Polícia Judiciária para a investigação penal", Parecer publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 4, p. 230, jul./dez.1996.

⁴² Confira-se, a propósito, a lição de HUGO NIGRO MAZZILLI: "Como corolário da privatividade da ação penal pública, deve-se reconhecer ao Ministério Público acesso direto à investigação para fins penais, principalmente nas hipóteses que digam respeito a crimes praticados por policiais ou por governantes. Nesses casos, em especial, a polícia pode não ter isenção, interesse ou condição de instaurar inquérito

Parquet do poder de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los” (art. 129, VI) e de “requisitar a instauração de inquérito policial ou de diligências investigatórias” (art. 129, VIII), não significando que estaria habilitado a exercer, *de per se*, atividade investigatória⁴³. Tal argumentação, contudo, não resiste à atenta acepção de tais funções institucionais ou mesmo a uma correta interpretação sistemática do arsenal que a Carta Maior de 1988 conferiu ao Ministério Público⁴⁴. Em verdade, o poder requisitório, por se tratar de *ordem*, não pode ser recusado – ressalvada ilegalidade manifesta –, devendo a autoridade a quem se dirige cumprir de maneira compulsória a diligência. Ora, é de clareza solar que quem pode *o mais* (determinar) pode *o menos* (fazê-lo *de per se*)⁴⁵, e soaria mesmo absurdo que o Ministério Público pudesse requisitar diligências à autoridade policial e não as pudesse realizar por conta própria⁴⁶. Além disso, o inciso VIII do art. 129 da Carta Magna não circunscreve a requisição das *diligências investigatórias* ao âmbito do inquérito policial ou do inquérito civil público, sendo a regra extensiva também aos *procedimentos administrativos* da atribuição do órgão ministerial, aos quais faz alusão o inciso VI do mesmo preceito constitucional⁴⁷.

Se já não bastasse, o constituinte de 1988 ainda outorgou ao Ministério Público o controle externo da atividade policial (art. 129, VII). Relativamente aos chamados controles externos, já se afirmou, com indizível propriedade, que recusá-los “é atitude que reclama, para legitimar-se, grande autoridade moral – uma autoridade respaldada pelo eficiente funcionamento dos controles internos”⁴⁸. E, no que se refere à atividade policial, diga-se de passagem, a referida autoridade moral, na parcela ainda existente, está longe de se encontrar

policial ou conduzi-lo adequadamente. (...) Seria contra-senso, e até mesmo maneira de a legislação infraconstitucional obstar o próprio desempenho de suas finalidades institucionais, que o Ministério Público só pudesse obter acesso aos elementos preparatórios à promoção da ação penal pública, para a qual é o único titular constitucional, sob dependência de inquérito policial, conduzido por instituição subordinada a governantes” (*Regime jurídico do Ministério Público*, pp. 418/419, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2001).

⁴³ Com este entendimento, que não nos parece correto, vide ALEXANDRE ABRAHÃO DIAS TEIXEIRA, “As questões relativas ao inquérito policial e a sua exata visão no direito brasileiro antes e após a CF/88”, in *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro* Vol. 5, nº 19, pp. 190/196, 2002, e ANTONIO EVARISTO DE MORAIS FILHO, “O Ministério Público e o inquérito policial”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 19, p. 110, julho-setembro de 1997.

⁴⁴ CLÓVIS AMAURI SMANIOTTO, “Oficiais de investigação no Ministério Público”, in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, Vol. I, Tomo I, p. 46, Curitiba, 1999.

⁴⁵ Com relação à possibilidade de o *Parquet*, em virtude de seu amplo poder requisitório, investigar diretamente as infrações penais, MARCELO BATLOUNI MENDRONI, *ob. cit.*, p. 187; MARCELLUS POLASTRI LIMA, *ob. cit.*, p. 77; ELA WIECKO V. DE CASTILHO, “Investigação criminal pelo Ministério Público”, in *Boletim dos Procuradores da República* nº 11, ano I, p. 04, março de 1999.

⁴⁶ RICARDO RIBEIRO MARTINS, “O Ministério Público e a investigação penal”, in *Tribuna do Advogado – OAB-RJ*, p. 15, fevereiro de 1997; SERGIO DEMORO HAMILTON, *ob. cit.*, p. 212.

⁴⁷ CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA, *Comentários ao Código de Processo Penal*, Volume I, p. 181, Edipro, São Paulo, 2002; SERGIO DEMORO HAMILTON, *ob. cit.*, p. 213; VALTER FOLETO SANTIN, *ob. cit.*, p. 241.

⁴⁸ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A justiça no limiar de novo século”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 1, p. 92, jan./jun. de 1995.

corroborada por desejável eficiência. Registre-se, todavia, que, não obstante o corporativismo e a repulsa demonstrados pelos organismos policiais, o próprio Ministério Público tem exercido tal controle com acentuada timidez e indesejável parcimônia. Mas as dificuldades não são de pouca monta e, embora alguns passos tenham sido dados no sentido de se estabelecer os contornos de tal controle externo ⁴⁹, não há dúvidas de que deve recair sobre a atividade final da polícia judiciária, isto é, sobre aquilo que produz externamente, vale dizer, o resultado da investigação policial ⁵⁰. Destarte, referido controle deve-se orientar fundamentalmente no sentido de verificar como estão sendo apurados os fatos criminosos e se estão sendo corretamente empregados os métodos legais para a sua completa elucidação ⁵¹. Constatadas falhas ou omissões, o Ministério Público deverá corrigi-las ou supri-las, tomando a frente da investigação, se entender necessário ⁵². Ainda no âmbito do controle externo, deve o *Parquet* verificar a prática de atos ilícitos por parte de autoridades policiais no exercício de suas funções. Também nesta hipótese deverá o Promotor de Justiça instaurar *procedimento administrativo investigatório* para apurar possíveis delitos contra a administração da Justiça ou mesmo de abuso de autoridade ⁵³.

Last but not least, a Constituição da República possibilitou finalmente ao Ministério Público exercer outras funções, desde que compatíveis com suas finalidades (art. 129, IX). Referida “norma de encerramento” cai qual uma luva no que se refere à possibilidade de o Ministério Público realizar investigação criminal preliminar ⁵⁴. Ora, é mais que compatível com a função de exercer a ação penal a função de investigar, mormente se esta tem por finalidade possibilitar a efetivação daquela. É inegável que melhor acusa quem por si mesmo investiga, da mesma forma que melhor é conduzida a investigação por quem vai acusar ⁵⁵.

Passando da Carta Maior ao plano infraconstitucional, a legislação que estabeleceu as normas gerais para a organização Ministério Público dos Estados e a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União (Lei nº 8.625/93 e Lei Complementar nº 75/93, respectivamente) alçou-os, em matéria de lhes possibilitar a investigação direta em matéria criminal, a patamares condignos, assim como o fizeram vários Códigos Processuais Penais modernos.

⁴⁹ Por exemplo, o que dispõem os arts. 3º e 9º da Lei Complementar nº 75/93.

⁵⁰ JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO, “O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público”, in *Justitia*, nº 177, p. 46, jan./mar. 1997; FAUZI HASSAN CHOUKR, *ob. cit.*, p. 106; MÁRCIO LUIZ CHILA FREYSLIBEN, *O Ministério Público e a polícia judiciária - Controle externo da atividade policial*, p. 82, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1993.

⁵¹ JULIO FABBRINI MIRABETE, *Processo Penal*, p. 77, 7ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1997; ANTÔNIO GOMES DUARTE, *Do inquérito à denúncia*, p. 34, Editora Cejup, Belém, 1996.

⁵² SERGIO DEMORO HAMILTON, *ob. cit.*, pp. 214/215, com expressa citação do parecer oferecido por HELCIO ALVES DE ASSUMPTÃO no recurso extraordinário interposto no HC nº 615/96-RJ.

⁵³ Assim, denominando tal controle externo da atividade policial de extraordinário, *vide* RODRIGO RÉGNIER CHEMIM GUIMARÃES, *ob. cit.*, p. 65.

⁵⁴ No sentido do texto, GUILHERME CALMON NOGUEIRA e ABEL FERNANDES GOMES, *ob. cit.*, pp. 191/192; e VALTER FOLETO SANTIN, *op. cit.*, p. 241.

⁵⁵ AURY LOPES JR., *ob. cit.*, p. 148.

Vejam-se, por exemplo, os vigorosos poderes requisitórios – inclusive com relação a entidades privadas – previstos nos incisos II, III e IV, do art. 26 da Lei nº 8.625/93. O mesmo art. 26, em seu inciso I, refere-se à instauração de procedimentos administrativos pelo Ministério Público, tornando-lhe possível, para instruí-los, “expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos” (alínea “a”), “requisitar informações, exames periciais e documentos” a vários órgãos públicos (alínea “b”) e “promover inspeções e diligências investigatórias” junto aos referidos órgãos (alínea “c”). A outra finalidade não visa o inciso V do referido art. 26 quando permite ao *Parquet* “praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório”. Também a Lei Complementar nº 75/93, encampando todo este poderio, estabeleceu, em seu art. 8º, V, de maneira expressa, que o Ministério Público da União poderá “realizar diligências investigatórias”. Em suma: a legislação infraconstitucional, dando maior concretude ao anseio constitucional, atribuiu ao Ministério Público, de maneira clarividente, a função investigatória ⁵⁶.

Mas, mesmo diante de evidências tão patentes, sempre se levanta um antigo argumento contrário à investigação preliminar realizada pelo Ministério Público: a possível falta de imparcialidade do *Parquet* na condução das investigações ⁵⁷. Deve-se recordar, contudo, que quem investiga pode encontrar elementos favoráveis ao interesse da acusação ou da defesa ⁵⁸. A figura do acusador ferrenho e intransigente, despreocupado com outra coisa senão a condenação, tão ao gosto cinematográfico, já foi abandonada de há muito pela moderna concepção que se vem formando a respeito do Ministério Público. Alguns Estatutos Processuais Penais modernos já contam, inclusive, com previsão expressa no sentido de que o *Parquet* deve também averiguar e buscar provas que sejam favoráveis ao investigado ou que sirvam para atestar a sua inocência ⁵⁹.

⁵⁶ Neste sentido, FERNANDO CHAVES DA COSTA, “Arquivamento prematuro e, como tal, recusado (art. 28 do CPP). Necessidade de efetivação de investigação direta pelo Ministério Público, de modo a permitir formação da *opinio delicti* livre e isenta”, Parecer publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, p. 310, jan./jun. 2000; JULIO FABBRINI MIRABETE, *Processo Penal*, p. 77, 7ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1997.

⁵⁷ GIUSEPPE GUARNERI, *Las partes en el proceso penal* (tradução de Constanancio Bernaldo de Quirós), p. 320, José M. Cajica, México, 1952.

⁵⁸ São as palavras de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal”, in *Temas de Derecho Processual*, Sétima Série, p. 220, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

⁵⁹ O art. 358 do *Codice di Procedura Penale* italiano de 1988 dispõe: “(Attività di indagine del pubblico ministero) 1. Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell’art. 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini”. Em sentido aproximado, é o que já estabelecia o § 160 (2) da *Strafprozeßordnung* alemã, com a reforma de 1974: “Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist”. Já o *Código de Procedimiento Penal* da Bolívia de 1999, em seu artículo 72 estatui: “Los fiscales velarán por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y las leyes. En su investigación tomarán en cuenta no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado, formulando sus requerimientos conforme a este criterio”.

Apesar de todo o entusiasmo com que se trata o tema, ressalte-se não ser atribuição *ordinária* do Ministério Público a investigação preliminar em matéria penal⁶⁰. À atividade de polícia judiciária incumbe o desempenho trivial de tal mister. Impõe-se, então, a indagação: quando poderá o *Parquet* realizar diretamente a investigação criminal? A resposta é simples: sempre que entender necessária ou oportuna a providência⁶¹. Cuida-se de faculdade discricionária do agente ministerial, podendo ser exercida sempre que vislumbrar ter a polícia ignorado este ou aquele fato delituoso, ou quando a investigação policial não der ao caso o deslinde adequado⁶². Insista-se, mais uma vez, que, ao investigar diretamente a ocorrência de infrações penais, o órgão do Ministério Público não estará exercendo (e tampouco seria legítimo exercesse) a atividade de polícia judiciária. Tanto é assim que o Promotor de Justiça, quando se envolver em empreitada investigatória, não poderá *nunca* instaurar *inquérito policial* (poderia ter requisitado a sua instauração!); o instrumento de que se poderá valer será o procedimento investigatório⁶³. Assim, jamais estará o *Parquet* a usurpar atribuição deferida aos Delegados de Polícia⁶⁴.

3. O entendimento jurisprudencial dos Tribunais brasileiros. Passemos, finalmente, ao plano jurisprudencial. Atento ao ordenamento jurídico vigente e à infinidade dos argumentos expendidos pela doutrina, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo *de maneira pacífica* no sentido de que o Ministério Público, como *dominus litis* da ação penal pública, pode praticar, *de per se*, atos investigatórios⁶⁵.

Mesmo o Supremo Tribunal Federal, antes da atual Constituição, mais precisamente em 1983, já havia decidido no sentido de ser possível ao Ministério Público investigar diretamente as infrações penais. Em acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 107, pp. 98/109, a 1ª Turma do

⁶⁰ SERGIO DEMORO HAMILTON, *ob. cit.*, p. 227.

⁶¹ No sentido do texto, SERGIO DEMORO HAMILTON, *ob. cit.*, p. 227; e VALTER FOLETO SANTIN, *ob. cit.*, pp. 267/268.

⁶² JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO, "Da apuração das infrações penais pelo Promotor de Justiça", in *Justitia* Vol. 152, p. 77, out./dez. 1990.

⁶³ VALTER FOLETO SANTIN, *ob. cit.*, p. 266.

⁶⁴ CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA, *ob. cit.*, p. 180. No mesmo sentido, MAURÍCIO JOSÉ NARDINI, ao afirmar que "o Promotor de Justiça ao presidir uma investigação criminal não está de forma alguma usurpando as funções do Delegado de Polícia; pelo contrário, ele está exercendo plenamente suas prerrogativas, contribuindo para que as infrações penais sejam melhor apuradas em favor de uma sociedade tão ansiosa por Justiça" ("O Promotor de Justiça e a presidência da investigação criminal", in *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe* nº 9, p. 57, 1995).

⁶⁵ Este o entendimento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Sendo o Ministério Público o *dominus litis* da ação penal pública, não depende de provocação para agir, assim como não precisa o Promotor de Justiça de autorização judicial para colher peças e requisitar a instauração de inquérito diretamente à autoridade policial" (STJ, 5ª Turma, RHC 2426/RJ, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, *DJU* de 1º.03.1993, p. 2525); "São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos, visando ao oferecimento da denúncia" (STJ, 5ª Turma, HC 7445/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* de 1º.02.1999, p. 218). De tal posicionamento não destoam a 6ª Turma do mesmo Tribunal: "O Ministério Público é o titular da ação e como tal, pode e deve promover os meios necessários para instaurar referida ação, não sendo tal

Excelso Pretório, no *Habeas Corpus* nº 60.364/RJ, sendo Relator o Ministro Soares Muñoz, esposou novamente aquela tese. No voto vencedor do Relator, pode-se ler: "(...) *Nos Estados Unidos, o Promotor Público acompanha o inquérito e dirige as indagações policiais. Essa é a tendência do Direito Processual moderno. Na espécie sub judice, o Promotor de Justiça servia junto à Vara das Execuções Criminais; tinha um gabinete no presídio, onde compareceram, espontaneamente, pessoas para serem ouvidas por ele. O Promotor não estava impedido de ouvi-las. Depois, designado pelo Procurador-Geral da Justiça, acompanhou o inquérito*".

Tal entendimento foi reiterado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, como se pode constatar da seguinte transcrição: "(...) *Com apoio no art. 129 e incisos, da Constituição Federal, o Ministério Público poderá proceder de forma ampla na averiguação de fatos e na promoção imediata da ação penal pública, sempre que assim entender configurado o ilícito. Dispondo o Promotor de elementos para o oferecimento da denúncia, poderá prescindir do inquérito policial, haja vista que o inquérito é procedimento meramente informativo, não submetido ao crivo do contraditório e no qual não se garante o exercício da ampla defesa*"⁶⁶.

A mesma 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 77.371/SP, em 1º.09.1998, tendo como Relator o Ministro Nelson Jobim, acolheu mais uma vez a tese de que é lícito ao Ministério Público a prática de atos investigatórios. Pode-se ler no voto vencedor do Relator o seguinte: "*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 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*"⁶⁷. O que causa estranheza (e alguma perplexidade!) é o fato de uma polêmica decisão que inspira estes comentários (RHC nº 81.326-DF, julgado em 06 de maio de 2003), ter sido prolatada pela mesma 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator também o Ministro Nelson Jobim! A mudança de posicionamento foi total: uma guinada de cento e oitenta graus sem qualquer justificativa! É certo, todavia, que, em algumas decisões recentes, a mesma Segunda Turma já acenava com a possibilidade de mudança de orientação, mas ainda assim, sem qualquer justificativa plausível⁶⁸. Contudo, já se pode antever

procedimento, conduta ofensiva a direitos, passível de reparação via *habeas corpus*" (STJ, 6ª Turma, RHC 1948/RS, Rel. Min. Pedro Aciole, DJU de 31.05.1993, p. 10689); "Para a propositura da ação penal pública, o Ministério Público pode efetuar diligências, colher depoimentos e investigar os fatos, para o fim de poder oferecer denúncia pelo verdadeiramente ocorrido" (STJ, 6ª Turma, RHC 8025/PR, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 18.12.1998, p. 416); "Segundo a moldura do art. 129, da Carta Magna, dentre as diversas funções institucionais do Ministério Público destaca-se aquela de promover, privativamente, a ação penal e exercer o controle externo da atividade policial, podendo, para tanto, expedir notificações, requisitar diligências investigatórias e exercer outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade. Não constitui constrangimento ilegal a expedição de notificação pelo Ministério Público para ser o paciente ouvido em procedimento investigatório onde se apura conduta que, em tese, configura abuso de autoridade" (STJ, 6ª Turma, RHC 10225/DF, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 24.09.2001, p. 342).

⁶⁶ STF, 2ª Turma, HC 77770/SC, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 03.03.2000, p. 62.

⁶⁷ Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 9, pp. 409/413, jan./jun. 1999.

⁶⁸ Contudo, já decidiu a 2ª Turma do STF: "Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade

um luz no fim do túnel: com a nova composição do Supremo Tribunal Federal, pode-se aguardar, possivelmente, uma tomada de posição que se venha mostrar em consonância com a vontade do constituinte de 1988 e com as modernas tendências processuais penais ⁶⁹.

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais ⁷⁰ e dos Tribunais de Justiça dos Estados-membros ⁷¹, a tese vencedora também é a de ser plenamente possível ao Ministério Público praticar atos investigatórios preliminares ao exercício da ação penal pública, apesar de, vez por outra, surgirem decisões em sentido contrário, normalmente resultantes de abordagem irrefletida e menos acurada ⁷².

Sendo de clareza solar que o órgão do Ministério Público pode, diretamente e *de per se*, proceder à apuração de infrações penais, visando à colheita de subsídios que o possibilitem a exercer legitimamente a ação penal,

administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º) (STF, 2ª Turma, RECR 205473/AL, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 19.03.1999, p. 19).

⁶⁹ O Informativo de nº 314 do Supremo Tribunal Federal, noticiando acórdão do Plenário desta Colenda Corte acerca de fundamentação em prisão preventiva (HC 83.157-MT, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 1º.7.2003), deixou escapar profunda divergência no que se refere ao tema das investigações diretamente realizadas pelo Ministério Público (que não era o objeto do acórdão!). Confirma-se a informação: “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 próprio 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 de 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 prestado depoimento ao Ministério Público”.

⁷⁰ O Tribunal Regional da 1ª Região, em recente acórdão, decidiu: “No exercício de suas funções institucionais, inclusive na esfera penal, está o Ministério Público legitimado a promover diligências investigatórias. Dicção do art. 8º, V, da LC nº 75/1993” (TRF-1ª Reg., HC 2000.010.0030400-2/AM, Rel. Juiz Hilton Queiroz, DJU de 04.09.2000, p. 41). Também assim o Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “(...) o inquérito policial é, em regra, atribuição da autoridade policial. O *parquet* pode investigar fatos, poder que se inclui no mais amplo de fiscalizar a correta execução da lei. (...) Tal poder do órgão ministerial mais avulta, quando os envolvidos na infração penal são autoridades policiais, submetidas ao controle externo do Ministério Público” (TRF-4ª Reg., HC 97.0426750-9/PR, Rel. Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, DJU de 16.07.1997). No mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região: “A competência da polícia judiciária para colheita de provas para instauração da ação penal, bem como para presidir o procedimento administrativo, não exclui a competência de outra autoridade administrativa, a quem por lei seja cometida a mesma função. A Lei Complementar nº 75/1993, em seu art. 8º e incisos, específica as atribuições do Ministério Público para o exercício de suas funções constitucionais nas investigações criminais por ele presididas” (TRF-5ª Reg., HC 2000.05.00029-1/CE, Rel. Juiz Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJU de 08.09.2000, p. 742).

⁷¹ *V. g.*, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “O Ministério Público tem legitimidade para proceder a investigações ou prestar tal assessoramento à Fazenda Pública para colher elementos de prova que possam servir de base à denúncia ou ação penal. A CF, no § 4º do art. 144, não estabeleceu com relação às Polícias Cíveis a exclusividade que confere no § 1º, IV, à Polícia Federal para exercer as funções de Polícia Judiciária” (TJ-RS, in RTV volume 651, pp. 313/321).

⁷² O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em acórdão que nos parece infeliz, decidiu: “Promotor de Justiça

resta uma indagação: assim agindo, na etapa inquisitorial, estará o membro do *Parquet* impedido ou suspeito de parcialidade para atuar na fase processual? O entendimento predominante no seio do Superior Tribunal de Justiça, seja na 5ª Turma ⁷³, ou na 6ª Turma ⁷⁴, era o de que, em tais hipóteses, *não* se faziam presentes as causas de impedimento ou de suspeição previstas nos arts. 252 e 254 do Código de Processo Penal, também aplicáveis aos membros do Ministério Público, diante do que dispõe o art. 258 do mesmo Código ⁷⁵. Porém, em virtude

não é Promotor de Polícia. Agindo como policial, com a requisição oficiosa de serventuários da Justiça e procedendo a diligência feita com apreensão de documentos da Municipalidade, o Órgão de atuação do M.P. viola o contraditório, e seleciona provas em benefício exclusivo da acusação em detrimento da defesa, mormente em cidades interioranas. A função de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares, são privativas das polícias civis. Ao Ministério Público cabe o monopólio da ação penal pública, mas sua atribuição não passa do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policial e policial militar. Somente quando se cuidar de inquéritos civis é que a função do Ministério Público abrange também a instauração deles e de outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, aqui incluídas as diligências investigatórias” (TJ-RJ, 6ª Câmara Criminal, HC nº 1.735/2000, Rel. Des. Eduardo Mayr, *Revista de Direito do TJ-RJ* nº 48, jul./set. 2001, pp. 336/344). Lamenta-se que idêntico entendimento tenha sido mantido sobre investigação *em sede de inquérito civil pública*. “Ao Ministério Público cabe com exclusividade a iniciativa de propor a ação penal pública, mas sua atribuição, *in poenalibus*, não ultrapassa o poder de requisitar diligências investigatórias, e a instauração de inquéritos policial e penal militar” (TJ-RJ, Seção Criminal, HC nº 2458/2000, Rel. Des. Eduardo Mayr, *Revista de Direito do TJ-RJ* nº 52, jul./set. 2002, pp. 325/330). Bem o ressaltou o voto vencido do Desembargador Salim José Cháhub: “Votei vencido, porque como se vê de f. 66, a paciente foi notificada para prestar depoimento em Inquérito Civil Público, e consoante o disposto no art. 26, I, ‘a’ da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), o Órgão do *Parquet* tem competência para instaurar tal tipo de procedimento e, para instruí-lo, pode pedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos”.

⁷³ “Pretendida nulidade da peça vestibular da ação penal por estar subscrita por dois promotores que participaram da fase investigatória. Improcedência dessa alegação se pelo menos um dos subscritores (ou ambos) tinha atribuições para dar início à ação penal. Se o Promotor participou da fase investigatória como representante do Ministério Público, pode atuar na ação penal, como parte acusatória, sem qualquer mudança em sua posição processual” (STJ, 5ª Turma, RHC 1465/SP, Rel. Min. Francisco de Assis Toledo, *DJU* de 16.03.1992, p. 3103); “A participação na busca de dados para o oferecimento da denúncia, não enseja, *per se*, impedimento ou suspeição do Agente do *Parquet*” (STJ, 5ª Turma, RHC 6128/MG, Rel. Min. Félix Fischer, *DJU* de 02.02.1998, p. 117); “A intervenção do Ministério Público em inquérito policial com o propósito de apurar os fatos ou obter provas que os elucidem constitui regular exercício da função de custos legis, que não o impede de oferecer denúncia, *a posteriori*, sobre os fatos apurados” (STJ, 5ª Turma, RHC 6815/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 17.08.1998, p. 75).

⁷⁴ “A atuação do Promotor na fase investigatória – pré-processual – não é incompatibilizada para o exercício da correspondente ação penal. Não causa nulidade o fato de o Promotor, para formação da *opinio delicti*, colher preliminarmente as provas necessárias para ação penal” (STJ, 6ª Turma, RHC 3586/PA, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, *DJU* de 30.05.1994, p. 13517); “A atuação do Promotor na fase investigatória pré-processual não é incompatibilizada para o exercício da correspondente ação penal. As causas de suspeição e impedimento são exclusivamente aquelas elencadas *expressis verbis* nos artigos 252 e 254 do CPP. O rol é taxativo, não pode ser ampliado. Despiciendas as alegações de impedimento do Promotor de Justiça e do Juiz de Direito, eis que não se enquadram nas previsões legais” (STJ, 6ª Turma, RHC 4047/PR, Rel. Min. Pedro Acioi, *DJU* de 20.02.1995, p. 3214); “Não está impedido de atuar, Promotor Público designado, de forma genérica, para apurar o envolvimento de policiais militares com o tráfico de drogas, sendo posteriormente designado para dividir as atribuições da Vara para onde o inquérito foi distribuído, nada impedindo que ofereça denúncia e oficie naquele originado de suas investigações preliminares” (STJ, 6ª Turma, RHC 6662/PR, Rel. Min. Anselmo Santiago, *DJU* de 27.04.1998, p. 214).

⁷⁵ Em doutrina, no mesmo sentido, confira-se CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA, *ob. cit.*, pp. 185/186, GUILHERME SOARES BARBOSA, “O Ministério Público na investigação criminal”, in *Revista do Ministério*

de alguns julgados da mesma Corte ⁷⁶ dissentirem do entendimento reinante, a questão acabou sendo uniformizada por intermédio da Súmula de nº 234: “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

4. **Conclusão.** Levando em conta a gama de argumentos apresentados, e após as citações de doutrina e jurisprudência, pode-se afirmar conclusivamente que, diante de tantos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, tem sabor de “óbvio ululante” a tese de que o Ministério Público é dotado de atribuição para proceder à investigação criminal diretamente ⁷⁷. E mais: a realidade que se vem manifestando, em nível mundial, é a de atribuir ao Ministério Público a direção das investigações criminais ⁷⁸. Mesmo os países que ainda adotam o sistema de investigação judicial (v., g., Espanha, França, Uruguai e Argentina) vêm-lhe conferindo, como já demonstrado, relevante parcela do poder

Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 11, p. 135, jan./jun. 2000, e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, “A investigação criminal direta pelo Ministério Público e a inexistência de impedimento/suspeição para o oferecimento de denúncia”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 12, pp. 48/51, jul./dez. 2000.

⁷⁶ Apenas no seio da 6ª Turma, por influência decisiva do então Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, instalou-se entendimento contrário ao que até então vigorava. Confira-se: “O magistrado e o membro do Ministério Público se houverem participado da investigação probatória não podem atuar no processo. Reclama-se isenção de ânimo de ambos. Restaram comprometidos (sentido jurídico). Daí a possibilidade de arguição de impedimento, ou suspeição” (STJ, 6ª Turma, RHC 4769/PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 06.05.1996, p. 14475); “O Promotor Público que, no exercício do cargo, colheu provas anexadas, depois, no inquérito policial, ou no processo, não pode ser agente de prova em juízo, relativamente aos fatos por ele investigados” (STJ, 6ª Turma, AgReg em AI 72368/RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 31.03.1997).

⁷⁷ ÉVANES AMARO SOARES JÚNIOR, “A funcionalidade da pena e a criminogênese contemporânea”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 13, p. 138, jan./jun. 2001.

⁷⁸ Em doutrina, é o que afirma VÍCTOR FAIRÉN-GUILLÉN, “Tendencias actuales del derecho procesal penal”, in *Tendencias actuales del derecho* (obra organizada por José Luis Soberanes Fernández), pp. 18/19, Universidad Nacional Autónoma de México - Fondo de Cultura Económica, México, 2001. Em nível internacional, *vide*, ainda, as amplísimas atribuições que foram conferidas ao órgão do Ministério Público junto à Corte Penal Internacional, segundo o disposto nos arts. 53 e 54 do Tratado de Roma, aprovado em 17 de julho de 1998 pelas Nações Unidas, cuja redação original em espanhol se transcreve em parte: “Artículo 53. Inicio de una investigación. 1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto (...)”. “Artículo 54. Funciones y atribuciones del Fiscal con respecto a las investigaciones. 1. El Fiscal: a) A fin de establecer la veracidad de los hechos, podrá ampliar la investigación a todos los hechos y las pruebas que sean pertinentes para determinar si hay responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto y, a esos efectos, investigará tanto las circunstancias incriminantes como las eximentes; b) Adoptará medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la Corte. (...) 3. El Fiscal podrá: a) Reunir y examinar pruebas; b) Hacer comparecer e interrogar a las personas objeto de investigación, las víctimas y los testigos; c) Solicitar la cooperación de un Estado u organización o acuerdo intergubernamental de conformidad con su respectiva competencia o mandato (...)”.

investigatório, caminhando por um itinerário que inevitavelmente levará, mais cedo ou mais tarde, à adoção da teoria do “Promotor investigador”. Destarte, a decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal proferida no recurso em *habeas corpus* de nº 81.326-DF se encontra totalmente em descompasso com a interpretação sistemática que se pode extrair da Constituição de 1988. Além disso, coloca-se na contramão da tendência contemporânea de se atribuir ao Ministério Público o poder de investigar direta e preliminarmente a existência e a autoria das infrações penais.

¹⁾ ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA é Promotor de Justiça no Rio de Janeiro e Professor de Direito Processual Penal da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ) e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

NOTICIÁRIO

XIV e XV Concursos para ingresso no Ministério Público
(RESGATANDO A MEMÓRIA)

1. Dando seguimento a um trabalho iniciado em nossa *Revista do Ministério Público* de nº 17, publicamos, agora, os principais eventos que cercaram os Concursos de nºs XIV e XV para ingresso na classe inicial da carreira do nosso *Parquet*.

A providência encontra sua razão de ser no fato de que o nosso órgão cultural deixou de ser publicado entre 1991 e 1994, portanto durante quatro anos. Dessa maneira, todo o noticiário relevante da Instituição deixou de ser conhecido naquele período, com grave prejuízo para a "Memória" institucional.

Quando do número anterior (Revista 17), resgatamos os XII e XIII Concursos. Agora é a vez de publicarmos os dados principais dos XIV e XV Concursos para ingresso em nossa carreira.

2. XIV Concurso - Breve registro histórico.

1. CONSTITUIÇÃO DA COMISSÃO DE CONCURSO

Membros Titulares: Drs. Paulo Ferreira Rodrigues, Maurício Helayel, Evangelina Fontelas Rosado Spinelli, Vera de Souza Leite e Luiz Fernando Ribeiro de Matos.

Membros suplentes: Drs. Cezar Romero de Oliveira Soares, Dalva Pieri Nunes, Eduardo Othelo Gonçalves Fernandes, Leny Costa de Assis e Julio Cesar de Souza Oliveira.

2. BANCA EXAMINADORA

2.1 Banca de Direito Penal

Presidente: Dr. Sergio Demoro Hamilton.

Direito Penal Comum

Dr. Hamilton Carvalhido (titular); Drs. Maurício Caldas Lopes e Vanda Menezes Rocha (suplentes).

Direito Penal Especial

Dr. Carlos Antonio da Silva Navega (titular); Drs. Hedel Luiz Nara Ramos e Fernando Lúcio Lagoeiro Magalhães (suplentes).

Direito Processual Penal

Dr. Sergio Demoro Hamilton (titular); Drs. Elso Vaz e Elisabeth de Moraes Casar Ferraz Alves (suplentes).

2.2 Banca de Direito Civil

Presidente: Dr. Valneide Serrão Vieira.

Direito Civil

Dra. Marija Yrneh Rodrigues de Moura (titular); Drs. Décio Luiz Gomes e Leonardo de Souza Chaves (suplentes).

Direito Processual Civil

Dr. Valneide Serrão Vieira (titular); Drs. Roberto Abranches e Cristina Maria dos Santos Caetano da Silva (suplentes).

Direito Comercial (*)

2.3 Banca de Direito Público

Presidente: Dr. Edmundo José Anjo Coutinho

Direito Constitucional

Dr. Francisco das Neves Baptista (titular); Drs. Adolfo Borges Filho e Maria Amélia Couto Carvalho (suplentes).

Direito Administrativo

Dr. Edmundo José Anjo Coutinho (titular); Drs. Carlos Domingues da Venda e Heloísa Helena Gomes Barbosa (suplentes).

Princípios Institucionais do Ministério Público

Dr. Marfan Martins Vieira (titular); Drs. Luiz Otavio de Freitas e Vera Maria Barreira Jatahy (suplentes).

3. CANDIDATOS INSCRITOS: 1.302.

3.1 Que compareceram à prova preliminar: 1.097

3.2 Candidatos Aprovados: 32

3.3 Candidatos Empossados: 32

4. CLASSIFICAÇÃO FINAL DOS CANDIDATOS:

1º Renato Lisbôa Teixeira Pinto

2º Lúcia Mothé Glioche

3º Maria Celeste Pinto de Castro Jatahy

4º Mauro Luís Rocha Lopes

5º Christiane Barbosa Monnerat

6º Paulo Cesar Vieira de Carvalho Filho

(*) A banca não foi indicada pela Gerência de Suporte aos Concursos.

- 7° Rogério Lima Sá Ferreira
- 8° Maria Helena Pinto Machado
- 9° Maria Elisabete Cardoso Antunes da Costa
- 10° Ricardo Coronha Pinheiro
- 11° Nadia Maria de Souza
- 12° Patrícia Leite Carvão
- 13° Regina Ghiaroni
- 14° Mária Luiza Bezerra Cortes Barroso
- 15° Carlos Augusto Borges
- 16° José Antonio Fernandez Souto
- 17° Maria Beatriz Peres Fernandes Câmara
- 18° Marcelo Pereira Marques
- 19° Ana Lúcia da Silva Melo
- 20° Márcia Maria Tamburini Porto Saraiva
- 21° Ediléia Gonçalves dos Santos
- 22° Augusto Alves Moreira Júnior
- 23° Ana Cíntia Lazary Serour
- 24° Luiz Alberto Carvalho Alves
- 25° Inês da Matta Andreiuolo
- 26° Ana Maria Gomes de Castro
- 27° Anco Márcio Valle
- 28° Janaína Marques Corrêa
- 29° Elisabete Figueiredo Felisbino Barbosa
- 30° Marilza de Souza Gonçalves Augusto
- 31° Carla da Silva Carvalho
- 32° Angelo Joaquim Gouvea Neto

XV Concurso - Breve registro histórico.

1. CONSTITUIÇÃO DA COMISSÃO DE CONCURSO

Membros Titulares: Drs. Dalva Pieri Nunes, Francisco das Neves Baptista, Julio Cesar de Souza Oliveira, Mauro Campello e Paulo Ferreira Rodrigues

Membros suplentes: Drs. Adolfo Borges Filho, Eduardo Othelo Gonçalves Fernandes, Elio Gitelman Fischberg, Leny Costa de Assis e Mary Virginia Northrup.

2. BANCA EXAMINADORA

2.1 Banca de Direito Penal

Presidente: Dr. Sergio Demoro Hamilton.

Direito Penal Comum

Dr. José Augusto de Araújo Neto (titular); Drs. Telma Musse Diuana e Vanda Menezes Rocha (suplentes).

Direito Penal Especial

Dr. Carlos Antonio da Silva Navega (titular); Drs. Fernando Lúcio Lagoeiro Magalhães e Wander Cesar Moreira (suplentes).

Direito Processual Penal

Dr. Sergio Demoro Hamilton (titular); Drs. Elso Vaz e Elisabeth Cassar Ferraz Alves (suplentes).

2.2 Banca de Direito Civil

Presidente: Dr. Valneide Serrão Vieira.

Direito Civil

Dr. Décio Luiz Gomes (titular); Drs. José Maria Leoni Lopes de Oliveira e Maria Teresa Moreira Lima (suplentes).

Direito Processual Civil

Dr. Valneide Serrão Vieira (titular); Dras. Cristina Maria dos Santos Caetano da Silva e Heloisa Helena Pires dos Santos (suplentes).

Direito Comercial (*)

(*) A banca não foi indicada pela Gerência de Suporte aos Concursos.

2.3 Banca de Direito Público

Presidente: Dr. Francisco das Neves Baptista

Direito Constitucional

Dr. Francisco das Neves Baptista (titular); Drs. Adolfo Borges Filho e Celso Benjó (suplentes).

Direito Administrativo

Dr. Ronaldo de Medeiros Albuquerque (titular); Dras. Heloísa Helena Gomes Barbosa e Vera Maria Barreira Jatahy (suplentes).

Princípios Institucionais do Ministério Público

Dr. Marfan Martins Vieira (titular); Drs. Luiz Otavio de Freitas e Carlos Roberto de Castro Jatahy (suplentes).

3. CANDIDATOS INSCRITOS: 1.958.

3.1 Que compareceram à prova preliminar: 1.494

3.2 Candidatos Aprovados: 13

3.3 Candidatos Empossados: 13

4. CLASSIFICAÇÃO FINAL DOS CANDIDATOS:

1º Galdino Augusto Coelho Bordallo

2º Ana Paula Vieira de Carvalho

3º Adriana Campos Bastos

4º Marcelo Lessa Bastos

5º Ivany Bastos Mutschaewski

6 Cláudia Martins Quaresma

7º Rochester Machado Piredda

8º Ana Cristina Huth Macedo

9º Waldemiro José Tróculo Junior

10º Adriana Miranda Palma

11º Vera Regina de Almeida

12º Cíntia Souto Machado de Andrade

13º Daniel Faria Braz

Academia Brasileira de Ciências Jurídicas

Tomou posse na “Academia Brasileira de Ciências Jurídicas” nosso colega, Procurador de Justiça aposentado, Dr. Arion Sayão Romita. Nela irá ocupar a Cadeira de nº 02, que tem como patrono Guimarães Natal, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, e, como antecessor do empossado, o Dr. Adahyl Lourenço Dias, advogado em Goiás.

A cerimônia de posse ocorreu no dia 02 de julho.

Procuradora de Justiça Maria de Lourdes de Oliveira Ribeiro (in memoriam)

A Coordenadora do 5º Centro Regional de Apoio Administrativo-Institucional fez inaugurar, no dia 16 de julho, no salão do Tribunal do Júri do Fórum de São Gonçalo, placa em memória de nossa saudosa colega, Procuradora de Justiça, Dra. Maria de Lourdes de Oliveira Ribeiro. Lourdinha, como era carinhosamente tratada por seus colegas de Ministério Público, deixou, em sua longa passagem pelo nosso *Parquet*, para todos nós, um legado de competência e de honradez, digno de ser recordado.

Justíssima a homenagem feita à sua memória, impondo-se ressaltar o fato de que a sempre lembrada colega era portadora do Colar do Mérito do Ministério Público, a mais elevada condecoração de nossa Instituição.

Posto de Atendimento da COOMPERJ

Foi inaugurado no 4º andar da sede da Procuradoria-Geral de Justiça o Posto de Atendimento da Cooperativa de Crédito Mútuo dos Integrantes do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

A inauguração deu-se no dia 18 de agosto do corrente ano, valendo notar que o Posto de Atendimento irá ocupar parte do local onde, anteriormente, estava situado o Centro de Memória do Ministério Público, agora sediado no prédio da FEMPERJ.

Após a inauguração, foi servido um coquetel aos presentes.

Na oportunidade, foi editado um *folder* explicativo das finalidades da COOMPERJ.

Plano Geral de Atuação do Ministério Público Fluminense

1. Teve lugar, no dia 22 de agosto do ano em curso, no salão nobre do prédio-sede do Ministério Público, o lançamento do Plano Geral de Atuação do Ministério Público Fluminense.

2. A Mesa que presidiu os trabalhos guardou a seguinte composição: Procurador-Geral de Justiça, Dr. Antonio Vicente da Costa Junior (Presidente); Procurador de Justiça do Estado no Rio Grande do Sul, Dr. Lenio Luiz Streck; Subprocurador-Geral de Justiça de Administração, Dr. Ertulei Laureano Matos; Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais, Dr. Maurício Assayag; Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento, Dr. Carlos Roberto de Castro Jatahy; Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Jurídicos, Dr. Celso Fernando de Barros; Subcorregedor-Geral do Ministério Público, Dr. Geraldo Antônio Rangel de Azeredo Coutinho, que, no ato, representava a Corregedora-Geral do Ministério Público, Dra. Denise Freitas Fabião Guasque; Coordenadora do Núcleo de Planejamento Institucional, Procuradora de Justiça, Dra. Denise Soares Lopes; Procurador de Justiça, Dr. José dos Santos Carvalho Filho, Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça; Procurador de Justiça, Dr. Kleber Couto Pinto, Coordenador do CEJUR; Procurador de Justiça, Dr. Hugo Jerke, Diretor Executivo da FEMPERJ; Procurador de Justiça, Dr. Sergio Demoro Hamilton, Diretor da *Revista do Ministério Público*.

3. Aberta a sessão pelo Procurador-Geral de Justiça, com a palestra do Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento, Dr. Carlos Roberto de Castro Jatahy, que expôs aos presentes as linhas básicas do Plano, instruindo sua fala com uma projeção de eslaides de alguns pontos do programa.

4. Seguiu-se a palestra do Procurador de Justiça no Rio Grande do Sul, Dr. Lenio Luiz Streck, Pós-Doutor em Direito Constitucional e Hermenêutica pela Universidade de Lisboa, sobre o Tema "Constituição e Crime: A legitimidade da função investigatória do Ministério Público - Crítica à recente decisão do STF".

5. A solenidade ganhou encerramento com a palavra do Procurador-Geral de Justiça, Dr. Antonio Vicente da Costa Junior, que convidou o Diretor da *Revista do Ministério Público*, Dr. Sergio Demoro Hamilton, para fazer entrega ao Dr. Lenio Luiz Streck de um presente ofertado pelos membros do *Parquet* fluminense ao ilustre conferencista.

6. A cerimônia contou com a presença de expressivo número de Promotores e Procuradores de Justiça e, uma vez encerrada, foi servido aos presentes um coquetel no foyer anexo ao salão nobre.

7. Vale o registro de que, na ocasião, foi editado um livro contendo as idéias básicas que irão nortear o Plano no biênio 2003-2004.

Posto de Atendimento da CAMPERJ

Foi inaugurado o Posto de Atendimento da Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - CAMPERJ - situado no 3º andar da sede da Procuradoria-Geral de Justiça.

A cerimônia ocorreu no dia 25 de agosto, quando foi oferecido um coquetel a todos os convidados.

Eleição para o OECPJ

1. Realizou-se, no dia 29 de agosto do corrente ano, a eleição para a escolha dos membros eleitos do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça para o próximo biênio. Como sabido, o OECPJ é integrado pelo Procurador-Geral de Justiça, que o preside, pelo Corregedor-Geral do Ministério Público, pelos dez Procuradores de Justiça mais antigos na classe (membros natos) e por dez Procuradores de Justiça eleitos pelo Colégio de Procuradores de Justiça, compondo-se, assim, de 22 membros.

2. Inscreveram-se, como candidatos, os seguintes Procuradores de Justiça: Adolfo Borges Filho, Antonio Carlos da Graça de Mesquita, Arilda Sandra da Silva Nunes, Elaine Costa da Silva, Fatima Maria Ferreira Melo, Francisco Antonio Souto e Faria, Geraldo Antonio Rangel de Azeredo Coutinho, Gladys Mary Licinio Holanda, José Roberto Paredes, Karla Maria da Cruz Carvalho, Luiz Fabião Guasque, Marcio Klang, Marcia Alvares Pires Rodrigues, Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, Maria Lucia Lima e Silva Ceglia, Paolina Leone Candia Hryniewicz, Pedro Elias Erthal Sanglard, Pedro Moreira Alves de Brito, Regina Lucia Natal de Carvalho e Sergio Roberto Ulhoa Pimentel.

3. A Mesa receptora e apuradora dos votos, situada no 5º andar do prédio-sede do Ministério Público, guardou a seguinte composição:

Dra. Marija Yrneh Rodrigues de Moura – Presidente

Dr. José Augusto de Araújo Neto

Dra. Maria Amélia Couto Carvalho (*)

4. A eleição apresentou o seguinte resultado:

Efetivos:

Antonio Carlos da Graça de Mesquita - 109 votos

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea - 92 votos

Sergio Roberto Ulhoa Pimentel- 92 votos

Adolfo Borges Filho - 90 votos

Fatima Maria Ferreira Melo - 90 votos

Pedro Elias Erthal Sanglard - 80 votos

Paolina Leone Candia Hryniewicz - 79 votos

Pedro Moreira Alves de Brito - 77 votos

Luiz Fabião Guasque - 72 votos

(*) Substituída pela Procuradora de Justiça, Dra. Vera de Souza Leite.

Marcia Alvares Pires Rodrigues - 71 votos

Suplentes:

Elaine Costa da Silva - 66 votos

Gladys Mary Licinio Holanda - 64 votos

Marcio Klang - 59 votos

Jose Roberto Paredes - 57 votos

Karla Maria da Cruz Carvalho - 56 votos

Geraldo Antonio Rangel de Azeredo Coutinho - 55 votos

Francisco Antonio Souto e Faria - 54 votos

Arilda Sandra da Silva Nunes - 54 votos

Regina Lucia Natal de Carvalho - 51 votos

Maria Lucia Lima e Silva Ceglia - 50 votos

1º Congresso Virtual do MPRJ

1. Por iniciativa de nosso colega, Procurador de Justiça, Dr. Francisco Antonio Souto e Faria, a Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ) promoveu, entre os dias 15 de outubro e 30 de novembro de 2003, o 1º Congresso Virtual do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, destinado, exclusivamente, aos membros do Ministério Público de nosso Estado.

Nesse sentido, foram mantidos entendimentos com a CAMPERJ e com o CEPROJUS, que, através das suas direções, autorizaram o deslocamento do "Prêmio Jurídico Luiz Carlos Caffaro" para o aludido Congresso Virtual, motivando, ainda mais, os colegas do *Parquet* para que enviassem seus trabalhos *on line* para participação no evento em questão.

2. O temário estabelecido versou a respeito dos seguintes assuntos:

Tema I - A Atuação do Ministério Público na Área Criminal

Tema II - A Atuação do Ministério Público nas Áreas Cível e Especializadas

Tema III - A Atuação do Ministério Público na Defesa da Norma Constitucional e das Leis

Tema IV - O Ministério Público, política institucional e administrativa.

3. A Presidência de Honra e a Comissão Organizadora do Congresso viram-se assim constituídas:

PRESIDENTE DE HONRA DO 1º CONGRESSO VIRTUAL

Exmº. Sr. Dr. Antonio Vicente da Costa Junior - Procurador-Geral de Justiça

COMISSÃO ORGANIZADORA

Presidência Geral - Dr. Hugo Jerke, Procurador de Justiça,
Diretor Presidente da FEMPERJ

PRESIDÊNCIA EXECUTIVA: Dr. Francisco Antonio Souto e Faria
- Procurador de Justiça

MEMBROS:

Dr. José Muiños Piñeiro Filho - Procurador de Justiça

Dr. Luiz Fabião Guasque - Procurador de Justiça

Dr. Kleber Couto Pinto - Procurador de Justiça

Dr. Victor Santos Queiroz - Promotor de Justiça

4. Foram estabelecidos os seguintes valores para o "Prêmio Jurídico Luiz Carlos Caffaro":

1º lugar: R\$ 5.000,00

2º lugar: R\$ 3.000,00

3º lugar: R\$ 2.000,00

5. Além disso, a FEMPERJ irá, após o necessário consentimento dos vencedores, publicar 500 exemplares de cada tese, promovendo o lançamento da publicação em tarde de autógrafos, tudo sem qualquer ônus para os tesistas.

6. Foram constituídas as seguintes Comissões Temáticas para a apreciação dos trabalhos:

I - COMISSÃO TEMÁTICA

A Atuação do Ministério Público na Área Criminal

Presidente: Marcellus Polastri Lima

Membros:

Antonio José Martins Gabriel e Angelica Mothé Glioche Gasparri

II - COMISSÃO TEMÁTICA

A Atuação do Ministério Público nas Áreas Cível e Especializadas

Presidente: Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho

Membros:

Bruno Ferolla e Guilherme Magalhães Martins

III - COMISSÃO TEMÁTICA

A Atuação do Ministério Público na Defesa da Norma Constitucional e das Leis

Presidente: Luiz Fabião Guasque

Membros:

Orlando Carlos Neves Belém e Eduardo Slerca

IV - COMISSÃO TEMÁTICA

Ministério Público, Política Institucional e Administrativa

Presidente: José dos Santos Carvalho Filho

Membros:

Carlos Roberto de Castro Jatahy e Denise Soares Lopes

CAMPERJ comemora 22 anos

A Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro comemorou 22 anos da sua fundação no dia 22 de setembro. Na ocasião, foi oferecido um coquetel aos associados e seus dependentes na luxuosa sede da CAMPERJ situada na Rua do Ouvidor nº 60, 6º andar, contando a festividade com a presença de grande número de colegas, Procuradores e Promotores de Justiça. Na qualidade de anfitrião, a todos recebia, com a habitual fidalguia, o Dr. Arthur Pontes Teixeira, Diretor-Presidente da CAMPERJ.

Posse dos novos membros do OECPJ

1. Realizou-se, no dia 26 de setembro do corrente ano, a solenidade de posse dos novos membros eleitos para o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça para o biênio 2003/2005. Como de conhecimento geral, o OECPJ é composto por dez membros natos (os dez Procuradores de Justiça mais antigos na classe), por dez Procuradores de Justiça eleitos pelo Colégio de Procuradores de Justiça, pela Corregedora-Geral do Ministério Público e pelo Procurador-Geral de Justiça, que preside o Colegiado maior da Instituição. O ato teve lugar no "Auditório Procurador de Justiça Simão Isaac Benjô", no 5º andar do edifício-sede do Ministério Público.

2. Aberta a sessão pelo Procurador-Geral de Justiça, Dr. Antonio Vicente da Costa Junior, após breves palavras da Chefia do *Parquet* sobre o significado da cerimônia, foi, então, convidado a usar a palavra o Procurador de Justiça, Dr. Celso Fernando de Barros, para fazer a saudação gratulatória aos empossandos, fala esta traduzida em um belo pronunciamento de improviso.

3. A festividade ganhou seguimento com o convite do Procurador-Geral de Justiça para que os empossandos viessem a assinar o termo de posse e tomar assento no lugar que lhes era destinado no plenário.

Tomaram posse, pela ordem de chamada, os seguintes colegas eleitos: Dra. Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, Dr. Adolfo Borges Filho, Dr. Pedro Moreira Alves de Brito, Dra. Paolina Leone Candia Hryniewicz, Dra. Fátima Maria Ferreira Melo, Dr. Antônio Carlos da Graça de Mesquita, Dr. Sergio Roberto Ulhôa Pimentel, Dr. Luiz Fabião Guasque e Dra. Marcia Alvares Pires Rodrigues.

4. Em seguida, o Procurador-Geral de Justiça procedeu a leitura dos nomes dos membros suplentes do OECPJ, eleitos, igualmente, no dia 29 de agosto passado. São eles: Dra. Elaine Costa da Silva, Dra. Gladys Mary Licínio Holanda, Dr. Márcio Klang, Dr. José Roberto Paredes, Dra. Karla Maria da Cruz Carvalho, Dr. Geraldo Antonio Rangel de Azeredo Coutinho, Dr. Francisco Antonio Souto e Faria, Dra. Arilda Sandra da Silva Nunes, Dra. Regina Lucia Natal de Carvalho e Dra. Maria Lúcia Lima e Silva Ceglia.

5. A secretária do OECPJ, Dra. Marcia Alvares Pires Rodrigues procedeu, então, a leitura do Termo de Posse e Compromisso dos Conselheiros Titulares eleitos a convite do Procurador-Geral de Justiça.

6. O Procurador-Geral de Justiça, em seguimento, declara empossados os membros eleitos para o OECPJ no biênio 2003/2005.

7. Usou da palavra, em prosseguimento, o Procurador de Justiça, Dr. Antônio Carlos da Graça de Mesquita, para, na qualidade de membro mais votado, fazer seu pronunciamento, cujos termos vão abaixo transcritos:

“A democracia institucional se consolida com mais esta posse e merece realce o fato inédito de vinte colegas terem concorrido às dez vagas do Egrégio Órgão Especial do Colégio de Procuradores.

Digno de registro, também, o comparecimento maciço para o exercício do voto evidenciando o grande interesse do colegiado na escolha dos integrantes do Órgão Especial, uma das parcelas da nossa Administração Superior.

Em particular, agradeço, de público, o resultado que obtive nas urnas, bastante significativo, e que interpreto como a vontade dos colegas em estimular-me a prosseguir na política institucional.

Nunca me afastei do órgão de execução e, como cediço, fui candidato a Procurador Geral de Justiça, em dezembro de 2000, e, este ano, concorri ao cargo de Corregedor-Geral. Tenham certeza, podem confiar, que saberei representá-los onde for e nada obsta a escolha por novos rumos.

Não podemos esquecer que no Ministério Público há diversas correntes de pensamento; entretanto, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional devem estar presentes como lema indispensável a ser preservado para o engrandecimento da própria Instituição.

O Ministério Público é exemplo não só para as demais carreiras de Estado como para a nossa sociedade em geral, e disto não podemos abdicar.

A Constituição Federal outorgou ao Ministério Público prerrogativas de relevância que nos garantem o exercício pleno das atividades ministeriais nos mais diversos setores do direito pátrio e não faltaremos ao dever de bem cumpri-lo.

Os inconformados tentam solapar a autoridade institucional para minimizar o alcance de nossas legitimidades, mas não têm conseguido êxito.

Tentaram impor o retorno da ultrapassada figura do Promotor *ad hoc*, porém o Supremo Tribunal Federal, em magna decisão, declarou que a atuação do Ministério Público só se faz efetiva por seus próprios membros.

Descabido, portanto, o propósito de renascimento do Promotor *ad hoc*, há muito sepultado, pois não se compatibiliza com a dimensão das atribuições do Ministério Público estabelecidas na Constituição Federal.

O conceito do Ministério Público relacionado ao Direito Penal permanece, mas vem acompanhado com o do órgão que pugna pelos direitos do consumidor, do cidadão, dos menores e dos interesses difusos e coletivos.

O Direito Penal modernizou-se com as sanções alternativas e a autoridade ministerial tem poderes indelegáveis de transacionar, propor a conciliação, podendo, inclusive, atender o interesse das partes e da própria coletividade, a um só tempo.

Até no cumprimento da sanção estamos presentes, sendo impróprio outorgar ao estranho à classe o encargo.

O Ministério Público, pela diversidade de suas intervenções, desempenha, sem dúvida, papel importante na comunidade e sua evolução acompanha o progresso do Estado. Nossa atividade compreende não só o foro judicial como também o extrajudicial.

A carreira do Ministério Público proporciona ao bacharel em Direito um atuar por completo, atraindo muitos estudantes, e devemos manter acesa esta chama.

Quando prestei vestibular na década de sessenta, fui examinado na cadeira de Latim, pois imprescindível para ingresso na Universidade Federal do Rio de Janeiro, conhecida antigamente como Faculdade Nacional de Direito; hoje se exige, para ingresso na Instituição, a prestação de exame na cadeira de Português, língua nacional, com raízes no Latim, o qual, ainda hoje, faz parte do currículo eletivo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sinal dos tempos.

A lição obtida é que não há como se sustentar a evolução, se não forem observados os predicados mínimos e basilares que fazem parte da formação do homem.

A língua materna e a caneta são elementos indispensáveis, imprescindíveis, no cumprimento de nossa missão; e o moderno computador, excelente auxiliar diante da quantidade de processos, nos disponibilizando a celeridade, não resiste à antiga máquina de escrever manual, que prescinde da energia elétrica, mas depende da energia humana, que não nos falta, até porque somos vitalícios.

É com este ser humano, formado nas Faculdades de Direito, que o Ministério Público conta para o cumprimento do dever.

O recrutamento dos novos colegas deve iniciar-se na base, cativando o ingresso na carreira; daí a importância dos cursos ministrados pela Fundação Escola do Ministério Público (FEMPERJ), na Associação do Ministério Público (AMPERJ) e o

nosso Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), disto deve participar efetivamente.

O mestre Pedro Calmon, de quem fui discípulo, assim como de Hélio Tornaghi e do nosso saudoso e inesquecível Procurador de Justiça Rafael Carneiro da Rocha, davam destaque, nas aulas de Direito Constitucional, Processual Penal e Penal, a uma das carreiras de Direito, ou seja, a do Ministério Público, o qual, frisavam, além de guardião da ordem jurídica, era também parte no feito e fiscal do cumprimento da lei, a que todos têm que se submeter, não havendo alternativa a tal soberania.

Aqui se postula para o pobre, para o cidadão, enfim, para todos da sociedade.

Aqui se defende o cumprimento da lei penal, civil, eleitoral, repetindo, somos o fiscal da lei, de toda lei.

O Ministério Público é motivo de orgulho para os brasileiros e a nossa intervenção tem apresentado resultados relevantes nas diversas esferas do poder.

As autoridades em geral têm respeitado cada vez mais nossa atuação e não raro buscam o nosso concurso para soluções inerentes ao bem estar social e a paz.

Os espaços de atuação existem e temos que ocupá-los, em toda a sua plenitude, para que não se critique eventual omissão, como vem acontecendo com outras carreiras de Estado.

O Ministério Público pungente, aguerrido, vigilante, que combate o crime organizado, o crime ambiental, a violência urbana, os crimes praticados modernamente pela *internet*, o abuso do poder econômico praticado contra os consumidores, e vela pela correta aplicação das verbas públicas é uma realidade incontestável.

Não se tenha o Ministério Público como intolerante e sim como órgão voltado para o estrito cumprimento da lei.

O Ministério Público há de ser de vanguarda para sempre atender a missão institucional.

O Ministério Público não deve manter-se alheio aos acontecimentos do dia-a-dia da sociedade. A nos-

sa energia potencial deve, de imediato, transformar-se em cinética.

Devemos e podemos agir sem provocação, anteciparmo-nos, prevenirmo-nos na apuração dos desvios de conduta de quem quer que seja.

O Ministério Público não pode deixar de ver o que todos vêem, querem e clamam; ou seja, uma sociedade justa, equânime e sem privilégios, na qual cada um responda pelos seus atos.

A nossa recém editada Lei Orgânica estadual delineou a atuação do Órgão Especial do Colégio de Procuradores e temos a obrigação de segui-la.

Ao Egrégio Órgão Especial cabe a propositura de leis que permitam o pleno atuar ministerial, que discipline nossa carreira, nossos direitos e prerrogativas e, neste momento, concito a cada um dos eleitos a apresentar propostas que nos garantam o que até aqui conquistamos, tendo em vista as alterações constitucionais em trâmite.

Não temos 'caixa-preta', nosso atuar é transparente e a sociedade nos escolheu como seu ideal representante em face dos poderosos.

A liberdade de atuação, respeitada a lei, nos encoraja nas lições cotidianas.

Não passou despercebida a divulgação de que em alguns países há eleições diretas para o Ministério Público, mandato eletivo temporário. Devemos rebater e demonstrar as inconveniências de se adotar igual procedimento em nosso país. O Ministério Público seria afetado em sua necessária imparcialidade política, bem como nos faltaria a garantia da estabilidade, atributo das carreiras de Estado.

Temos um mandato popular definitivo, consagrado nas normas constitucionais que, por isto, é suficiente e não admite recuo, sob pena de se tornarem letra morta os poderes legitimamente consagrados pela Assembléia Constituinte.

O modelo a ser seguido é o nosso, e deve ser adotado por outros países; e não ao contrário. Aqui também se faz escola.

O júízo arbitral se encontra presente no direito

pátrio e repito, se nossos espaços de atuação não forem preenchidos, surgirão riscos, que devemos evitar, haveria, portanto, manifesto retrocesso. As Organizações Não-Governamentais merecem atenção.

Guimarães Rosa, escritor brasileiro, já dizia: “sendo a vez, sendo a hora, entende, atente, torna tento, avança, pelega e faz”.

Os desafios para a Instituição continuam e o Órgão Especial deve estar atento e preparado para respondê-los.

Coesos, fortaleceremos a Instituição e manteremos o respeito e a devoção da sociedade.

A legitimidade de nossas atribuições, conferida pela Constituição Federal, é fruto do empenho dos colegas mais antigos, que firmes, inabaláveis, mantiveram de pé e altivo o nosso Ministério Público, quando sequer tínhamos autonomia administrativa e os recursos eram escassos, mínimos, como a desestimular a luta institucional.

Esta importante parcela de colegas está representada no Órgão Especial pelos dez mais antigos, os quais continuarão oferecendo suas experiências e conhecimentos aos membros ora eleitos.

A propósito, séculos atrás, o filósofo inglês BACON já dizia: “só se aprende bem pela experiência”.

A estrutura do Ministério Público de hoje é bem diferente daquela quando aqui ingressamos, há vinte anos. Temos os Centros de Apoio Institucional, não só na capital como no interior, o quadro de funcionários foi ampliado e serviços especializados cooperam em nossa missão.

Somos pioneiros na criação das Centrais de Inquéritos e importa insistir no reconhecimento de nossa autoridade para iniciar e proceder às investigações penais.

O Ministério Público de ontem, de hoje, de amanhã, será sempre o Ministério Público e o conceito perante a sociedade manter-se-á íntegro na proporção em que nos atualizamos e atendemos aos seus lúdimos anseios.

O atual Procurador-Geral, cômico de suas responsabilidades, tem demonstrado empenho em integrar as diversas correntes de pensamento do *Parquet*, mantendo a independência de cada um de seus membros, com harmonia, apresentando, destarte, à sociedade um conceito globalizado da Instituição nas mais diversas esferas de atuação.

A escolha dos colegas para os cargos de confiança junto à Administração Superior é prova inequívoca de tal proceder.

A ele, Procurador Geral, que conheci professor na Faculdade, cabe a presidência do Órgão Especial que há muito integra, sendo, inclusive, o nosso decano e, com certeza, nos prestigiará no mandato que ora se inicia.

A tarefa árdua do Ministério Público é contínua, renova-se dia a dia, é infinita, cada membro da Instituição é um soldado vitalício, presente, desde a mais longínqua comarca do Estado à nossa capital, sempre apto a garantir o exercício pleno da cidadania.

Assim, a posse dos membros, ora eleitos, é um capítulo de nossa história e solidifica os princípios institucionais do Ministério Público (unidade, indivisibilidade e independência funcional).

Meus parabéns a todos, a Instituição perene há de respeitar o interesse público razão maior de nossa existência e os eleitos, com certeza, honrarão os votos recebidos."

8. O Procurador-Geral de Justiça, Dr. Antonio Vicente da Costa Junior, dá por encerrada a sessão solene.

9. Anote-se a presença, na festividade, de expressivo número de Procuradores e Promotores de Justiça, cumprindo ressaltar, entre outros, os comparecimentos do Dr. Marfan Martins Vieira, Presidente da AMPERJ, do Dr. Arthur Pontes Teixeira, Diretor-Presidente da CAMPERJ e dos ex-Procuradores-Gerais de Justiça, Dr. José Muiños Piñeiro Filho e Hermano Odilon dos Anjos.

10. Da parte dos membros natos do OECPJ, compuseram o Colegiado, por ocasião da solenidade, os Drs. Celso Fernando de Barros, Marija Yrneh Rodrigues de Moura, João Baptista Lopes de Assis Filho, Márcia Paiva Arellano, Vera de Souza Leite, José Augusto de Araújo Neto, Levy de Azevedo Quaresma, Marly de Almeida Leite Perorázio Tavares e Dalva Pires Nunes, além, evidentemente, da Corregedora-Geral do Ministério Público, Dra. Denise Freitas

Fabião Guasque e do Procurador-Geral de Justiça, Dr. Antonio Vicente da Costa Junior, que presidiu a sessão.

11. Após a cerimônia, foi servido aos presentes um coquetel no restaurante do 4º andar.

Lançada a 2ª edição da Revista da CONAMP

Acaba de ser lançada a segunda edição de mais uma publicação voltada a serviço dos ideais do Ministério Público. Trata-se da *CONAMP em revista*, órgão de divulgação da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, com tiragem de 15.000 exemplares e que tem como destinatários 13.481 membros do Ministério Público, entre ativos e inativos, existentes em todo o Brasil.

A segunda edição, que acaba de vir a lume, apresenta esmerada confecção, contendo assuntos atuais de real interesse para o Ministério Público.

Posse nas Promotorias Eleitorais

1. Realizou-se, no dia 27 de outubro do presente ano, o ato solene de posse dos Promotores Eleitorais. A cerimônia teve lugar no salão nobre, situado no 9º andar do prédio-sede do Ministério Público.

2. A Mesa dos trabalhos foi presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, Dr. Antonio Vicente da Costa Junior, que tinha a ladeá-lo o Procurador Eleitoral do Rio de Janeiro, Dr. Antonio Carlos Simões Martins Soares. Compunham ainda a Mesa os Subprocuradores-Gerais, Ertulei Laureano Matos (de Administração), Maurício Assayag (de Assuntos Institucionais), Carlos Roberto de Castro Jatahy (de Planejamento), a Corregedora-Geral do Ministério Público, Dra. Denise Freitas Fabião Guasque, o Dr. Antonio José Campos Moreira, membro do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, o Dr. Marfan Martins Vieira, Presidente da AMPERJ, o Dr. Arthur Pontes Teixeira, Diretor-Presidente da CAMPERJ, o Dr. Luiz Antonio Ferreira de Araújo, Presidente da COOMPERJ e o Promotor de Justiça, Dr. Marcos Ramayana Blum de Moraes, Coordenador Eleitoral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

3. A solenidade teve início com a execução do Hino Nacional Brasileiro.

4. Discursou, em seguida, o Procurador Eleitoral Dr. Antonio Carlos Simões Martins Soares.

São suas palavras:

“Inicialmente desejo externar a satisfação pessoal em estar aqui entre colegas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Muito já se disse sobre os grandes avanços institucionais e legais que o Ministério Público

alcançou após o advento da Constituição de 1988.

Porém, o grande salto será dado pelo Ministério Público eleitoral no aperfeiçoamento do regime democrático, do Estado de Direito e sobretudo no processo eleitoral como um todo.

É através do processo eleitoral que se materializa a mais ambiciosa cruzada do poder político: o acesso aos mais elevados cargos do Poder Executivo pelo sufrágio popular. Daí a importância de se preservar o caráter autêntico da participação popular contra os abusos do poder econômico, político e fraude eleitoral.

Desde a primeira fase do alistamento eleitoral, passando pelo registro dos candidatos, a propaganda eleitoral, a votação, apuração e diplomação dos eleitos, avulta em todos eles a função fiscalizadora do Ministério Público.

Mas o exercício do *munus* assume relevância ainda maior quando o órgão ministerial maneja a representação prevista no art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, para apurar os desvios e os abusos do poder econômico e de autoridade, e a utilização indevida dos meios de comunicação social em benefício de candidato ou de partido político que, efetivamente, desequilibram o pleito e viciam a vontade popular.

A Justiça Eleitoral da atualidade e a que será aplicada no decorrer deste século XXI haverá de aperfeiçoar cada vez mais os mecanismos administrativos e jurisdicionais de controle dos desvios e abusos do poder econômico e político, capaz de captar e transmitir com fidelidade os anseios e a vontade das urnas.

É essencial, outrossim, que a Justiça Eleitoral detecte as perplexidades e as carências do legislador em se adaptar e de acompanhar a evolução da realidade enfrentada pelos agentes políticos em suas relações com o Poder e com a sociedade, praticando uma jurisprudência criativa e exercendo a sua competência normativa que lhe é conferida em nome do regime democrático e da cidadania.

Nada é mais importante do que a verdade eleitoral para a Justiça Eleitoral, e a verdade das urnas depende de uma legislação racional, estável

e intolerante frente a qualquer desvio, abuso ou ato de corrupção.

A par disso, é imprescindível que a celeridade efetiva seja a tônica da Justiça Eleitoral e, enfim, para que tudo isso funcione, é mister que o órgão do Ministério Público seja implacável, onipresente e eficaz em todas as fases do processo eleitoral.

Muito obrigado.”

5. Por fim, ouviu-se a fala, de improviso, do Procurador-Geral de Justiça, Dr. Antonio Vicente da Costa Junior.

6. A cerimônia ganhou encerramento com a assinatura no livro de posse por parte dos Promotores Eleitorais.

7. A relação completa dos novos Promotores Eleitorais é a seguinte:

Talma Prado Castello Branco Junior	1 ^a	Promotoria Eleitoral
Izabella Figueira	2 ^a	Promotoria Eleitoral
Walberto Fernandes de Lima	3 ^a	Promotoria Eleitoral
Fátima Pacca de Araujo Winkler	4 ^a	Promotoria Eleitoral
Verônica Elisa Rosa Aguiar	5 ^a	Promotoria Eleitoral
Eni Gonçalves Ferreira	6 ^a	Promotoria Eleitoral
Dora Beatriz Wilson da Costa	7 ^a	Promotoria Eleitoral
Sandra Maria Duclos Torres de Melo	8 ^a	Promotoria Eleitoral
Roberto Mendonça de Andrade	9 ^a	Promotoria Eleitoral
Marcio Mothe Fernandes	10 ^a	Promotoria Eleitoral
Marcos Moraes Fagundes	11 ^a	Promotoria Eleitoral
Fernando Luiz de Azevedo Costa	12 ^a	Promotoria Eleitoral
Marcelo Rocha Monteiro	13 ^a	Promotoria Eleitoral
Darlei Gonçalves Bala	14 ^a	Promotoria Eleitoral
Marly Saramago Hermann	15 ^a	Promotoria Eleitoral
Ana Paula Cardoso Ferreira de Lima	16 ^a	Promotoria Eleitoral
Maria Helena Rodrigues Silva Biscaia	17 ^a	Promotoria Eleitoral
Vania Lucia Borsotto Machado Monteiro	18 ^a	Promotoria Eleitoral
Viviane Tavares Henriques	19 ^a	Promotoria Eleitoral
Gianfilippo de Miranda Pianezzola	20 ^a	Promotoria Eleitoral
Ana Cintia Lazary Serour	21 ^a	Promotoria Eleitoral
Leonardo Freire de Oliveira	22 ^a	Promotoria Eleitoral
Flávia Beiriz Brandão de Azevedo	23 ^a	Promotoria Eleitoral
Cristiane Bernstein Seixas	24 ^a	Promotoria Eleitoral
Anna Maria Di Masi	25 ^a	Promotoria Eleitoral
Ângelo Joaquim Gouvea Neto	26 ^a	Promotoria Eleitoral
Fatima Montauban Leitão	27 ^a	Promotoria Eleitoral
Paulo Henrique Pereira da Silva	28 ^a	Promotoria Eleitoral
Paulo Roberto Valim Gomes	29 ^a	Promotoria Eleitoral
Luis Otávio Figueira Lopes	30 ^a	Promotoria Eleitoral
Fábio Vieira dos Santos	31 ^a	Promotoria Eleitoral

Bianca Mota de Moraes	32 ^a	Promotoria Eleitoral
Giuliano de Souza Rocha	33 ^a	Promotoria Eleitoral
Fábio Mendes Muniz	34 ^a	Promotoria Eleitoral
Fabiano Rangel Moreira	35 ^a	Promotoria Eleitoral
Adriana Miranda Palma Schenkel	36 ^a	Promotoria Eleitoral
Leandro Manhães de Lima Barreto	37 ^a	Promotoria Eleitoral
Soraya Taveira Gaya	38 ^a	Promotoria Eleitoral
Marcelo Moutinho Ramalho Bittencourt	39 ^a	Promotoria Eleitoral
Tania Faria Torres Lana	40 ^a	Promotoria Eleitoral
Rodrigo de Almeida Maia	41 ^a	Promotoria Eleitoral
Marcus Edoardo de Sá Earp Siqueira	42 ^a	Promotoria Eleitoral
Rochester Machado Piredda	43 ^a	Promotoria Eleitoral
Madalena Junqueira Ayres	44 ^a	Promotoria Eleitoral
Waldemiro José Trocilo Junior	45 ^a	Promotoria Eleitoral
Maria da Conceição Pereira Cardoso	46 ^a	Promotoria Eleitoral
David Francisco de Faria	47 ^a	Promotoria Eleitoral
Beatriz Leal de Oliveira	49 ^a	Promotoria Eleitoral
Lívia Cristin da Cás Vita	50 ^a	Promotoria Eleitoral
Ricardo Zouein	51 ^a	Promotoria Eleitoral
Ricardo Campanelle Rodrigues	52 ^a	Promotoria Eleitoral
Nestor Goulart Rocha e Silva Junior	53 ^a	Promotoria Eleitoral
Rodrigo Octávio de Arvellos Espínola	54 ^a	Promotoria Eleitoral
Marcela Dumas Belgues de Andrade	55 ^a	Promotoria Eleitoral
Vladimir Ramos da Silva	58 ^a	Promotoria Eleitoral
Ana Paula Amato Manhães Siqueira	59 ^a	Promotoria Eleitoral
Stephan Stamm	60 ^a	Promotoria Eleitoral
Marcio Benisti	61 ^a	Promotoria Eleitoral
Odilon Lisboa Medeiros	62 ^a	Promotoria Eleitoral
Lucio Pereira de Souza	63 ^a	Promotoria Eleitoral
Marcos da Motta	64 ^a	Promotoria Eleitoral
Denise Muniz de Tarin	65 ^a	Promotoria Eleitoral
Angela Maria Silveira dos Santos	66 ^a	Promotoria Eleitoral
Mária Luiza Bezerra Cortes Barroso Miranda	67 ^a	Promotoria Eleitoral
Carlos Cicero Duarte Junior	68 ^a	Promotoria Eleitoral
João Carlos Mendes de Abreu	69 ^a	Promotoria Eleitoral
Flávio Bonazza de Assis	70 ^a	Promotoria Eleitoral
Dennis Aceti Brasil Ferreira	71 ^a	Promotoria Eleitoral
Christiane Claudia Cardoso Anselmo de Farias	72 ^a	Promotoria Eleitoral
Sergio Luis Lopes Pereira	73 ^a	Promotoria Eleitoral
Alessandra Honorato Neves Batista	75 ^a	Promotoria Eleitoral
Rogério Lima Sá Ferreira	77 ^a	Promotoria Eleitoral
Andréa Rodrigues Amin	78 ^a	Promotoria Eleitoral
Silvana Gonzalez de Fabritiis	79 ^a	Promotoria Eleitoral
Adiel da Silva França	80 ^a	Promotoria Eleitoral
Antonio Munir Rafidi	81 ^a	Promotoria Eleitoral
Jorge Narciso da Silva Filho	82 ^a	Promotoria Eleitoral
Clisânger Ferreira Gonçalves	83 ^a	Promotoria Eleitoral
Carla Tereza de Freitas Baptista Cruz	84 ^a	Promotoria Eleitoral
Celso Quintella Aleixo	85 ^a	Promotoria Eleitoral
Adriana Bastos Poubel	86 ^a	Promotoria Eleitoral

Ana Paula Baptista Villa	87 ^a	Promotoria Eleitoral
Marcelo de Lyra Filho	88 ^a	Promotoria Eleitoral
Ivonise da Costa Feres Caetano	89 ^a	Promotoria Eleitoral
Luciano Arbex Sarkis	90 ^a	Promotoria Eleitoral
Marlon Oberst Cordovil	91 ^a	Promotoria Eleitoral
Cristhiane Barradas Zeitone	92 ^a	Promotoria Eleitoral
Roberto Saad Alves da Costa	93 ^a	Promotoria Eleitoral
Átila Pereira de Souza	94 ^a	Promotoria Eleitoral
Margaret Motta Ramos	96 ^a	Promotoria Eleitoral
Anik Rebello Assed Machado	98 ^a	Promotoria Eleitoral
Cláudia Martins Quaresma	99 ^a	Promotoria Eleitoral
Walter de Oliveira Santos	101 ^a	Promotoria Eleitoral
Sheila Cristina Vargas Ferreira Leal	102 ^a	Promotoria Eleitoral
Luciano Lessa Gonçalves dos Santos	103 ^a	Promotoria Eleitoral
Alberto Flores Camargo	104 ^a	Promotoria Eleitoral
Pedro Rubim Borges Fortes	105 ^a	Promotoria Eleitoral
Melissa Gonçalves Magalhães Rocha	106 ^a	Promotoria Eleitoral
Anna Carolina Mattoso Soares	108 ^a	Promotoria Eleitoral
Regiane Cristina Dias Pinto	109 ^a	Promotoria Eleitoral
Jean Pessanha Tavares	110 ^a	Promotoria Eleitoral
Elke Schlesinger	111 ^a	Promotoria Eleitoral
Mariana Segadas Acyilino de Lima	112 ^a	Promotoria Eleitoral
Elizabeth José Barreto	113 ^a	Promotoria Eleitoral
Adelia Barboza de Carvalho	114 ^a	Promotoria Eleitoral
Helane Vieira Ramos	115 ^a	Promotoria Eleitoral
Henrique Paiva Araújo	116 ^a	Promotoria Eleitoral
Alexandre Murilo Graça	117 ^a	Promotoria Eleitoral
Homero das Neves Freitas Filho	118 ^a	Promotoria Eleitoral
Afrânio Silva Jardim	119 ^a	Promotoria Eleitoral
Márcia Maria Tamburini Porto Saraiva	120 ^a	Promotoria Eleitoral
Marcia Vieira Piatigorsky	121 ^a	Promotoria Eleitoral
Patricia Pimentel de Oliveira Chambers	122 ^a	Promotoria Eleitoral
Anco Márcio Valle	123 ^a	Promotoria Eleitoral
Américo Lúzio de Oliveira Filho	124 ^a	Promotoria Eleitoral
Sérgio Livio Pereira Pinto	125 ^a	Promotoria Eleitoral
Elisabete Figueiredo Felisbino Barbosa	126 ^a	Promotoria Eleitoral
Márcia Colonese Lopes Guimarães	127 ^a	Promotoria Eleitoral
Cláudia Canto Condack	128 ^a	Promotoria Eleitoral
José Luiz Pimentel Batista	129 ^a	Promotoria Eleitoral
Roberta da Silva Dumas Rego	130 ^a	Promotoria Eleitoral
Paulo Tarso Santiago Leite	131 ^a	Promotoria Eleitoral
Gabriela da Rocha Guimarães de Campos	132 ^a	Promotoria Eleitoral
Oyama Mignon de Castro	133 ^a	Promotoria Eleitoral
Marcos Paulo Alfradique de Andrade	134 ^a	Promotoria Eleitoral
Camila Moreira Esteves Cyfer	135 ^a	Promotoria Eleitoral
Daniel Faria Braz	136 ^a	Promotoria Eleitoral
Lisângeli Alcântara Erthal Rocha	137 ^a	Promotoria Eleitoral
Fábio Correa de Matos Souza	138 ^a	Promotoria Eleitoral
Deise Barboza Passos Ribeiro	139 ^a	Promotoria Eleitoral
Alexandre Viana Schott	140 ^a	Promotoria Eleitoral

Nelcy Pereira Lessa	142 ^a	Promotoria Eleitoral
Christiane Figueiredo Menescal Braga	143 ^a	Promotoria Eleitoral
João Reginaldo Cardoso da Silva	144 ^a	Promotoria Eleitoral
Rodrigo Lima Gomes	145 ^a	Promotoria Eleitoral
Sebastião Fador Sampaio	146 ^a	Promotoria Eleitoral
José Marinho Paulo Júnior	147 ^a	Promotoria Eleitoral
Érica di Donato Vianna	148 ^a	Promotoria Eleitoral
Pedro Paulo Marinho de Barros	149 ^a	Promotoria Eleitoral
Elisa Ramos Pittaro Neves	150 ^a	Promotoria Eleitoral
Guilherme Mattos de Schueler	151 ^a	Promotoria Eleitoral
Maria Lúcia Winter	152 ^a	Promotoria Eleitoral
Mauro Penna Macedo Guita	153 ^a	Promotoria Eleitoral
Simone Paiva da Motta	155 ^a	Promotoria Eleitoral
Bernardo Vieralves Martins	156 ^a	Promotoria Eleitoral
Marcelo Muniz Neves	157 ^a	Promotoria Eleitoral
Taciana Dantas Carpilovsky	158 ^a	Promotoria Eleitoral
Conceição Maria Tavares de Oliveira	159 ^a	Promotoria Eleitoral
Luciana Maria Vianna Direito Fagundes	160 ^a	Promotoria Eleitoral
Mario Moraes Marques Junior	161 ^a	Promotoria Eleitoral
Luciana Araujo Tepedino	162 ^a	Promotoria Eleitoral
Luciana Sapha Silveira	163 ^a	Promotoria Eleitoral
Mona Nassaro	164 ^a	Promotoria Eleitoral
Angela Maria Parise Rafidi	165 ^a	Promotoria Eleitoral
Alberto Henrique de Pinho Canellas	166 ^a	Promotoria Eleitoral
Joel Cesar Dantas de Sampaio	167 ^a	Promotoria Eleitoral
Vera Regina de Almeida	168 ^a	Promotoria Eleitoral
Georgea Marcovecchio Guerra	169 ^a	Promotoria Eleitoral
Bruno Ferolla	170 ^a	Promotoria Eleitoral
Lilian Moreira Pinho	171 ^a	Promotoria Eleitoral
Renata Maria Nicolau Cabo	173 ^a	Promotoria Eleitoral
Zilda Januzzi Veloso	174 ^a	Promotoria Eleitoral
Riscalla João Abdenur	175 ^a	Promotoria Eleitoral
Ana Lucia da Silva Melo	176 ^a	Promotoria Eleitoral
Rosani da Cunha Gomes	177 ^a	Promotoria Eleitoral
Maria Beatriz Peres Fernandes Câmara	178 ^a	Promotoria Eleitoral
Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro	179 ^a	Promotoria Eleitoral
Cristina Medeiros da Fonseca	180 ^a	Promotoria Eleitoral
Delma Moreira Acioly	182 ^a	Promotoria Eleitoral
Cristiane Gonçalo Soares	185 ^a	Promotoria Eleitoral
Cristiane Branquinho Lucas	186 ^a	Promotoria Eleitoral
Marta Folino Proença	187 ^a	Promotoria Eleitoral
Maria da Glória Guarino de Oliveira Lucas	188 ^a	Promotoria Eleitoral
Monica Santos Cardoso Soares	189 ^a	Promotoria Eleitoral
Alexandra Carvalho Feres	190 ^a	Promotoria Eleitoral
Renato Lisboa Teixeira Pinto	191 ^o	Promotoria Eleitoral
Maria Ignez Carvalho Pimentel	192 ^a	Promotoria Eleitoral
Simone Domingues Coachman	193 ^a	Promotoria Eleitoral
Larissa Ellwanger Fleury Ryff	194 ^a	Promotoria Eleitoral
Anaiza Helena Malhardes Miranda	195 ^a	Promotoria Eleitoral
Simone Gomes de Souza Feijó	197 ^a	Promotoria Eleitoral

Adriana Vital de Matos	198 ^a	Promotoria Eleitoral
Paula Campello Costa Borges Fulchi	199 ^a	Promotoria Eleitoral
Marcelo Pereira Marques	200 ^a	Promotoria Eleitoral
Valéria de Sousa Linck	201 ^a	Promotoria Eleitoral
Dimitrius Viveiros Gonçalves	202 ^a	Promotoria Eleitoral
Francisco Chagas Bruno	203 ^a	Promotoria Eleitoral
Cláudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos	204 ^a	Promotoria Eleitoral
Angela Maria C. Leite de Andrade C. de Matos	205 ^a	Promotoria Eleitoral
Nelia Nahid de Carvalho de Paola	206 ^a	Promotoria Eleitoral
Orlando Carlos Neves Belem	207 ^a	Promotoria Eleitoral
Patricia Mothe Glioche Beze	208 ^a	Promotoria Eleitoral
Julio Cesar Lima dos Santos	209 ^a	Promotoria Eleitoral
Nizete de Azevedo Oliveira	210 ^a	Promotoria Eleitoral
Elisabeth Gomes Sampaio	211 ^a	Promotoria Eleitoral
Maria Luiza Ribeiro Cabral	212 ^a	Promotoria Eleitoral
José Mario Porto Marandino	213 ^a	Promotoria Eleitoral
Marisa Paiva Carvalho da Costa	214 ^a	Promotoria Eleitoral
Jonas Mendes Rodrigues	215 ^a	Promotoria Eleitoral
Adriana Nino Biscaia Fernandes	216 ^a	Promotoria Eleitoral
Maria Amélia Barreto Peixoto	217 ^a	Promotoria Eleitoral
Janafna Marques Correa	218 ^a	Promotoria Eleitoral
Angélica Mothe Glioche Gasparri	219 ^a	Promotoria Eleitoral
Laura Cristina Maia Costa Ferreira	220 ^a	Promotoria Eleitoral
Carmen Eliza Bastos de Carvalho	221 ^a	Promotoria Eleitoral
Maria Luiza de Lamare São Paulo	222 ^a	Promotoria Eleitoral
Laise Helena Silva Macedo	226 ^a	Promotoria Eleitoral
Maria de Lourdes Féo Polônio	227 ^a	Promotoria Eleitoral
Julio Roberto Costa da Silva	228 ^a	Promotoria Eleitoral
Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho	229 ^a	Promotoria Eleitoral
Francisco Franklin Passos Gouvea	230 ^a	Promotoria Eleitoral
Valéria Videira Costa	231 ^a	Promotoria Eleitoral
Renata Silveiras França	232 ^a	Promotoria Eleitoral
Marcos Kac	233 ^a	Promotoria Eleitoral
Flávia Figueiredo Roxo	234 ^a	Promotoria Eleitoral
Marilza de Souza Gonçalves Augusto	235 ^a	Promotoria Eleitoral
Nilo Cairo Lamarão Branta	236 ^a	Promotoria Eleitoral
Celso de Andrade Loureiro	237 ^a	Promotoria Eleitoral
Luiz Alberto da Cunha Braga	238 ^a	Promotoria Eleitoral
Mario Luiz Paes	240 ^a	Promotoria Eleitoral
Liana Barros Cardozo de Sant'Ana	241 ^a	Promotoria Eleitoral
Leônidas Filippone Farrulla Junior	242 ^a	Promotoria Eleitoral
Miriam Lahtermaher	243 ^a	Promotoria Eleitoral
Charles Amitay Weksler	244 ^a	Promotoria Eleitoral
Ana Paula Petra Lopes de Carvalho	245 ^a	Promotoria Eleitoral
Luiz Antonio Correa Ayres	246 ^a	Promotoria Eleitoral
Alexandre Oliveira Tavares	249 ^a	Promotoria Eleitoral
Tereza Cristina Branco Alves	250 ^a	Promotoria Eleitoral
Helio José Ferreira Rocha	252 ^a	Promotoria Eleitoral
Lúcia Ilfizio Barros Bastos	255 ^a	Promotoria Eleitoral

8. Terminada a solenidade foi servido aos presentes um coquetel no *foyer* anexo ao auditório do 9º andar.

XXVI Concurso para ingresso no Ministério Público

Para o fim de registro histórico, noticiamos os principais eventos que marcaram o XXVI Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público:

XXVI Concurso para Ingresso na Classe Inicial da Carreira do Ministério Público

1. Constituição da Comissão de Concurso

Membros titulares: Drs. *José Muiños Piñeiro Filho, Evangelina Fontelas Rosado Spinelli, Vera de Souza Leite, Fátima Maria Ferreira Melo, Adelângela Carvalho Saggioro, Maria Lucia Lima e Silva Ceglia.*

Membros suplentes: Drs. *Elisabeth de Moraes Cassar, Maria do Carmo dos Santos Casa Nova, Roberto Moura Costa Soares, Regina Lucia Natal de Carvalho e Maria Helena Cortes Pinheiro.*

2. Banca Examinadora

2.1 Banca de Direito Penal

Presidente: Dra. *Flávia de Araujo Ferrer de Andrade*

Membros:

Direito Penal

Drs. *Flávia de Araujo Ferrer de Andrade* (titular); *Marcio Mothe Fernandes e Mônica Maria Costa Di Piero* (suplentes).

Direito Processual Penal

Drs. *Marcellus Polastri Lima* (titular); *Dennis Aceti Brasil Ferreira e Paulo Sergio Rangel do Nascimento* (suplentes).

2.2 Banca de Direito Civil

Presidente: Dr. *Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*

Membros:

Direito Civil

Drs. *José Maria Leoni Lopes de Oliveira* (titular); *Marija Yrneh Rodrigues de Moura* e *Sumaya Therezinha Helayel* (suplentes).

Direito Processual Civil

Drs. *Paulo Cezar Pinheiro Carneiro* (titular); *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea* e *Humberto Dalla Bernardina de Pinho* (suplentes).

Direito Comercial

Drs. *Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho* (titular); *Mario Moraes Marques Juniore* e *Bruno Ferolla* (suplentes).

2.3 Banca de Direito Público

Presidente: Dr. *Ertulei Laureano Matos*

Membros:

Direito Constitucional

Drs. *Ertulei Laureano Matos* (titular); *Pedro Elias Erthal Sanglard* e *Emerson Garcia* (suplentes).

Direito Administrativo

Drs. *Sergio Ferraz* (titular); *Diogo de Figueiredo Moreira Neto* e *Eduardo Slerca* (suplentes).

Princípios Institucionais do Ministério Público

Drs. *Adolpho Borges Filho* (titular); *Denise Soares Lopes* e *Anderson Albuquerque de Souza Lima* (suplentes).

3- CANDIDATOS INSCRITOS: 2.586

3.1 Compareceram à Prova Preliminar: 2.227 candidatos

3.2 N° de candidatos aprovados: 56 candidatos

3.3 N° de candidatos empossados: 56 candidatos

Classificação final:

- 1° *Jose Gomes Riberto Schettino*
- 2° *Leandro Silva Navega*
- 3° *Frederico Rangel de Albernaz*
- 4° *Aline Palhano Rocha*
- 5° *Karina Rachel Tavares Santos*
- 6° *Jose Maria de Castro Panoeiro*
- 7° *Simone Sibilio do Nascimento*
- 8° *Décio Luiz Alonso Gomes*
- 9° *Cristiane do Nascimento Ferreira*
- 10° *Luciana Cristina Buarque de Tavares*
- 11° *Luiz Eduardo da Silva Levy de Souza*
- 12° *Renato Monteiro Sardão*
- 13° *Carla Carrubba*
- 14° *Victor Maurício Fiorito Pereira*
- 15° *Elisa Maria Azevedo Macedo*
- 16° *Fernanda Camara Torres Sodré*
- 17° *Theresa Christina de Souza Arcanjo*
- 18° *Fernanda Neves Lopes*
- 19° *Clarisse Lagoeiro de Magalhães Lourenço*
- 20° *Mateus Picanço de Lemos Pinaud*
- 21° *Priscila Naegele Vaz*
- 22° *Roberto Mauro de Magalhães Carvalho Junior*
- 23° *Caren Saisse Villardi*
- 24° *Denise da Silva Vidal*
- 25° *Felipe Barbosa de Freitas Ribeiro*
- 26° *Adriana Santos da Silveira*
- 27° *Fernanda Abreu Ottoni do Amaral*
- 28° *Ludmilla de Carvalho Mota*
- 29° *Renata Aline de Castro Leal*
- 30° *Túlio Caiban Bruno*
- 31° *Daniela Ribeiro Lugão*
- 32° *Pedro Borges Mourão Sá Tavares de Oliveira*
- 33° *Paulo Wunder de Alencar*
- 34° *Sérgio Luiz Ribeiro de Souza*
- 35° *Antonio Carlos Fonte Pessanha*
- 36° *Mariana de Carvalho Elias Rabha*
- 37° *Vanessa Veronesi Tiecher*
- 38° *Érica Parreiras Horta Rocha David*
- 39° *Luciana Pereira Grumbach*
- 40° *Marcia Lustosa Carreira*

- 41° *Juan Luiz Souza Vazquez*
- 42° *Ana Carolina Moraes Coelho*
- 43° *Juliana Amorim*
- 44° *Vanessa de Jesus Tanan*
- 45° *Juliana da Glória Pompeu*
- 46° *Julia Silva Jardim Murtinho*
- 47° *Ana Beatriz Miguel de Aquino*
- 48° *Clarisse Maia da Nobrega*
- 49° *Renata Felisberto Nogueira Viana Farah*
- 50° *Viviane Alves Santos Silva*
- 51° *Bruno Corrêa Gangoni*
- 52° *Gabriela dos Santos Lusquiños*
- 53° *Carlos Marcelo Messenberg*
- 54° *Leandro Oliveira da Silva*
- 55° *Bruno Lavorato Moreira Lopes*
- 56° *Dina Maria Furtado de Mendonça Velloso*

Novas instalações para o Ministério Público

Inaugurada, no dia 11 de dezembro, na Av. Lucídio Lago, 126, cobertura, no centro do Méier, a nova sede das Promotorias de Justiça do Méier.

Anteriormente, no dia 9 de dezembro, deu-se a inauguração da nova sede das Promotorias de Justiça Cíveis, da Infância e Juventude e de Investigações Penais, da 2ª Central de Inquéritos, órgãos que ficarão situados na rua Visconde de Sepetiba, 519, 4º andar, no centro de Niterói. O ato teve lugar às 17 horas.

Igualmente, no dia 9 de dezembro, foi a vez da inauguração, às 15 horas, das novas instalações das Promotorias de Justiça de Família, na Praça Fonseca Ramos, s/nº, no Prédio da Rodoviária, no centro de Niterói.

Já no dia 10 de dezembro teve lugar a inauguração da nova sede das Promotorias de Justiça de Execuções Penais, que ficarão localizados na Av. Presidente Antonio Carlos, 607, 12º andar, no Centro.

O Ministério Público vai assim consolidando, cada vez mais, uma política de atuação no sentido de exercer suas atribuições em locações próprias e independentes.

Cerimônia comemorativa de posse dos Promotores de Justiça aprovados no XXVI Concurso para ingresso no Ministério Público

1. Teve lugar, no dia 8 de dezembro, a solenidade comemorativa da posse dos Promotores de Justiça aprovados no XXVI Concurso para ingresso na carreira do Ministério Público. Na realidade, os novos membros do *Parquet* já haviam sido empossados pouco antes, ou seja, no dia 1º de dezembro, perante

o Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, reservando-se a solenidade festiva para o dia 8 do mesmo mês.

2. A Mesa que presidiu os trabalhos estava assim constituída: Dr. *Antonio Vicente da Costa Junior*, Procurador-Geral de Justiça (Presidente); Deputado Federal *Antonio Carlos Silva Biscaia*; Dr. *Sérgio Zveiter*, Secretário de Estado de Justiça e Direitos do Cidadão, no ato representando a Exma. Sra. Governadora do Estado, *Rosinha Garotinho*; Deputado *José Távora*, neste ato representando o Presidente da Assembléia Legislativa, Dr. *Jorge Picciani*; Desembargador *Maurício Caldas Lopes*, representando o presidente do Tribunal de Justiça, Des. *Miguel Pachá*; Dr. *Antônio Carlos da Silva Navega*, ex-Procurador-Geral de Justiça; Dr. *Ertulei Laureano de Matos*, Subprocurador-Geral de Justiça de Administração; 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^a. *Denise Freitas Fabião Guasque*, Corregedora-Geral do Ministério Público; Procurador de Justiça, Dr. *Marfan Martins Vieira*, Presidente da AMPERJ e da CONAMP e Dr. *Paulo Silveira Martins Leão*, representando o Sr. Cardeal-Arcebispo do Rio de Janeiro, Dom *Eusébio Oscar Scheid*.

Ao lado da Mesa de Honra constavam, ainda, todos os membros do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público (os Procuradores de Justiça *Décio Luiz Gomes*, *Maria Cristina Menezes de Azevedo*, *Kleber Couto Pinto*, *Elaine Costa da Silva*, *Cláudio Soares Lopes*, *Antônio José Campos Moreira*, *Patrícia Silveira da Rosa* e *Lígia Portes Santos*), o Presidente do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, Dr. *Thiers Montebello*, o Secretário-Geral de Administração da Procuradoria Geral de Justiça, Dr. *José Luiz Martins Domingues*, o Procurador de Justiça, Dr. *Hugo Jerke*, Diretor-Executivo da FEMPERJ e o Desembargador *Manoel Carpena Amorim*.

3. A cerimônia, propriamente dita, teve início quando todos, de pé, atendendo à convocação do Procurador-Geral de Justiça, cantaram o Hino Nacional Brasileiro.

4. Seguiu-se o juramento dos novos Promotores de Justiça, lido pelo Dr. *Leandro Silva Navega*, 2º colocado no concurso, nos termos que se seguem:

JURAMENTO

“ Prometo servir ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro com dedicação e lealdade, velando pelo primado da autoridade e defendendo a ordem jurídica e democrática do país. Prometo sustentar, ainda, a intangibilidade dos direitos da cidadania e os direitos indisponíveis e imposteráveis da sociedade, promover e fiscalizar a obediência à Constituição e a exata aplicação das leis, consciente de que estes são os deveres inerentes ao cargo de Promotor de Justiça”.

5. Após, teve lugar a recepção do juramento por parte do Procurador-Geral de Justiça, assim vazada:

“Na qualidade de Procurador-Geral de Justiça e Chefe do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nos termos da lei, recebo o vosso Juramento para declarar-vos investidos no cargo de Promotor de Justiça Substituto do Estado do Rio de Janeiro”.

6. A solenidade ganhou andamento com a chamada nominal dos novos Promotores de Justiça para o recebimento do ato de investidura por parte do Secretário-Geral de Administração, Dr. *José Luiz Martins Domingues*.

7. Deu-se, após, o pronunciamento do Dr. *José Gomes Riberto Schettino*, 1º colocado no concurso:

“Hoje, nós aqui estamos para comemorar uma vitória, para assumir uma grande responsabilidade e para realizar uma promessa.

Depois de dias, meses, anos a fio de estudos árduos, nós, enfim, logramos atingir a conquista que, por todo esse tempo, sonhamos diuturnamente. Quem de nós, nesse período, não deixou de lado as relações sociais e afetivas para, única e exclusivamente, se dedicar aos volumosos manuais das ciências jurídicas, bem como ao conhecimento das infundáveis controvérsias existentes nos ramos do Direito? Quantos de nós não tiveram que empreender verdadeiros malabarismos para conciliar trabalho, filhos, cônjuges, noivos ou namorados com a persecução deste nosso objetivo de vida? Quem de nós, por fim, ao longo da preparação para as provas, não esmoreceu, não quase desistiu ante o que parecia tarefa impossível, dada a notória dificuldade do concurso?

Felizes fomos nós por não permitir que o desânimo vencesse, por acreditar, como nós acreditávamos então e hoje podemos alardear, que não há derrotas para quem acredita em seu próprio objetivo; que, por trás de toda verdadeira vitória, digna deste nome, há um imensurável

sacrifício; e que este sacrifício, transposta sua barreira, é plenamente válido se comparado à vitória.

E agora, quando aqui estamos para esta justa celebração, uma pergunta logo aflora: Como comemorar nossa aprovação à altura do que ela para nós representa? E a resposta é tão simples quanto imediata: compartilhando-a com quem merece, tanto quanto nós, os louros desta conquista. Portanto, é preciso agradecer, muito e sempre, e dividir a alegria deste instante com todos aqueles que nos apoiaram, que fizeram quase tanto ou tanto sacrifício quanto nós para que pudéssemos estar aqui hoje.

Queridos pais, irmãos, cônjuges, filhos, avós, tios, primos, sogros, noivos, namorados, parceiros, enfim. Queridos amigos. Esta vitória só é nossa porque é também sua. Sem vocês nenhum, vale ressaltar, nenhum de nós estaria aqui. Se hoje nós vencemos uma grande batalha, não foi só graças a vocês, mas também por vocês. A sua existência é a medida do nosso ser. Sua presença, o espelho do que fomos, somos e pretendemos nos tornar. Do fundo de nossos corações, muito obrigado.

Além disso, é preciso agradecer também às bancas examinadoras, apesar de todo o sofrimento a nós causado pelo extremo grau de exigência a que nos submeteram através do concurso. Sofrimento este, é bom dizer, legítimo e eficaz. Legítimo, porque demonstra a seriedade de seus membros e de toda a instituição do Ministério Público. Eficaz, porque bastam alguns poucos minutos de conversa com qualquer um dos meus 55 colegas para aferir o seu elevado nível intelectual e moral.

Algumas palavras de agradecimento também são necessárias à Comissão de Concurso, especialmente à Dra. Evangelina Fontelas Rosado Spinelli, bem como às senhoras Tereza, Roseli e Vera, que souberam, com um cuidado quase materno, nos acalmar nos torturantes minutos que antecediam as provas orais. Igualmente, não se pode esquecer de afirmar nosso profundo

reconhecimento à atenção a nós dispensada pela Dra. *Sumaya Helayel*.

É preciso, ainda, expressar nossa imensa gratidão ao nosso Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Antonio Vicente da Costa Junior*, bem como aos Drs. *Carlos Roberto Jatahy*, *Carlos Antonio Navega*, *Cláudio Lopes*, *José Carlos Paes*, *Décio Luiz Gomes* e *José Augusto Guimarães*, os quais, por saberem que apenas um Ministério Público independente é capaz de lutar plenamente pelos anseios da sociedade, uma vez mais demonstraram essa independência e, com isso, viabilizaram nossa posse. Para nós, é uma honra ingressar à instituição a que pertencem os senhores e, com humildade, poder chamá-los de colegas.

Não se pode esquecer de agradecer, também, a todas as eminentes autoridades que aqui se encontram, a privilegiar a celebração deste momento tão importante em nossas vidas.

Mas, além da comemoração, nós também aqui viemos para assumir uma grande responsabilidade. "Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas", disse a Raposa ao Pequeno Príncipe. Parafraseando SAINT-EXUPÉRY, seria possível afirmar que, deste dia em diante, nós nos tornamos eternamente responsáveis pela instituição do Ministério Público, pelo muito que ela já logrou em nossa sociedade e pelo mais que ainda há a alcançar.

Esta responsabilidade, que ora assumimos, não se resume à já nobre e grave incumbência de promover "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis", tal como determina a Constituição da República ao Ministério Público, mas também, e é sobre isto que se pretende trazer a atenção dos senhores esta noite, ao papel dos membros do Ministério Público em nossa sociedade; um papel, por assim dizer, mais pessoal, embora tão relevante ao interesse público quanto a defesa dos valores há pouco mencionados.

A responsabilidade que hoje assumimos perante este seletto auditório é a de dar o exemplo de ética, seja em nossa atuação funcional, seja em qualquer outro ato de nossa vida privada. Não

basta que nós atuemos com retidão moral no dia-a-dia de nosso ofício. Dizer que um membro do Ministério Público é honesto não é fazer-lhe nenhum elogio. Para nós, honestidade não é qualidade, é muito mais, é pressuposto. Sem ela, sequer poderíamos estar aqui. Assim, quando falamos em exemplo de ética, queremos dizer que não basta agir com probidade, é preciso constantemente demonstrar esta probidade àqueles a quem respondemos diretamente, ao povo, a cada uma das pessoas que aqui se encontra.

UMBERTO ECO, em uma de suas cartas ao Cardeal Carlo Maria Martini, narra a seguinte passagem de sua própria vida: "Eu ainda era um jovem católico de dezesseis anos e aconteceu de empenhar-me em um duelo verbal com um conhecido mais velho que eu e tido como "comunista", no sentido que tinha esse vocábulo nos terríveis anos 50. E como ele me provocasse, fiz-lhe a seguinte pergunta decisiva: Como podia, ele, um incrédulo, dar um sentido àquela coisa tão insensata que seria a própria morte? E ele respondeu-me: "Pedindo antes de morrer um funeral civil. Assim, já não estarei presente, mas terei deixado aos outros um exemplo."

Sem entrar na discussão teológica ínsita a essa história, podemos afirmar que os membros do Ministério Público, e é esta responsabilidade que hoje assumimos, devem agir com a consciência demonstrada ao jovem UMBERTO ECO por seu conhecido mais velho. A consciência de deixar aos outros um exemplo a ser seguido, de ética, de probidade no trato da coisa pública, de integridade e de crença nos mais altos valores da nação, tais como insculpidos em nossa carta constitucional.

Aliás, é o próprio UMBERTO ECO que arremata, ao dizer que: "Essa é, até hoje, a única coisa que leva um filósofo a filosofar, um escritor a escrever: deixar uma mensagem na garrafa porque, de alguma maneira, aqueles que virão poderão acreditar ou achar belo aquilo em que ele acreditou ou achou belo."

Entretanto, para assumirmos com zelo esta responsabilidade de dar o exemplo de ética, é

preciso que realizemos publicamente uma promessa.

Esta noite, nós cumprimos uma promessa feita há alguns anos de nos tornarmos Promotores de Justiça. Nesta mesma noite, portanto, como Promotores e com o mesmo ardor antes demonstrado, nós fazemos outra, para que se cumpra com a máxima urgência. Uma promessa de Justiça, de segurança, de efetividade dos direitos fundamentais, uma promessa de paz social, enfim.

Talvez alguém esteja a pensar: Como podem estes jovens nos falar de promessas de Justiça em um mundo tão milenarmente injusto? Não sabem eles que promessas como essas são atos divinos, não humanos, já que para se concretizarem levam um tempo muito maior que aquele de que dispõem os homens para viver? Perguntas assim merecem como resposta um iluminado verso de JORGE LUIS BORGES, que escreveu: "Também os homens podem prometer, porque na promessa há algo imortal."

Hoje, com o espírito imbuído da efetivação desses compromissos, nós ingressamos de braços abertos no Ministério Público, certos de que este da mesma forma nos recebe. E juntos, de braços dados, vamos com fé rumo a um futuro melhor.

Muito obrigado e que Deus nos abençoe."

8. Falou, por fim, o Dr. *Celso Fernando de Barros*, Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Jurídicos, que, em brilhante e emocionante improviso, procedeu à saudação gratulatória aos novos colegas.

9. A sessão foi encerrada com a palavra do Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Antonio Vicente da Costa Junior*.

10. A relação completa dos Promotores empossados é a seguinte: *Adriana Santos da Silveira, Aline Palhano Rocha, Ana Beatriz Miguel de Aquino, Ana Carolina Moraes Coelho, Antonio Carlos Fontes Pessanha, Bruno Corrêa Gangoni, Bruno Lavorato Moreira Lopes, Caren Saisse Villardi, Carla Carrubba, Carlos Marcelo Messenberg, Clarisse Lagoeiro de Magalhães Lourenço, Clarisse Maia da Nóbrega, Cristiane do Nascimento Ferreira, Daniela Ribeiro Lugão, Décio Luiz Alonso Gomes, Denise da Silva Vidal, Dina Maria Furtado de Mendonça Velloso, Elisa Maria Azevedo Macedo, Érica Parreiras Horta Rocha David, Felipe Barbosa de Freitas Ribeiro, Fernanda Abreu Ottoni do Amaral, Fernanda Camara Torres Sodré, Fernanda Neves Lopes, Frederico Rangel de Albernaz, Gabriela dos Santos Lusquinhos, José Gomes Riberto Schettino, José Maria de Castro Panoeiro, Juan Luiz Souza Vazquez, Julia Silva Jardim*

Murtinho, Juliana Amorim, Juliana da Glória Pompeu, Karina Rachel Tavares Santos, Leandro Oliveira da Silva, Leandro Silva Navega, Luciana Cristina Buarque de Tavares, Luciana Pereira Grumbach, Ludmilla de Carvalho Mota, Luiz Eduardo da Silva Levy de Souza, Marcia Lustosa Carreira, Mariana de Carvalho Elias Rabha, Mateus Picanço de Lemos Pinaud, Paulo Wunder de Alencar, Pedro Borges Mourão Sá Tavares de Oliveira, Priscila Naegele Vaz, Renata Aline de Castro Leal, Renata Felizberto Nogueira Viana Farah, Renato Monteiro Sardão, Roberto Mauro de Magalhães Carvalho Junior, Sérgio Luiz Ribeiro de Souza, Simone Sibilio do Nascimento, Thereza Christina de Souza Arcanjo, Tulio Caiban Bruno, Vanessa de Jesus Tanan, Vanessa Veronesi Tiecher, Victor Maurício Fiorito Pereira e Viviane Alves Santos Silva.

11. A festividade contou com a presença de expressivo número de Procuradores e Promotores de Justiça, incluindo-se aposentados, bem como do ex-Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Nicanor Medici Fischer*, do Diretor-Presidente da CAMPERJ, Dr. *Arthur Pontes Teixeira*, do Presidente da COOMPERJ, Dr. *Luiz Antonio Ferreira de Araújo*, bem como de familiares e amigos dos empossados.

AMPERJ comemora o “Dia Nacional do Ministério Público” ()*

A Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ) fez realizar no dia 13 de dezembro, na sede social do “Jockey Club Brasileiro”, coquetel e jantar dançante comemorativo do “Dia Nacional do Ministério Público”. A festa de confraternização, que foi animada pelo “DJ Alexandre Capelli” e pela “Sigilo Cover Band”, contando com a presença de grande número de Procuradores e Promotores de Justiça, incluindo-se entre eles colegas já aposentados, tendo a recepção-los, com a habitual elegância, o Dr. *Marfan Martins Vieira*, Presidente da AMPERJ. Averbete-se a presença do Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Antonio Vicente da Costa Junior*, dos Subprocuradores-Gerais de Justiça, *Ertulei Laureano Matos* (de Administração), *Carlos Roberto de Castro Jatahy* (de Planejamento) e *Celso Fernando de Barros* (de Assuntos Jurídicos), da Corregedora-Geral do Ministério Público, *Denise Freitas Fabião Guasque*, de membros do Egrégio Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça e do Conselho Superior do Ministério Público, do Dr. *Arthur Pontes Teixeira*, Diretor-Presidente da CAMPERJ, do Desembargador *Angelo Moreira Glioche* e de outras autoridades.

Dia Nacional do Ministério Público

1. As comemorações do “Dia Nacional do Ministério Público”, no presente ano, ocorreram no dia 15 de dezembro, em virtude de a data oficial (14 de dezembro) coincidir com um Domingo.

(*) A relação completa das autoridades presentes não foi remetida pela AMPERJ para a RMP para o fim de publicação.

2. A programação da solenidade obedeceu ao seguinte cronograma:

I - Culto Ecumênico de Ação de Graças

II - Solenidade de outorga do "Colar do Mérito do Ministério Público"

III - Cerimônia de Entrega do Prêmio de Ensaio Jurídicos Luiz Carlos Cáffaro

IV - Cumprimentos e coquetel no *Foyer*

- 10h30 - Celebração do Culto Ecumênico em Ação de Graças no Auditório do 9º andar da Sede do Ministério Público, pelo Frei José Pereira - OFM, do Convênio de Santo Antônio, pelo Reverendo Guilhermino Cunha, da Catedral Presbiteriana do Rio de Janeiro e pelo Rabino Sérgio Margulis, da Associação Religiosa Israelita - ARI.

Participação especial:

Flávia Fernandes, soprano

Fernando Bru, violoncelo

Filipe Freire, violão

"SALMO DE AÇÃO DE GRAÇAS

Pelos caminhos da vida, sempre buscarei os caminhos de Deus, que me criou com amor e me destinou para sua eterna felicidade.

Todas as manhãs, ele me lembra para a graça da vida e, todas as noites, me protege contra os fantasmas do mal.

Socorre-me nos perigos contra as tentações do inimigo e orienta meus passos nas sendas da paz e do bem.

Mesmo nos perigos, sua presença ilumina minhas dúvidas e, nas tristezas, seus cuidados enchem de consolo meu coração.

Quando os inimigos se plantam à minha frente e me ameaçam, seu poder me protege, sua mão me conduz e eu nada temo.

Quero por isto louvá-lo e exaltar eternamente seu santo nome, rendendo-lhe graças porque, como Pai, ele zela por seus filhos.

Obrigado, Senhor, de todo o coração, porque amas sem medida, e porque abençoa homens e mulheres, o universo e toda a criação.

A ti sejam dados honra e louvor, glória e poder para sempre.

Que todos sempre agradeçam pela graça da vida e pela alegria de viver.

Em louvor de Cristo, teu filho e nosso Salvador.

Amém."

3. A constituição da Mesa de trabalhos: Excelentíssimo Senhor Doutor *Antônio Vicente da Costa Júnior*, Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Excelentíssimo Senhor *Francesco Conte*, Secretário de Estado Chefe do Gabinete Civil, neste ato representando a Exma. Senhora Governadora *Rosinha Garotinho*, Excelentíssimo Senhor Desembargador *José Lucas Moreira Alves de Brito*, Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Exmo. Senhor *Antonio Carlos Martins Soares*, Procurador-Regional Eleitoral, Exmo. Senhor Doutor *Ertulei Laureano Matos*, Subprocurador-Geral de Justiça de Administração do Estado do Rio de Janeiro, Exmo. Senhor Doutor *Celso Fernando de Barros*, Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Jurídicos do Estado do Rio de Janeiro, Exmo. Senhor Doutor *Maurício Assayag*, Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais do Estado do Rio de Janeiro, Exmo. Senhor Doutor *José Carlos Paes*, Chefe de Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, Exmo. Senhor Promotor de Justiça Dr. *José Luiz Martins Domingues*, Secretário-Geral de Administração, Exmo. Senhor Procurador de Justiça *Kleber Couto Pinto*, Diretor do Centro de Estudos Jurídicos do Ministério Público - CEJUR, Exmo. Senhor Procurador de Justiça *Nicanor Medici Fischer*, Vice-Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do R.J. - AMPERJ e da CONAMP, representando o Dr. *Marfan Martins Vieira*, Presidente da AMPERJ e da CONAMP, Exmo. Senhor Procurador de Justiça Doutor *Hugo Jerke*, Diretor-Executivo da FEMPERJ - Fundação Escola do Ministério Público do Estado do RJ.

- 11 horas - Cerimônia de Outorga do Colar do Mérito do Ministério Público, homenageando personalidades que tenham prestado relevantes serviços ao Ministério Público Fluminense - Auditório do 9º andar.

Colar do Mérito do Ministério Público - Histórico

Instituído pelo Decreto nº 10.845, de 11 de dezembro de 1987, o COLAR DO MÉRITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO tem o objetivo

de homenagear as pessoas que tenham prestado relevantes serviços à Instituição.

A condecoração consiste numa insígnia de metal dourado, representada por uma estrela de cinco vértices, circundada por dois ramos de louro esmaltados de verde e entrelaçados na extremidade inferior, tendo, ao centro, o emblema do Ministério Público e, no reverso, legenda “MÉRITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO DE JANEIRO”.

A insígnia será usada pendente de uma fita cor escarlate, com duas listras brancas, passada ao redor do pescoço, acompanhada de roseta para uso na lapela e do correspondente diploma assinado pelo Procurador-Geral de Justiça.

Motivou a criação do COLAR DO MÉRITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO a alta relevância da atuação da Instituição, como legítima defensora da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, assim como a necessidade de se homenagearem aqueles que, efetivamente, tenham contribuído para o engrandecimento da Instituição.

Posteriormente, a Resolução do Procurador-Geral de Justiça nº 427, de 01 de março de 1991 regulamentou a concessão da homenagem, face à independência Institucional angariada pelo Ministério Público na Constituição Federal de 1988. Pela Resolução do Procurador-Geral de Justiça nº 886, de 8 de dezembro de 1999, a concessão do Colar é feita por indicação do Chefe da Instituição e aprovação do Colendo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, podendo, ainda, ser concedida *in memoriam*.

Constitui o COLAR DO MÉRITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO a maior honraria deferida pela Instituição, e seus detentores são considerados como membros honorários do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

- Execução do Hino Nacional Brasileiro pelos músicos: Flávia Fernandes, soprano; Fernando Bru, violoncelo e Filipe Freire, violão.

- Início da Cerimônia, presidida pelo Excelentíssimo Senhor Doutor Antonio Vicente da Costa Junior, Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

- Agraciados com a Comenda do Colar do Mérito do Ministério Público:

- Procuradores de Justiça *José Muiños Piñeiro Filho, Carlos de Novaes Vianna, José Augusto de Araújo Neto, Levy de Azevedo Quaresma, Adolfo Borges Filho, Pedro Moreira Alves de Brito, Elaine Costa da Silva, Tânia Maria Salles Moreira e Denise Freitas Fabião Guasque;*
- Promotor de Justiça *Astério Pereira dos Santos;*
- Procurador-Geral da República Doutor *Cláudio Lemos Fonteles;*
- Ministro do Supremo Tribunal Federal *Joaquim Benedito Barbosa Gomes;*
- Deputado Estadual *Noel de Carvalho Neto;*
- Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro *José Maurício de Lima Nolasco;*
- Desembargadores *Sergio Cavalieri Filho, Celso Muniz Guedes Pinto, Gustavo Adolpho Kuhl Leite e Gizelda Leitão Teixeira;*
- Delegado de Polícia *Álvaro Lins dos Santos;*
- Coronel PM *Renato Silva Hottz.*

- Palavras do representante do Órgão Especial do Colégio de Procuradores, Procurador de Justiça Dr. Carlos Antonio da Silva Navega ^(*):

- Palavras do representante dos Agraciados, Procurador de Justiça José Augusto de Araújo Neto, que falou de improviso.

- O Diretor- Executivo da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - FEMPERJ, Dr. *Hugo Jerke*, anuncia os vencedores do Prêmio de Ensaios Jurídicos *Luiz Carlos Caffaro*, nos termos que seguem:

“Estamos na quinta edição do prêmio jurídico LUIZ CARLOS CAFFARO que foi instituído com a finalidade de estimular a pesquisa e a produção intelectual dos membros de nosso *Parquet*, dando a oportunidade para a revelação de novos talentos.

São atribuídos pela FEMPERJ, em parceria com o Centro de Estudos Jurídicos, na pessoa do Dr. Kleber Couto Pinto, do Centro de Procuradores de Justiça, na pessoa do Dr. Roberto Abranches e da CAMPERJ, na pessoa do Dr. Arthur Pontes Teixeira, prêmios em dinheiro aos três melhores trabalhos, sendo R\$2.000,00 ao

^(*)O discurso não foi enviado à *Revista do Ministério Público* para fins de publicação.

terceiro colocado, R\$ 3.000,00 ao segundo e R\$ 5.000,00 ao primeiro colocado.

Homenageia o nosso querido colega, prematuramente falecido, Dr. Luiz Carlos Caffaro, combativo integrante de nossa instituição, cujo trabalho incansável proporcionou a histórica condenação da denominada “cúpula do jogo do bicho” pelo Poder Judiciário.

Sobre *Caffaro* muito se poderia dizer: homenageado *post mortem*, seu nome foi dado à escola em Itaboraí, terra de sua infância, assim como à sede do Ministério Público naquele município, dentre outros.

Mas preferimos resumir seu aguerrido perfil lembrando os dizeres contidos na placa afixada no *foyer* deste nono andar:

*“Luiz Carlos Caffaro - Promotor de Justiça”,
Condecorado com a comenda do Colar do Mérito
do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro,
honrou esta casa e permanecerá para sempre como
modelo de correção, combatividade, empenho,
lealdade e amor à instituição.
A homenagem dos seus companheiros.
11 de dezembro de 1998.”*

Em 2003, o prêmio jurídico ganhou nova formatação. Preliminarmente, os trabalhos passaram por seleção prévia no pioneiro “1º Congresso Virtual do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro”, instituído pela FEMPERJ e pelo CEJUR, graças ao indispensável apoio e idealização do ilustre Procurador de Justiça Francisco Antonio Souto e Faria, a quem, neste momento, rendemos nossas homenagens, bem assim ao Diretor de Projetos e Informática da FEMPERJ, Dr. Luiz Fabião Guasque, sem os quais o congresso virtual jamais teria alcançado o sucesso que atingiu.

Vinte e cinco teses foram inscritas no congresso virtual, sendo apreciadas por quatro comissões temáticas que, ao final, aprovaram vinte teses.

Estão, pois, concorrendo ao “Prêmio Jurídico Luiz Carlos Cáffaro” os seguintes trabalhos:

1. *Pode o Juiz, na ação penal pública, condenar o acusado quando o Promotor de Justiça requer a absolvição?*

Autora: MARIA CRISTINA FARIA MAGALHÃES

2. *O Poder geral de cautela no Processo Penal*

Autor: ROGÉRIO PACHECO ALVES

3. *A possibilidade de o Ministério Público praticar atos investigatórios preparatórios à ação penal: uma moderna tendência processual penal.*

Autor: ALEXANDER ARAÚJO DE SOUZA

4. *A inadmissibilidade, no processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia absoluta?*

Autor: ALEXANDER ARAÚJO DE SOUZA

5. *Da ilegalidade da atividade de bingo eletrônico no Brasil.*

Autores: DAVID FRANCISCO DE FARIA, DIMITRIUS VIVEIROS GONÇALVES

6. *A moderna pricipiologia da ação sócio-educativa.*

Autor: JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR

7. *A legitimidade do Ministério Público, como órgão interveniente, para pleitear a execução dos provimentos mandamentais proferidos contra a Fazenda Pública - Novas perspectivas.*

Autor: SERGIO BUMASCHNY

8. *Condições - Genéricas e específicas - de legítimo exercício da ação sócio-educativa.*

Autor: JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR

9. *O Ministério Público e o seu papel na efetivação do direito à moradia.*

Autora: ROSEMERY DUARTE VIANA

10. *Ministério Público, Ombudsman e Ouvidor na fiscalização dos serviços públicos.*

Autor: MÁRCIO SOUZA GUIMARÃES

11. *A possibilidade do controle incidental de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública.*

Autor: ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA

12. *Ação civil pública: instrumento para a implementação de prestações estatais positivas.*

Autor: EDUARDO SANTOS DE CARVALHO

13. *O direito à segurança.*

Autora: FLAVIA ARAUJO FERRER DE ANDRADE

14. *Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade administrativa.*

Autor: CARLOS BERNARDO ALVES AARÃO REIS

15. *O Ministério Público e a ação de captação de sufrágio.*

Autor: MARCOS RAMAYANA BLUM DE MORAES

16. *O ativismo parquetiano e o poder jurisdicional de suprir omissões administrativas.*

Autor: JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR

17. *Grupos de Apoio especializados. Auxílio aos Promotores de Justiça; redução da carga de trabalho dos órgãos de execução. Melhor resposta à sociedade.*

Autor: VINICIUS LEAL CAVALLEIRO

18. *Os limites quanto ao sigilo funcional no âmbito da Corregedoria.*

Autor: ORLANDO CARLOS NEVES BELÉM

19. *Inconstitucionalidade do artigo 78 do ADCT da CF/88.*

Autor: ORLANDO CARLOS NEVES BELÉM

20. *O equilíbrio financeiro/atuarial frente à contributividade e a solidariedade social.*

Autor: ORLANDO CARLOS NEVES BELÉM

Na fase decisiva do concurso, os trabalhos passaram pelo crivo do Centro de Procuradores de Justiça, da CAMPERJ e da *Revista de Direito*, na pessoa do Dr. Sergio Demoro Hamilton, que chegaram à seguinte conclusão:

Em terceiro lugar, *A possibilidade do controle incidental de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública*.

Autor: ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA

Convido o Exm^o. Sr. Dr. Arthur Pontes Teixeira, Presidente da CAMPERJ, para fazer a entrega do prêmio.

Em segundo lugar, *Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade administrativa*.

Autor: CARLOS BERNARDO ALVES AARÃO REIS

Convido o Exm^o. Sr. Dr. Roberto Abranches, Presidente do Centro dos Procuradores de Justiça, para fazer a entrega do prêmio.

E em primeiro lugar, *Ação civil pública: instrumento para a implementação de prestações estatais positivas*.

Autor: EDUARDO SANTOS DE CARVALHO

Convido o Exm^o Sr. Dr. Sergio Demoro Hamilton, Diretor da *Revista de Direito do Ministério Público*, para fazer a entrega do prêmio.

Creio, senhor Procurador-Geral, ter a Fundação Escola do Ministério Público cumprido, mais uma vez, a sua missão de promover e incentivar a produção jurídica dos membros do Ministério Público."

- Apresentação Musical:

- Garoto/ Vinícius de Moraes - Gente Humilde
- Chiquinha Gonzaga - Lua Branca
- Ernesto Nazareth - Brejeiro Odeon

Flávia Fernandes, soprano

Fernando Bru, violoncelo

Filipe Freire, violão

- Averbese-se, ainda, a presença de expressivo número de Procuradores e Promotores, incluindo-se aposentados, bem como do Dr. Atamir Quadros Mercês, ex-Procurador-Geral de Justiça, do Procurador de Justiça Celso Pessanha e dos Desembargadores Mário Robert Mannheimer e Antonio Ricardo Binato de Castro.

- Término da cerimônia. Coquetel no Foyer do Auditório do 9º andar.

CAMPERJ homenageia os novos Promotores de Justiça

A Caixa de Assistência do Ministério Público - RJ (CAMPERJ) realizou no dia 17 de dezembro sua tradicional festa natalina, na bela sede da rua do Ouvidor. Na ocasião, foram recepcionados os novos Promotores de Justiça recentemente empossados, efetivando-se também a exposição de trabalhos de artistas plásticos do Ministério Público. Foram sorteados brindes natalinos e servido um coquetel aos presentes. A festividade contou com a presença de bom número de Procuradores e Promotores de Justiça, tendo a recebê-los, com a fidalguia de sempre, o Dr. Arthur Pontes Teixeira, Diretor-Presidente da entidade.

Entrega das insígnias do Ministério Público aos novos Promotores de Justiça

1. A cerimônia de entrega das insígnias institucionais aos novos colegas aprovados na versão de nº 26 do concurso para ingresso no Ministério Público realizou-se, no presente ano, no dia 18 de dezembro, no "Spazio Itanhangá", localizado na Estrada da Barra da Tijuca, 1636, Bloco F, próximo ao "Itanhangá Golf Club".

Trata-se de uma festa tradicional, promovida pela AMPERJ, que têm sua origem no ano de 1983, quando da gestão do ex-Procurador-Geral Antônio Carlos Silva Biscaia, então presidente da AMPERJ.

2. A Mesa que dirigiu os trabalhos viu-se presidida pelo Dr. Marfan Martins Vieira, Presidente da AMPERJ, que tinha a ladeá-lo o Procurador-Geral de Justiça, Dr. Antonio Vicente da Costa Junior, bem como os Procuradores de Justiça, Arthur Pontes Teixeira, Diretor-Presidente da CAMPERJ e Roberto Abranches, Presidente do "CEPROJUS".

3. Falou na ocasião, saudando os novos colegas, o Presidente da AMPERJ, Dr. *Marfan Martins Vieira*, nos termos seguintes:

"Hoje, a Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro vive um dia especial,

porque nela ingressam, formalmente, 56 novos colegas Promotores de Justiça, empossados há pouco mais de uma semana, após aprovação em difícilíssimo concurso, demonstrando, no transcorrer do certame, os atributos intelectuais e morais para pertencerem à nossa instituição que, para muitos, traduz-se em verdadeiro quarto poder no quadro orgânico do moderno Estado brasileiro.

De certa forma, vejo-me em cada um desses novos colegas que hoje recebem as insígnias institucionais.

Recordo-me bem do dia em que ingressei na carreira do Ministério Público, há pouco mais de duas décadas. Palpitava meu coração, orgulhava-se minha alma, cresciam minhas expectativas, avolumavam-se meus sonhos. Não tinha, naquele momento, a exata compreensão do significado do que acabara de conquistar, nem noção muito clara da dimensão de tudo quanto ainda estaria por vir. Havia apenas a vontade de acertar, de fazer o melhor, de ir muito além dos limites de qualquer obrigação, de mostrar para às pessoas e para a sociedade que ali estava o seu Promotor, cúmplice dos seus anseios, comprometido com as suas causas, fiel aos seus ideais de justiça e de equidade.

Vejo-me agora recordando aquele tempo, enxergando a mim mesmo no semblante e na expressão de cada um dos novos colegas aqui presentes. Gente jovem que alcançou a vitória por seus próprios méritos e esforços, sem favores, sem mercês...

Hoje sei o quanto tudo isto significa.

Já se vão os tempos em que éramos vistos apenas como uma espécie de apêndice do Judiciário, ofuscados pela sombra daquele Poder que, pela própria cultura imergida no inconsciente coletivo, até bem pouco tempo parecia sobrepor-se hierarquicamente aos demais segmentos da organicidade estatal. Era um tempo em que nós, Promotores e Procuradores de Justiça, contentávamo-nos em dividir com outros legitimados a titularidade da ação penal pública e exercer a função de fiscal da lei na sua mais

singela acepção, elaborando e subscrevendo peças processuais que muito mais serviam ao cumprimento de um ritual formalístico do que à exteriorização de qualquer compromisso mais sério com a transformação da sociedade.

O Ministério Público de hoje não é mais este!

O Ministério Público concebido pela Lei Complementar nº 40, de 1981; consagrado pela Lei da Ação Civil Pública, de 1985; e consolidado pela Constituição de 1988, não apenas ampliou seus horizontes e dilargou suas frentes interventivas, como tornou-se verdadeiro guardião da ordem pública, do regime democrático e da cidadania.

Não temos, por certo, deixado de corresponder à delegação que nos foi outorgada pelo constituinte de 88. Não fracassamos e não fracassaremos em nossos desideratos institucionais, porque cada integrante do *Parquet* tem na consciência o compromisso de fazer o melhor, com sua atuação firme, destemida e comprometida apenas com os ideais de Justiça e de dignidade humana.

Mas qual é exatamente, meus caros colegas do 26º Concurso, o significado de ser um membro do Ministério Público?

A resposta, certamente, não é singela, e merece alguma reflexão...

Ser Promotor de Justiça é, muitas vezes, abdicar do conforto e das opções da grande metrópole, renunciar aos sabores dos bons restaurantes, à sofisticação dos ambientes e ao encanto das luzes, e entregar-se às pequenas comunidades do nosso interior, à comida simples de sua gente, à singeleza dos seus recantos e ao breu de suas noites. Longe, no entanto, de significarem perdas, quem sabe não sejam estas as razões para percebermos, na pureza destas almas e na simplicidade dos temperos e dos cômodos, um pouco da poesia que talvez tenhamos deixado perdida nos atropelos e nas ânsias, e um pouco dos sonhos que outrora nos moviam na direção do amanhã.

Ser Promotor de Justiça é vislumbrar em cada criança abandonada ou carente um alvo

imperativo para nossa mais plena ação, um símbolo vivo e latente para a projeção de nossa mais veemente inquietude e de nosso mais ríspido inconformismo. É sabermos que o pequeno ser que hoje contemplamos será o homem de amanhã, e que o traço de vida que hoje lhe dermos, conformará o viço do que será o seu e, quem sabe, o nosso próprio futuro como sociedade, como nação e como espécie.

Ser Promotor de Justiça é procurar em cada ancião ou anciã a experiência dos que vieram antes, colhendo deles a sabedoria e o exemplo de vida, de garra e de luta, e percebendo que cada ruga de seu rosto, que cada fio algodoado de seus cabelos, que cada calo latejante de suas mãos, funde um pedaço do passado com a serenidade do presente, meio que mesclando a cronologia e nos deixando claro que o tempo é um só. E, daí, talvez possamos compreender a urgência de fazermos o melhor, de nos doarmos às causas do bem e de rechaçarmos toda forma de injustiça e de indignidade.

Ser Promotor de Justiça é conhecer as dificuldades e, ao mesmo tempo, inspirar-se na superação dos limites de cada deficiente, sabendo que, quanto mais próximo do impossível encontrar-se a transposição de um problema, tanto maior será a satisfação de tê-lo vencido. E assim, por certo, estaremos aptos a perceber que, nem mesmo o pior dos defeitos físicos e a maior das deficiências mentais, serão mais graves e tão merecedores de nosso repúdio quanto as defecções de caráter, o nihilismo ético e a inadimplência moral.

Ser Promotor de Justiça é travar incansáveis batalhas para que a ganância e a avidez pelo lucro e pela riqueza não se sobreponham à racionalidade no uso de nossos recursos naturais, de modo a comprometer a higidez do planeta e a sobrevivência do próprio homem. É termos muito claro que o desenvolvimento das tecnologias e das novas frentes de produção precisam estar adequadas às necessidades humanas tomadas em ampla dimensão, e que o extrativismo desmedido, associado à irresponsabilidade e ao desperdício,

podem conduzir ao esgotamento de nossas fontes, potencializando um legado catastrófico para as próximas gerações.

Ser Promotor de Justiça é lutar contra qualquer desequilíbrio nas relações de consumo, que tantas vezes solapa a decência e compromete a solidez de uma nação inteira, fragilizando o homem ante o poderio dos oligopólios, tornando o próprio Estado uma espécie de refém da aristocracia econômica, ditadora de regras e indutora de estratégias que se refletem na concentração da produção e da riqueza nas mãos de poucos, e a dispersão da miséria e do subjugo sobre os ombros de muitos.

Ser Promotor de Justiça é compreender, e fazer com que cada administrador público também compreenda, que o dinheiro pertencente ao Erário precisa ter sua destinação integralmente voltada ao bem comum, e que os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, não constituem meras alegorias constitucionais, impondo-se que sejam à risca seguidos nos atos de gestão da coisa pública, como única forma de assegurar-se, a partir da racionalidade na aplicação dos recursos pelo Estado, a superação das dificuldades e das desigualdades e o resgate do equilíbrio nas relações sociais.

Ser Promotor de Justiça é atuar com destemor e compromisso na luta contra toda e qualquer forma de violência. É saber que a nação não mais suporta a insegurança gerada pela difusão do desvalor a bens jurídicos cuja preservação se faz indispensável para a harmonia, o progresso e a felicidade de todos. É saber que, somente com a atuação firme, corajosa e enérgica do Ministério Público no enfrentamento da criminalidade, sobretudo a organizada, conseguiremos transpor os momentos difíceis pelos quais passamos, revertendo a sensação de impotência que nos acua e nos constrange como cidadãos.

Ser Promotor de Justiça é jamais se conformar com a impunidade, seja na manifestação mais ínfima de delinqüência, seja nos casos mais complexos e nocivos com que nos depararmos. É

termos sempre em mente que, quando se deixa impune um delinqüente, incentiva-se e incrementa-se a disseminação das práticas anti-sociais, cujo efeito imediato é o sentimento geral de insegurança, que mais tarde acabará por comprometer a ética e os próprios padrões conceituais de certo e de errado, de bem e de mal, de justo e de injusto.

Ser Promotor de Justiça é participar ativamente de todos os canais de integração classista, despertando para a necessidade do constante diálogo e do aprofundamento das discussões em torno das questões de interesse comum e institucional. É conhecer a história do Ministério Público e conscientizar-se de que somente chegamos ao ponto em que hoje nos encontramos, graças ao constante intercâmbio de idéias e à rotineira troca de experiências através de nossas entidades de classe, o que permitiu, ao longo dos anos, que forjássemos uma espécie de ideário institucional, sustentáculo político-filosófico que tornou possível o desenho que nos foi outorgado pelo Constituinte de 88.

Ser Promotor de Justiça é ter em mente, a partir das lições do passado, que o desenvolvimento e o avanço do Ministério Público em direção aos novos rumos que haveremos de seguir, somente será possível com a participação e o compromisso de todos, pois a nossa Instituição nada mais é do que o somatório da força, da coragem, da ética e da reflexão da integralidade de seus membros, de forma que, quanto maior o engajamento de cada um de nós no processo evolutivo da instituição, melhores seremos no futuro, podendo responder, de forma cada vez mais satisfatória, aos anseios e reclamos da sociedade que juramos defender.

Por tudo isso, caríssimos colegas do 26º Concurso, é muito gratificante para todos nós, Promotores e Procuradores de Justiça mais antigos, passarmos a contar com vocês, a partir de agora, no Ministério Público. Os desafios que os aguardam são inúmeros e, certamente, muitas vezes parecerão intransponíveis. Mas confiamos

em vocês por tudo aquilo que, até aqui, já demonstraram.

A AMPERJ os saúda e os recebe de braços abertos, convicta da grandeza de espírito, da solidez de caráter e da firmeza de ideais que cada um traz consigo, tendo a certeza plena de que todos têm tudo para se tornarem grandes Promotores de Justiça.

Que Deus os ilumine nesta nova e importante etapa de suas vidas! Sucesso e felicidades!

Muito obrigado! "

Usou da palavra, igualmente, o primeiro colocado no Concurso, Dr. José Gomes Riberto Schettino (*) .

4. O ponto culminante da sessão solene deu-se com a chamada de cada um dos empossados, acompanhados de seus padrinhos (**) para o recebimento da insígnia do Ministério Público, bem como do *kit*-promotor, presenteados pela AMPERJ.

5. A cerimônia ganhou encerramento com a fala do Procurador-Geral de Justiça que, de improviso, saudou os Promotores do 26º Concurso.

6. Terminada a solenidade foi servido aos presentes um coquetel.

7. A festividade contou com bom número de Procuradores e Promotores de Justiça, bem como de familiares dos homenageados e outras pessoas gradas.

Colar do Mérito Judiciário

Registramos, com satisfação, que no dia 08 de dezembro de 2003, em solenidade do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o Procurador-Geral de Justiça, Dr. Antonio Vicente da Costa Junior, foi agraciado com o Colar do Mérito Judiciário.

70º número da nossa Revista (1967-2003)

O leitor menos avisado poderá estranhar o título da presente notícia, por estar saindo publicado na *RMP* de nº 18. Mas ela tem sua razão de ser, pois estamos, na realidade, na 3ª fase da publicação do nosso órgão cultural. Com efeito, fundada em 1967, no extinto Estado da Guanabara, naquele período tivemos 20 edições da "*Revista de Direito*", como então era designada. Após a Fusão, agora já no novo Estado do Rio de Janeiro, as edições atingiram 32 números, até que, entre 1991 e 1994, a publicação foi interrompida, encerrando-se,

(*) O discurso não foi remetido para a *Revista do Ministério Público* para fim de publicação.

(**) A relação completa dos Promotores de Justiça e respectivos padrinhos não foi remetida à *Revista do Ministério Público* para o fim de publicação.

então, a 2ª fase de sua história. Ressurgiu ela em 1995, agora ostentando o nome de “*Revista do Ministério Público*”, chegando agora ao nº 18 desta 3ª fase.

Ao todo, são 70 números, em 32 anos de atividade, que demonstram, sem sombra de dúvida, a vitalidade do nosso órgão cultural. O leitor interessado em conhecer um pouco da vida da nossa *Revista* encontrará breve relato a respeito da caminhada do nosso órgão cultural através dos tempos na *RMP* de nº 11, pp. 626/627.

Novos Procuradores de Justiça

No período compreendido entre 1º de julho a 31 de dezembro de 2003, foram promovidos ao cargo de Procurador de Justiça na carreira do Ministério Público os seguintes colegas:

Carlos Cícero Duarte Junior
Guilherme Eugênio de Vasconcellos
Iagmar Senna Chelles
Laise Helena Silva Macedo
Maria Ignez Carvalho Pimentel
Nelcy Pereira Lessa
Rosa Maria dos Reis Parise
Silvia Maria C. Branco de Siqueira
Talma Prado Castello Branco Junior

Vitaliciamentos

No período compreendido entre 1º de julho a 31 de dezembro de 2003, foram vitaliciados na carreira do Ministério Público os seguintes colegas:

Allana Alves Costa Poubel
Ana Cristina Fernandes Pinto Vilella
Ana Gabriela Fernandes Blacker Espozel
Ana Paula Ribeiro da Rocha de Oliveira
Andreza Duarte Cañado
Bruno de Lima Stibich
Bruno dos Santos Guimarães
Camila Moreira Esteves Cyfer
Carlos Guilherme Santos Machado
Carolina Chaves de Figueiredo Marinho
Cindy Chao
Cristiane de Carvalho Vasconcelos
Eduardo Monteiro Vieira
Érica Di Donato Vianna
Fábio Mendes Muniz

Francisco Lopes da Fonseca
Guilherme Braga Peña de Moraes
Henrique Paiva Araújo
José Marinho Paulo Junior
Leonardo Arreguy Romão
Letícia Martins Galliez
Lúcia Iloizio Barros Bastos
Marcelo Augusto Buarque de Tavares
Marcelo Fabiano Araújo dos Santos
Marcelo Maurício Barbosa Arsênio
Márcia Araújo Pinto
Maria Lucia Winter
Maria Segadas Ayclino de Lima
Monica Barbosa Telles de Miranda
Oyama Mignon de Castro
Patrícia Gabay Venancio
Patrícia de Oliveira Souza Fernandes de Castro
Pedro Paulo Marinho de Barros
Rhamile Sodrê de Oliveira
Renata Scarpa Fernandes Borges
Ricardo Campanelle Rodrigues
Rodrigo César Medina da Cunha
Rodrigo de Almeida Maia
Rosana Gomes Esperança
Sérgio Luís Lopes Pereira
Tatiana Costa Torres
Tiago Joffily
Vagner Delgado de Almeida

Aposentadorias

No período compreendido entre 1º de julho a 31 de dezembro de 2003, aposentaram-se na carreira do Ministério Público os seguintes colegas:

Bernardo Buarque Schiller
Iagmar Senna Chelles
Lúcia Glória Bastos Alves de Araújo
Maria do Carmo Machado Ferreira Alexandre
Raphael Cesário
Regina Ghiaroni
Sergio Antônio de Carvalho
Tania Maria Salles Moreira
Virginia de Barros Moreira

Exoneração

No período compreendido entre 1º de julho a 31 de dezembro de 2003, foi exonerada, a pedido, da carreira do Ministério Público a seguinte colega:

Lúcia Mothé Glioche

Falecimentos

A *Revista do Ministério Público* registra, com profundo pesar, o falecimento, no período compreendido entre 1º de julho a 31 de dezembro de 2003, dos seguintes colegas:

Ékel Luiz Sérvio de Souza
Elcio de Souza Chrysóstomo^()*
Luiz de Araújo Braz
*Sebastião de Almeida Parente^(**)*

^(*) e ^(**) Registramos somente agora o falecimento dos colegas Elcio de Souza Chrysóstomo (25/09/2000) e Sebastião de Almeida Parente (21/10/2001), o primeiro em razão de omissão involuntária e o segundo por não ter sido comunicado à *RMP* na época oportuna, para fim de publicação.

LISTA
DE
ANTIGÜIDADE

*Lista de Antigüidade dos Membros do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro
(Em 31/12/2003)*

Procurador de Justiça

- | | |
|---|---|
| 1 Antonio Vicente da Costa Junior | 37 Francisco Antonio Souto e Faria |
| 2 Luiz Sergio Wigderowitz | 38 Luiz Otavio de Freitas |
| 3 Virgilio Augusto da Costa Val | 39 Antonio Carlos Coelho dos Santos |
| 4 Cezar Romero de Oliveira Soares | 40 Elaine Costa da Silva |
| 5 Celso Fernando de Barros | 41 Vanda Menezes Rocha |
| 6 Carlos Antonio da Silva Navega | 42 Luiz Carlos de Oliveira Lopes |
| 7 Marija Yrneh Rodrigues de Moura | 43 Jose Antonio Leal Pereira |
| 8 Joao Baptista Lopes de Assis Filho | 44 Paolina Leone Candia Hryniewicz |
| 9 Marcia Paiva Arellano | 45 Alexandre Araripe Marinho |
| 10 Evangelina Fontelas Rosado Spinelli | 46 Celso Benjo |
| 11 Renato Pereira Franca | 47 Vitoria Abi Rihan |
| 12 Vera de Souza Leite | 48 Augusto Dourado |
| 13 Jose Augusto de Araujo Neto | 49 Israel Stoliar |
| 14 Elio Gitelman Fischberg | 50 Heloisa Maria Alcofra Miguel |
| 15 Maria Cristina Palhares dos Anjos
Tellechea | 51 Elizabeth Regina Gomes de Oliveira
Melo |
| 16 Levy de Azevedo Quaresma | 52 Anderson Albuquerque de Souza
Lima |
| 17 Marly de Almeida Leite Perorazio
Tavares | 53 Jose Roberto Paredes |
| 18 Dalva Pieri Nunes | 54 Nelma Gloria Trindade de Lima |
| 19 Maria Amelia Couto Carvalho | 55 Maria do Carmo dos Santos Casa
Nova |
| 20 Hugo Jerke | 56 Celma Pinto Duarte de Carvalho
Alves |
| 21 Adolfo Borges Filho | 57 Fernando Fernandy Fernandes |
| 22 Decio Luiz Gomes | 58 Fatima Maria Ferreira Melo |
| 23 Julio Cesar de Sousa Oliveira | 59 Maria Elizabeth Riente Lima |
| 24 Elisabeth de Moraes Cassar | 60 Rosane Orichio de Siqueira Mello |
| 25 Fernando Chaves da Costa | 61 Francisco Eduardo Marcondes
Nabuco |
| 26 Carlos Machado Vianna | 62 Kleber Couto Pinto |
| 27 Ertulei Laureano Matos | 63 Marilza Matos Mendes de Borges |
| 28 Luiza Thereza Baptista de Mattos | 64 Leonardo de Souza Chaves |
| 29 Marcio Klang | 65 Luiz Roberto Saraiva Salgado |
| 30 Marfan Martins Vieira | 66 Cristiano Cullen de Sampaio Vianna |
| 31 Pedro Moreira Alves de Brito | 67 Maria Cristina Menezes de Azevedo |
| 32 Helcio Alves de Assumpcao | 68 Carlos Domingues da Venda |
| 33 Sergio Bastos Viana de Souza | 69 Nadia de Araujo |
| 34 Jose Maria Leoni Lopes de Oliveira | |
| 35 Katia Costa Marques de Faria | |
| 36 Maria Teresa Moreira Lima | |

- 70 Jose Muinos Pineiro Filho
71 Antonio Carlos da Graca de Mesquita
72 Vania Maria Carrano Benjo
73 Adelangela Carvalho Saggiore
74 Jose Carlos Paes
75 Dirce Ribeiro de Abreu
76 Roberto Moura Costa Soares
77 Maria Teresa de Andrade Ramos Ferraz
78 Elizabeth Carneiro de Lima
79 Maria Eugenia Monteiro Cavalcanti
80 Marilia de Castro Neves Vieira
81 Monica da Silveira Fernandes
82 Joao Martins Freitas
83 Charles Van Hombeeck Junior
84 Fernanda Moreira Jorgensen
85 Wilson de Pontes Cardoso
86 Adilse de Oliveira Ramos
87 Maria da Conceicao Lopes de Souza Santos
88 Lucia Neves de Oliveira
89 Leonardo Cavalcanti Cerqueira
90 Marcia Alvares Pires Rodrigues
91 Marcia Rodrigues de Oliveira
92 Ecknea Antonia de Andrade
93 Silvia Liz Xavier Dell'ome
94 Sonia Maria da Rocha Cruz
95 Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque
96 Ariadne Mitropoulos Esteves
97 Maria Aparecida Moreira de Araujo
98 Regina Olivia da Rocha Werneck
99 Ana Alice de Belli
100 Ana Maria da Silva Goncalves
101 Arilda Sandra da Silva Nunes
102 Geraldo Antonio Rangel de Azeredo Coutinho
103 Helda Lima Meireles
104 Regina Lucia Natal de Carvalho
105 Maria Christina Pasquinelli Bacha de Almeida
106 Mauricio Assayag
107 Frederico Alberto Ribeiro Canellas
108 Ligia Portes Santos
109 Joao Batista Filgueiras
110 Lucia Maria Lacerda Atalla
111 Rosangela Carrozzino Canellas
112 Jose Avelino Atalla
113 Daisy Palmieri da Costa
114 Patricia Silveira da Rosa
115 Ana Cristina Augusto Gentil da Silva Filgueiras
116 Denise Freitas Fabio Guasque
117 Karla Maria da Cruz Carvalho
118 Maria Dionisia Freire Goncalves de Almeida
119 Maria Thereza Kezen Vieira
120 Paula Mello Chagas
121 Heloisa Maria Daltro Leite
122 Claudia Maria Oliveira dos Santos
123 Maria Cristina da Silva Gaertner
124 Maria Eugenia Andrade de Macedo
125 Pedro Elias Erthal Sanglard
126 Alda Santarosa Freire Oliveira e Silva
127 Ricardo Ribeiro Martins
128 Gisele Lobao Salgado
129 Julieta Raila Bernstein Seixas
130 Miriam Cristina Mendonca Real de Almeida
131 Heloisa Carpena Vieira de Mello
132 Antonio Jose Martins Gabriel
133 Simone Benicio Ferolla Guida
134 Claudio Soares Lopes
135 Maria Celeste Cardoso de Brito Pereira
136 Marcellus Polastri Lima
137 Denise Soares Lopes
138 Antonio Jose Campos Moreira
139 Joel Tovil
140 Carlos Roberto de Castro Jatahy
141 Sumaya Therezinha Helayel
142 Nilo Augusto Francisco Suassuna
143 Gloria Marcia Percinoto
144 Katia Aguiar Marques Selles
145 Marcelo Daltro Leite
146 Maria Lucia Lima e Silva Ceglia
147 Thereza Christina Bastos de Menezes
148 Rogerio Carlos Scantamburlo
149 Gladys Mary Licinio Holanda
150 Rita de Cassia Araujo de Faria
151 Maria Helena Cortes Pinheiro
152 Sergio Roberto Ulhoa Pimentel

- | | |
|---|---|
| 153 Ilma de Araujo Barros | 162 Jacyr Villar de Oliveira |
| 154 Maria Lucia das Chagas Gomes de Sa | 163 Silvia Maria Castelo Branco de Siqueira |
| 155 Ida Maria Moulin Aledi Monteiro | 164 Rosa Maria dos Reis Parisé |
| 156 Luiz Fabiao Guasque | 165 Maria Ignez Carvalho Pimentel |
| 157 Vicente Ferreira de Arruda Coelho Filho | 166 Guilherme Eugenio de Vasconcellos |
| 158 Jose Aluizio de Arruda | 167 Nelcy Pereira Lessa |
| 159 Maria da Conceicao Nogueira da Silva | 168 Carlos Cicero Duarte Junior |
| 160 Nedir Machado de Braganca Soares | 169 Laise Helena Silva Macedo |
| 161 Ricardo Alcantara Augusto Pereira | 170 Talma Prado Castello Branco Junior |

Procurador / MP Especial

- 1 Julio Lambertson Rabello
- 2 Horacio Machado Medeiros
- 3 Delja Marucia Palhares R. de Paiva

Promotor de Justiça

- | | |
|--|---|
| 1 Francisco Chagas Bruno | 25 Marcelo Rocha Monteiro |
| 2 Roberto Mendonca de Andrade | 26 Regina Lucia Xavier |
| 3 Afranio Silva Jardim | 27 Munir Rafidi |
| 4 Helio Jose Ferreira Rocha | 28 Walberto Fernandes de Lima |
| 5 Adelia Barboza de Carvalho | 29 Eni Goncalves Ferreira |
| 6 Nelia Nahid de Carvalho de Paola | 30 Lucia Ramos Serao |
| 7 Eduardo da Silva Lima Neto | 31 Elizabeth Jose Barreto |
| 8 Carlos Eduardo de Miranda Ferraz | 32 Antonio Borromeu Fernandez |
| 9 Angela Maria Parise Rafidi | 33 Simone de Lima e Silva Rossi |
| 10 Veronica Elisa Rosa Aguiar | 34 Leila Machado Costa |
| 11 Fatima Pacca de Araujo Winkler | 35 Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro |
| 12 Maria Helena Rodrigues Silva Biscaia | 36 Jonas Mendes Rodrigues |
| 13 Angela Maria Castro Leite de Andra-
de C. de Matos | 37 Ivonise da Costa Feres Caetano |
| 14 Nilo Cairo Lamarao Branta | 38 Cristina Maria Nogueira de Vascon-
cellos Costa |
| 15 Maria da Conceicao Pereira Cardoso | 39 Maria Luiza de Lamare Sao Paulo |
| 16 Maria Luiza Ribeiro Cabral | 40 Mendelssohn Erwin Kieling Cardo-
na Pereira |
| 17 Ana Lucia Abeid Nassar | 41 Paulo Roberto Valim Gomes |
| 18 Alberto Henrique de Pinho Canellas | 42 Laise Ellen Silva Macedo |
| 19 Marcelo de Lyra Filho | 43 Izabella Figueira |
| 20 Maria de Nazara Pires de Sousa Martins | 44 Elisabeth Gomes Sampaio |
| 21 Martha Pires Rocha Hisse | 45 Marcelo de Carvalho Mota |
| 22 Vera Lucia Fernandez Delgado | 46 Soraya Taveira Gaya |
| 23 Christiane Claudia Cardoso Ansel-
mo de Farias | 47 Claudia Baldan Cabral dos Santos |
| 24 Vania Lucia Borsotto Machado Monteiro | Siqueira |

- 48 Silvana Gonzalez de Fabritiis
49 Julio Cesar Lima dos Santos
50 Maria da Gloria Barboza Silva
51 Delma Moreira Acioly
52 Marcos Ramayana Blum de Moraes
53 Luiz Gonzaga de Lima Costa Junior
54 Darlei Goncalves Bala
55 Jose Augusto Guimaraes
56 Marcos Andre Chut
57 Monica Maria Costa di Piero
58 Lilian Moreira Pinho
59 Maria Celia Gonzaga da Igreja
60 Ana Paula Cardoso Ferreira de Lima
61 Maria Aparecida Lamoglia Dias
62 Luciana Sapha Silveira
63 Marlon Oberst Cordovil
64 Wania Helena Valle Ayres
65 Fernando Luiz de Azevedo Costa
66 Maria de Lourdes Feo Polonio
67 Jorge Narciso da Silva Filho
68 Gisele Aparecida G. Sirieiro Monteiro
69 Elisa Maria Torelly Santos Rocha
70 Marcelo Lima Buhatem
71 Elisabete Maria Leiras Alvarez
72 Alice Anna Louise da Silva
73 Denise Muniz de Tarin
74 Orlando Carlos Neves Belem
75 Margaret Motta Ramos
76 Romero Lallemand Lyra
77 Flavia Araujo Ferrer de Andrade
78 Fernando Galvao de Andrea Ferreira
79 Helane Vieira Ramos
80 Asterio Pereira dos Santos
81 Marcio Mothe Fernandes
82 Marly Saramago Hermann
83 Renata Machado Cotta Buhatem
84 Anna Maria Di Masi
85 Lucia Maria Teixeira Ferreira
86 Luiza Lane Ribeiro Godinho
87 Monica de Faria Sardas
88 Rosani da Cunha Gomes
89 Sergio Livio Pereira Pinto
90 Leila de Lima Bran Moreira
91 Cristina Medeiros da Fonseca
92 Julio Roberto Costa da Silva
93 Elizabeth Machado Carneiro
94 Dennis Aceti Brasil Ferreira
95 Mona Nassaro
96 Angela Maria Silveira dos Santos
97 Dora Beatriz Wilson da Costa
98 Katia Regina Ferreira Lobo Andrade
Maciel
99 Simone Domingues Coachman
100 Ana Paula Petra Lopes de Carvalho
101 Claudia Maria Macedo Perlingeiro
dos Santos
102 Claudio Henrique da Cruz Vianna
103 Ellis Hermydio Figueira Junior
104 Alexandre Viana Schott
105 Marcia Teixeira Velasco
106 Marta Folino Proenca
107 Ana Lucia Sauerbronn Goncalves
108 Renata Maria Nicolau Cabo
109 Marisa Paiva Carvalho da Costa
110 Luiz Roldao de Freitas Gomes Filho
111 Cristiane Bernstein Seixas
112 Mario Luiz Paes
113 Riscalla Joao Abdenur
114 Viviane Tavares Henriques
115 Jose Luiz Martins Domingues
116 Luciana Maria Vianna Direito Fagundes
117 Marcio Jose Nobre de Almeida
118 Sandra Maria Duclos Torres de Melo
119 Maria Amelia Barreto Peixoto
120 Ana Paula Rodrigues da Rocha
121 Jose Eduardo Ciotola Gussem
122 Adriana Nino Biscaia Fernandes
123 Conceicao Maria Tavares de Oliveira
124 Marcelo Pereira Marques
125 Marcia Maria Tamburini Porto Saraiva
126 Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
127 Ines da Matta Andreiuolo
128 Ana Lucia da Silva Melo
129 Leonardo Freire de Oliveira
130 Bruno Ferolla
131 Jose Mario Porto Marandino
132 Fernanda Campos de Oliveira
133 Christiane Barbosa Monnerat
134 Ediléa Goncalves dos Santos Cesario
135 Maria Beatriz Peres Fernandes Camara
136 Ana Maria Gomes de Castro
137 Carla da Silva Carvalho de Canellas
138 Marilza de Souza Goncalves Augusto
139 Patricia Leite Carvao

- 140 Adriana Bastos Poubel
 141 Vera Regina de Almeida
 142 Claudia Martins Quaresma
 143 Mario Moraes Marques Junior
 144 Homero das Neves Freitas Filho
 145 Galdino Augusto Coelho Bordallo
 146 Elisabete Figueiredo Felisbino
 Barbosa
 147 Cristiane Goncalo Soares
 148 Mária Luiza Bezerra Cortes Barroso
 Miranda
 149 Patricia Mothe Glioche Beze
 150 Ana Cintia Lazary Serour
 151 Mauricio Cesar do Couto
 152 Gianfilippo de Miranda Pianezzola
 153 Ana Cristina Lesqueves Barra
 154 Carmen Eliza Bastos de Carvalho
 155 Carla Rodrigues Araujo de Castro
 156 Nizete de Azevedo Oliveira
 157 Ana Paula Baptista Villa
 158 Alexandre Murilo Graca
 159 Claudio Varela
 160 Anco Marcio Valle
 161 Tania Faria Torres Lana
 162 Janaina Marques Correa
 163 Lisangeli Alcantara Erthal Rocha
 164 Maria Elisabete Cardoso Antunes da
 Costa
 165 Joel Cesar Dantas de Sampaio
 166 Gloria Rocha Kayat
 167 Americo Luzio de Oliveira Filho
 168 Joao Carlos Brasil de Barros
 169 Augusto Vianna Lopes
 170 Fatima Lucia Alves Ferreira Nunes
 171 Ana Carolina Mendes Nogueira Gomes
 172 Fabiola Lovisi
 173 Renato Lisboa Teixeira Pinto
 174 Maria da Gloria Guarino de
 Oliveira Lucas
 175 Taciana Dantas Carpilovsky
 176 Eduardo Slerca
 177 Eliane de Lima Pereira
 178 Christiane Figueiredo Menescal Braga
 179 Luciano Lessa Goncalves dos Santos
 180 Humberto Dalla Bernardina de Pinho
 181 Liana Barros Cardozo de Sant'ana
 182 Luiz Antonio Correa Ayres
 183 Guilherme Magalhaes Martins
 184 Marcos Moraes Fagundes
 185 Monica Santos Cardoso Soares
 186 Rogerio Lima Sa Ferreira
 187 Marcus Cavalcante Pereira Leal
 188 Gustavo Adolfo Vieira Dutra de
 Almeida
 189 Marcos Antonio Maselli de
 Pinheiro Gouvea
 190 Guilherme Soares Barbosa
 191 Celso de Andrade Loureiro
 192 Anabelle Macedo Silva
 193 Sergio Nogueira de Azeredo
 194 Albino Jose da Silva Filho
 195 Paulo Cerqueira Chagas
 196 Barbara Salomao Spier
 197 Joao Reginaldo Cardoso da Silva
 198 Georgea Marcovecchio Guerra
 199 Flavia Beiriz Brandao de Azevedo
 200 Jacqueline Esther Abecassis
 201 Elisa Fraga de Rego Monteiro
 202 Paulo Yutaka Matsutani
 203 Glaucia Maria da Costa Santana
 204 Lucio Romulo Soares
 205 Andrea Rodrigues Amin
 206 Marcia Vieira Piatigorsky
 207 Claudia Canto Condack
 208 Tereza Cristina Branco Alves
 209 Francisco Franklin Passos Gouvea
 210 Laura Cristina Maia Costa Ferreira
 211 Leonidas Filippone Farrulla Junior
 212 Somaine Patricia Cerruti Lisboa
 213 Angelo Joaquim Gouvea Neto
 214 Ana Cristina Huth Macedo
 215 Alexandra Carvalho Feres
 216 Valeria Videira Costa
 217 Angelica Mothe Glioche Gasparri
 218 Maria Cristina Faria Magalhaes
 219 Rodrigo Terra
 220 Marcos Kac
 221 Renata Silvaes Franca
 222 Larissa Ellwanger Fleury Ryff
 223 Adriana Alemany de Araujo
 Cavalcanti
 224 Rubem Jose Bastos Vianna
 225 Hedel Luiz Nara Ramos Junior
 226 Luiz Alberto da Cunha Braga

- 227 Carla Tereza de Freitas Baptista Cruz
 228 Cristiane da Rocha Corrêa
 229 Luciana Araujo Tepedino
 230 Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos
 231 Lenita Machado Tedesco
 232 Claudio Calo Sousa
 233 Felipe Rafael Ibeas
 234 Sergio Bumaschny
 235 Karina Valesca Fleury
 236 Virgilio Panagiotis Stavridis
 237 Celso Quintella Aleixo
 238 Adriana Miranda Palma Schenkel
 239 Bianca Mota de Moraes
 240 Mariana Goulart Marcondes Ribeiro
 241 Adriana Araujo Porto
 242 Alexandre Themistocles de Vasconcelos
 243 Marcos Lima Alves
 244 Ilana Fischberg Spector
 245 Daniela Abritta Carneiro Ribeiro de Freitas
 246 Fernanda Rocha Jorge
 247 Daniela Faria Tavares
 248 Vanessa Petillo Toledo Marques
 249 Sandra Lima Tancredo
 250 Jacqueline El-Jack Rapozo
 251 Carlos Andresano Moreira
 252 Andreia Macabu Semeghini Calo
 253 Adriana Coutinho de Carvalho
 254 Rogerio Gomes Alevato
 255 Erika da Rocha Figueiredo
 256 Jose Luis Ferreira Marques
 257 Daniel Faria Braz
 258 Maria da Gloria Gama Pereira
 259 Eduardo Rodrigues Campos
 260 Danielle de Souza Caputi
 261 Thaimi Stefania Kepe Ferreira
 262 Helena Silveira Sousa
 263 Claudio Silva de Carvalho
 264 Alexandra Paiva D'Avila Melo
 265 Rogerio Pacheco Alves
 266 Eduardo Santos de Carvalho
 267 Marcia Colonese Lopes Guimaraes
 268 Fernando Martins Costa
 269 Gabriela Araujo Teixeira Serra
 270 Marcos da Motta
 271 Miriam Lahtermaher
 272 Lisiane Alcantara Erthal Rocha de Moura
 273 Gustavo Adolfo Machado Cunha Lunz
 274 Carlos Frederico Saturnino de Oliveira
 275 Luciana Caiado Ferreira
 276 Anaiza Helena Malhardes Miranda
 277 Alessandra Honorato Neves Batista
 278 Jose Antonio Fernandez Souto
 279 Julio Machado Teixeira Costa
 280 Sebastiao Fador Sampaio
 281 Ricardo Zouein
 282 Paulo Sergio Rangel do Nascimento
 283 Marcelo Lessa Bastos
 284 Ivany Bastos Franca David
 285 Rochester Machado Piredda
 286 Waldemiro Jose Trocilo Junior
 287 Fernando Carlassara de Oliveira
 288 Sheila Cristina Vargas Ferreira Leal
 289 Ana Beatriz Villar da Cunha Botelho
 290 Walter de Oliveira Santos
 291 Monica Rodrigues Cuneo
 292 Luciano Oliveira Mattos de Souza
 293 Valerio Teixeira Nascimento
 294 Pedro de Oliveira Coutinho
 295 Luiz Claudio Carvalho de Almeida
 296 Victor Santos Queiroz
 297 Anik Rebello Assed Machado
 298 Emerson Garcia
 299 Alexandre Oliveira Tavares
 300 Nestor Goulart Rocha e Silva Junior
 301 Erminia Manso Oliveira de Sousa
 302 Marcio Almeida Ribeiro da Silva
 303 Guilherme Mattos de Schueler
 304 Paulo Henrique Pereira da Silva
 305 Fatima Montauban Leitao
 306 Odilon Lisboa Medeiros
 307 Vladimir Ramos da Silva
 308 Renata Neme Cavalcanti
 309 Rosana Barbosa Cipriano Simão
 310 Luis Otavio Figueira Lopes
 311 Alberto Flores Camargo
 312 Flavia Figueiredo Roxo
 313 Elyeth Costa Silva Jardim
 314 Valeria de Sousa Linck
 315 Claudio Serra Feijo

- 316 Claucio Cardoso da Conceicao
317 Giuliano de Souza Rocha
318 Lucio Pereira de Souza
319 Flavia Abido Alves
320 Marcelo Moutinho Ramalho Bittencourt
321 Eduardo Paes Fernandes
322 Fernanda Vale Pacheco de Medeiros
323 Anna Christina Dantas Rodrigues
324 Daniela Moreira da Rocha Vasconcellos
325 Jose Luiz Pimentel Batista
326 Salvador Bemerguy
327 Marcio Souza Guimaraes
328 Rosemery Duarte Viana
329 Anna Carolina Mattoso Soares
330 Patricia do Couto Villela
331 Adriana Lucas Medeiros
332 Jorge Magno Reis Vidal
333 Elisa Ramos Pittaro Neves
334 Cristina Figueiredo de Castro do Rego Monteiro
335 Êvanes Amaro Soares Júnior
336 Danielle Waghbi Silva de Carvalho
337 Leonardo Monteiro Vieira
338 Paula Campello Costa Borges Fulchi
339 Beatriz Leal de Oliveira
340 Monica Martino Pinheiro Marques
341 Andre Machado Ricci
342 Rosana Rosses Petro
343 Cesar Rampazzo da Cruz
344 Madalena Junqueira Ayres
345 Simone Gomes de Souza
346 Caroline Andrade Bueno Fernandes
347 Claudia das Graças Matos de Oliveira Barros
348 Simone Paiva da Motta
349 Paulo Tarso Santiago Leite
350 Jose Luiz Acatauassu Bittencourt
351 Nelma Lucia de Melo Mendes
352 Dario Marcelo Menezes Brandao
353 Rodrigo Lima Gomes
354 Gustavo Campos de Oliveira
355 Vicente de Paula Mauro Junior
356 Erica Rogar
357 Patricia Silveira Tavares
358 Alexandre Couto Joppert
359 Flavia da Matta Xavier Reis
360 Jean Pessanha Tavares
361 Roberto Goes Vieira
362 Agnes Mussliner
363 Miriam Tayah Chor
364 Bernardo Vieiralves Martins
365 Felipe Pires Cuesta
366 Charles Amitay Weksler
367 Dimitrius Viveiros Gonçalves
368 Clisânger Ferreira Gonçalves Luzes
369 Vinicius Leal Cavalleiro
370 Adiel da Silva França
371 Mauro Penna Macedo Guita
372 Gabriela da Rocha Guimarães de Campos
373 Stephan Stamm
374 Flavia Furtado Tamanini Pereira
375 Silvia Cives Seabra
376 Sauvei Lai (*)
377 Marcelo Muniz Neves
378 Janaína Vaz Candela Pagan
379 Andre Guilherme Tavares de Freitas
380 Marcos Paulo Alfradique de Andrade
381 Fernanda Louise da Silva
382 Guilherme Vogel Prado
383 Fabiano Rangel Moreira
384 Veronica Crespo Ribeiro Antunes Zylberman
385 Alessandra Tavares Padua Lethier Rangel
386 Denise Becker Atherino
387 Gisela Alexandre Brandão
388 Maria Fernanda Dias Mergulhão
389 Ana Paula Amato Manhães Siqueira
390 Cristhiane Barradas Zeitone
391 Isabela Maria de Moura Estavão Padilha
392 David Francisco de Faria
393 Marcela Dumas Belgues de Andrade
394 Eliane Almeida de Abreu Belem
395 Átila Pereira de Souza

(*) Corrigida a posição por determinação do Conselho Superior do Ministerio Público, de acordo com o Processo Nº MP- 2003.001.29076.00. Publ. no *DOERJ* de 15/01/2004.

- 396 Flávia Pereira Nunes
 397 João Carlos Mendes de Abreu
 398 Fátima Vieira Henriques Guerra de Moraes
 399 Alexander Araujo de Souza
 400 Emiliano Rodrigues Brunet Depolli Paes
 401 Robson Renault Godinho
 402 Carla Carvalho Leite
 403 Renata Pereira de Souza da Graça Mello
 404 Marcelo Airoso Pimentel
 405 Cristiano dos Santos Lajoia Garcia
 406 Gabriela Tabet de Almeida Barbosa
 407 Leonardo Araujo Marques
 408 Danielle Cavalcante de Barros
 409 Andreza Duarte Cañado
 410 Egberto Zimmerman
 411 Eduardo Medeiros Altoe
 412 Roberta da Silva Dumas Rego
 413 Eliane Patricia Albuquerque Soares
 414 Camila Moreira Esteves Cyfer
 415 Vanessa Quadros Soares Katz
 416 Adriana Vital de Matos
 417 Luciana Nascimento Pereira
 418 Denise de Mattos Martinez Geraci
 419 Luciano Arbex Sarkis
 420 Jose Antonio Ocampo Bernárdez
 421 Roberto Saad Alves da Costa
 422 Fabiana de Araújo
 423 Marcus Edoardo de Sa Earp Siqueira
 424 Ana Paula Correia Hollanda
 425 Marcio Benisti
 426 Artur Gustavo Sant'anna de Oliveira
 427 Ana Cristina Fernandes Pinto Villela
 428 Fabio Vieira dos Santos
 429 Maria Cristina Kubitschek Cañado da Rocha Vianna
 430 Fernando Cury Goyano Bastos
 431 Flávio Boureau da Camara Canto
 432 Cristiane Branquinho Lucas
 433 Daniel Lima Ribeiro
 434 Leandro Manhães de Lima Barreto
 435 Lívia Cristin da Cás Vita
 436 Claudia Cristina Nogueira
 437 Luciana Rocha de Araujo
 438 Melissa Gonçalves Magalhães Rocha
 439 Heloísa Maria Teixeira da Silva Moura
 440 Maria Helena Ramos de Freitas
 441 Sonia Eyleen Oliveira Marengo
 442 Rodrigo Octavio de Arvellos Espínola
 443 Zilda Januzzi Veloso
 444 Viviane Freitas Muniz
 445 Lucia Iloizio Barros Bastos
 446 Flávio Bonazza de Assis
 447 Elke Schlesinger
 448 Pedro Rubim Borges Fortes
 449 Patricia Hauer
 450 Carla Cristina Coutsoukalis
 451 Regiane Cristina Dias Pinto
 452 Fernanda Caruso de Mattos
 453 Gabriela Bessa Garcia de Oliveira
 454 Monica Barbosa Telles de Miranda
 455 Fabio Corrêa de Matos Souza
 456 Isabella Pena Lucas
 457 Renata de Vasconcellos Araujo Bressan
 458 Deise Barboza Passos Ribeiro
 459 Claudia Pereira Caldas
 460 Luciana Carvalho Youssef
 461 Carla de Azevedo Vieira
 462 Luís Augusto Soares de Andrade
 463 Marisa El-Mann
 464 Erica Di Donato Vianna
 465 Oyama Mignon de Castro
 466 Tatiana Costa Torres
 467 Rodrigo de Almeida Maia
 468 Pedro Paulo Marinho de Barros
 469 Marcelo Mauricio Barbosa Arsenio
 470 Carlos Guilherme Santos Machado
 471 Henrique Paiva Araujo
 472 Jose Marinho Paulo Junior
 473 Daniel Favaretto Barbosa
 474 Paulo Roberto Mello Cunha Junior
 475 Marcia Araujo Pinto
 476 Carolina Chaves de Figueiredo Marinho
 477 Cindy Chao
 478 Renata Scarpa Fernandes Borges
 479 Ricardo Campanelle Rodrigues
 480 Tiago Joffily
 481 Rosana Rodrigues de Alves Pereira
 482 Leonardo Arreguy Romão

- | | |
|--|---|
| 483 Leticia Martins Galliez | 496 Cristiane de Carvalho Vasconcelos |
| 484 Karine Susan Oliveira Gomes | 497 Suzana Salgado Lopes |
| 485 Guilherme Braga Peña de Moraes | 498 Allana Alves Costa Poubel |
| 486 Ana Paula Ribeiro Rocha de Oliveira | 499 Bruno dos Santos Guimarães |
| 487 Maria Lucia Winter | 500 Patricia Gabai Venancio |
| 488 Sergio Luis Lopes Pereira | 501 Mariana Segadas Acylyno de Lima |
| 489 Fabio Mendes Muniz | 502 Rhamile Sodre de Oliveira |
| 490 Marcelo Augusto Buarque de Tavares | 503 Marcelo Fabiano Araujo dos Santos |
| 491 Bruno de Lima Stibich | 504 Francisco Lopes da Fonseca |
| 492 Eduardo Monteiro Vieira | 505 Vagner Delgado de Almeida |
| 493 Patricia de Oliveira Souza Fernandes de Castro | 506 Rodrigo Cezar Medina da Cunha |
| 494 Rosana Gomes Esperança | 507 Frederico Antonio Bonfatti Teixeira
Monteiro |
| 495 Ana Gabriela Fernandes Blacker
Espozel | |

Promotor de Justiça Substituto

- | | |
|---|--|
| 1 Carlos Bernardo Alves Aarão Reis | 30 Claudio Tenorio Figueiredo Aguiar |
| 2 Francisco de Assis Machado Cardoso | 31 Debora da Silva Vicente |
| 3 Manoela Penido Rocha Verbicário | 32 Marcus Vinicius da Costa Moraes Leite |
| 4 Carlos Eduardo do Amaral Marques | 33 Fabíola de Oliveira Lima Canabarro |
| 5 Jorge Luis Furquim Werneck Abdelhay | 34 Daniela Caravana Cunha Vaimberg |
| 6 Leonardo Cufia de Souza | 35 Jose Gomes Riberto Schettino |
| 7 Luciana Barbosa Delgado | 36 Leandro Silva Navega |
| 8 Horacio Afonso de Figueiredo da Fonseca | 37 Frederico Rangel de Albernaz |
| 9 Eduardo Morais Martins | 38 Aline Palhano Rocha |
| 10 Marcele Moreira Tavares Navega | 39 Karina Rachel Tavares Santos |
| 11 Isabela Jourdan da Cruz Moura | 40 Jose Maria de Castro Panoeiro |
| 12 Elisa Martins Constant | 41 Simone Sibilio do Nascimento |
| 13 Patricia Wajnbergier Chalom | 42 Decio Luiz Alonso Gomes |
| 14 Mariana Martins Seródio Boechat | 43 Cristiane do Nascimento Ferreira |
| 15 Roberta Dias Laplace | 44 Luciana Cristina Buarque de Tavares |
| 16 Luciane Tesch de Abreu | 45 Luiz Eduardo da Silva Levy de Souza |
| 17 Taciana Cerqueira Cabral | 46 Renato Monteiro Sardão |
| 18 Luciana Braga Martinho | 47 Carla Carrubba |
| 19 Andrea da Silva Araujo | 48 Victor Mauricio Fiorito Pereira |
| 20 Rodrigo Belchior Hermanson | 49 Elisa Maria Azevedo Macedo |
| 21 Paula Marques de Oliveira | 50 Fernanda Camara Torres Sodre |
| 22 Reinaldo Moreno Lomba | 51 Theresa Christina de Souza Arcanjo |
| 23 Murilo Nunes de Bustamante | 52 Fernanda Neves Lopes |
| 24 Wagner Sambugaro | 53 Clarisse Lagoeiro de Magalhães Lourenço |
| 25 Elayne Christina da Silva Rodrigues | 54 Mateus Picanço de Lemos Pinaud |
| 26 Guilherme Macabu Semeghini | 55 Priscila Naegele Vaz |
| 27 Andre Luis Cardoso | 56 Roberto Mauro de Magalhães
Carvalho Júnior |
| 28 Fatima Lourdes Cunha Martins Stocco | 57 Caren Saisse Villardi |
| 29 Jose Loreto Moreira de Faria | |

- 58 Denise da Silva Vidal
- 59 Felipe Barbosa de Freitas Ribeiro
- 60 Adriana Santos da Silveira
- 61 Fernanda Abreu Ottoni do Amaral
- 62 Ludmilla de Carvalho Mota
- 63 Renata Aline de Castro Leal
- 64 Tulio Caiban Bruno
- 65 Daniela Ribeiro Lugão
- 66 Pedro Borges Mourão Sá Tavares de Oliveira
- 67 Paulo Wunder de Alencar
- 68 Sergio Luiz Ribeiro de Souza
- 69 Antonio Carlos Fonte Pessanha
- 70 Mariana de Carvalho Elias Rabha
- 71 Vanessa Veronesi Tiecher
- 72 Erica Parreiras Horta Rocha David
- 73 Luciana Pereira Grumbach
- 74 Marcia Lustosa Carreira
- 75 Juan Luiz Souza Vazquez
- 76 Ana Carolina Moraes Coelho
- 77 Juliana Amorim
- 78 Vanessa de Jesus Tanan
- 79 Juliana da Gloria Pompeu
- 80 Júlia Silva Jardim Murtinho
- 81 Ana Beatriz Miguel de Aquino
- 82 Clarisse Maia da Nóbrega
- 83 Renata Felisberto Nogueira Viana Farah
- 84 Viviane Alves Santos Silva
- 85 Bruno Corrêa Gangoni
- 86 Gabriela dos Santos Lusquiños
- 87 Carlos Marcelo Messenberg
- 88 Leandro Oliveira da Silva
- 89 Bruno Lavorato Moreira Lopes
- 90 Dina Maria Furtado de Mendonça Velloso

LISTA
DOS
INATIVOS

*Lista de Membros Inativos do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro
(Em 31 de Dezembro de 2003)*

Ada Buksman	Beatriz Marilda Alves
Adir Maria de Andrade Equi	Bernardo Buarque Schiller
Adolpho Lerner	Bonni dos Santos
Affonso Alípio Pernet de Aguiar	Brazilmar Moraes Pinheiro
Alberto Lírio do Valle	Caetano Pinto de Miranda Montenegro Neto
Albino Angelo Santarossa	Carlos Alberto Pires de Carvalho e Albuquerque
Aldney Zacharias Peixoto	Carlos de Mello Porto
Alexandre Arbach	Carlos de Novaes Vianna
Alexandre Demathey Camacho	Carlos Eduardo Bernardi Moutaury Pimenta
Alma Rubens Alvim de Carvalho	Carlos Eduardo Costa Silva
Alvaro Duncan Ferreira Pinto	Carlos Magno Maia Przewodowski
Alvaro Homero Xavier de Brito M. Baptista	Celia de Araujo Costa
Alvaro Hungria Ferreira Pinto	Celso Peçanha
Ana Maria de Almeida Nogueira	Ceres Feijó
Ana Maria de Andrade Pinheiro	Cezar Augusto de Farias
Ana Maria de Resende Chaves	Cilas Alves Magalhães
Ana Maria Gattás Bara	Claudio Ramos
Ana Maria Goldemberg	Concelina Henrique de Souza
Ana Maria Schmidt	Cristina Maria dos S. Caetano da Silva
Anamaria de Luna Borges Saraiva	Cypriano Lopes Feijó
Angela da Rocha Pombo	Daisy Monnerat dos Santos Silva
Angela Maria Bittencourt Brasil de Araújo	Danilo Domingues de Carvalho
Anna Affonso Delecave	Dário Michéli Gadêlha
Annabella Vera Grazia Herczog	David Borensztajn
Anthero da Silva Gaspar	David Milech
Antonio Augusto de Vasconcellos Neto	Déa Araujo de Azeredo
Antonio Carlos da Fonseca Passos	Delma Eyer Harris
Antonio Carlos Silva Biscaia	Demóstenes Garcia
Antonio Francisco Feteira Gonçalves	Diamantino Ferreira
Antonio Roberto Jorge de Paiva Cortes	Dilmo Solon Valladares do Lago
Aquilino Pinto Figueiredo	Dolores Maria Ferreira
Arci Cavalcanti de A. Figueiredo	Domingos Henrique Leal Braune
Arion Sayão Romita	Dráusio Rodrigues Lourenço
Armando de Oliveira Marinho	Duval Vianna
Arthur Leonardo de Sá Earp	Edgard Coimbra Sampaio
Arthur Pontes Teixeira	Édila Davies de Moura
Assy Mirza Abranches	Edilma Raposo dos Santos Engels
Atamir Quadros Mercês	Edilon Miranda de Oliveira
Augusta Vitória Piclum	Edmo Rodrigues Lutterbach
Avelino Gomes Moreira Neto	

Edmundo José Anjo Coutinho
Edson Affonso Guimarães
Edson Pereira da Silva
Eduardo Othelo Gonçalves Fernandes
Eduardo Pinto Martins
Eduardo Valle de Menezes Cortes
Eloysio Vieira de Almeida
Elso Vaz
Emanuel Roberto de Nora Serra
Emyr Pereira da Silva
Enos da Costa Palma
Eugênio Carvalho do Nascimento Filho
Evandro Barbosa Steele
Evandro Ramos Lourenço
Everardo de Goes Fischer
Everardo Moreira Lima
Ferdinando José Bianchini Latgé
Fernando Araripe de Moraes Quadros
Fernando José Pessoa da Silva
Fernando Lúcio Lagoeiro de Magalhães
Flávia Pereira Novoa
Flávio Cunha Monteiro de Carvalho
Flávio Curi Vitari
Francisco das Neves Baptista
Francisco Eugênio Freire Moraes
Francisco Gil Castello Branco
Francisco Habib Otoch
Francisco José Vaz
Francisco Massá Filho
Gabriel Villela Junior
Gastão Lobão da Costa Araujo
Gelcy Migon Pinto de Oliveira
Geraldo Di Biase
Geraldo Freitas Caldas
Geraldo Mattos Maia
Gerardo Rangel dos Santos
Gerson Nicacio Garcia
Gevan de Carvalho Almeida
Gilberto Machado Simões
Guilherme Novis Dias
Guy Benigno Brasil
Hamilton Xavier
Hédel Luís Nara Ramos
Heitor Costa Junior
Heitor Pedrosa Filho
Helio Cesar Penna e Costa
Hélio Zaghetto Gama

Heloísa Helena Gomes Barboza
Heloisa Helena Pires dos Santos
Henrique Ernesto Claudio Dagna
Henrique Nogueira da Costa
Hermesinda Oliveira Cavalcanti da
Rocha
Hilton Massa
Hisashi Kataoka
Hortêncio Catunda de Medeiros
Hugo Gonçalves Roma
Iagmar Senna Chelles
Inácio Nunes
Irenice Nunes Azevedo Lima
Iris Gameiro Seiffert
Itala Cremer
Ivan Anátocles da Silva Ferreira
Ivan Rezende Pereira Leal
Ivonildes Luiz Altino de Lima
Jackson Lopes Corrêa
Jarcléa Pereira Gomes
Jayme Duarte Vieira
Jefferson Machado de Góes Soares
João Baptista Storduto de Carvalho
João Carlos Miranda Freire
Joaquim Armindo Thomaz
Jocymar Dias de Azevedo
Jorge Alonso Ferraço
Jorge Armando Figueiredo Enne
Jorge Euclides Pereira Ninho
Jorge Ibraim Salluh
Jorge Joaquim Lobo
Jorge Vacite Filho
José Antonio Costa Gonçalves
José Araújo dos Santos
José Bianchini
José Carlos da Cruz Ribeiro
José da Silveira Lobo
José dos Santos Carvalho Filho
José Francisco Basílio de Oliveira
José Francisco de Martino
José Ivanir Gussem
José Perelmiter
José Ricardo Lopes Guimarães
José Rodrigues Pinheiro
José Sertã Camões
José Vicente Pereira
Juary Silva

Julio Cesar Souza Baltharejo
Laercio Guarçoni
Lafredo Lisboa Vieira Lopes
Laiza de Paula Rossi
Laucy Esteves
Laudelino Freire Junior
Léa Barbosa Vianna Freire
Leila Campos Nunes
Leny Costa de Assis
Leonel dos Santos
Licio de Oliveira Araujo
Lilia Izaguirre de Toledo Malta
Liliane Chaves de Castro Magalhães
Lincoln Antônio de Castro
Lourdes Gamba
Lourineide de Arruda Xavier
Lúcia Glória Bastos Alves de Araújo
Lucia Maria Cuinhas da Cunha
Luís Carlos de Araújo
Luis Fernando Ribeiro Matos
Luiz Almeida do Valle
Luiz Antonio Ferreira de Araújo
Luiz Antonio Pacca Campos Mello
Luiz Brandão Gatti
Luiz Carlos Humbert de Albuquerque
Maranhão
Luiz Carlos Rodrigues da Costa
Luiz Carlos Silva
Luiz Carlos Vivas Vieira
Luiz Facca
Luiz Fonseca Le Cocq D'Oliveira
Manoel Geraldo Areunete
Marcello Maria Domingues de Oliveira
Marcelo Antonio de Meneses Oliveira
Marcos Mizrahi
Margarida Maria Nogueira La Croix
Maria Cristina Pacini de Medeiros e
Albuquerque
Maria da Glória Franco
Maria de Fátima da Rocha Novais
Maria do Carmo Alves Garcia
Maria do Carmo Machado Ferreira
Alexandre
Maria Elisa de Proença Hingst
Maria Helena Pereira da Cunha
Maria Lenícia Rocha Pires de Carvalho
Maria Lucia Farrulla

Maria Suzane Chaves Meireles
Mariana de Oliveira
Marilene Gomes Fernandes
Marília Bulhões dos Santos Carneiro
Mário Antonio de Carvalho
Mario Carrilho da Fonseca e Silva
Mario Ferreira dos Reis
Mario Tobias Figueira de Mello
Mario Tobias Figueira de Mello Filho
Marlene Cardoso Gonzalez
Marlene Maria Espínola
Marly Martim Mazzuchelli
Mary Virgínia Northrup
Maurício Helayel
Mauro Azevedo
Mauro Campello
Mauro José Ferraz Lopes
Maximino Gonçalves Fontes Neto
Miriam Rocha Mello
Murillo Bernardes Miguel
Nader Couri Raad
Nancy Mendes de Aragão
Náudila Teresinha Honorato Neves
Neje Hamaty
Nelson José Martins
Newton Lourenço Jorge
Nicanor Medici Fischer
Nilda Maria Benevides de Miranda
Norma Chrissanto Dias
Norton Esteves Pereira de Mattos
Octavio Freitas
Olegario Maciel Colly
Omar Gama Ben Kauss
Onedio Francisco Gonçalves
Ovidio Silva
Pamphilo Andrade da Silva Freire
Paulo Cezar Pinheiro Carneiro
Paulo de Salles Guerra
Paulo Ferreira Rodrigues
Paulo Frederico B. de Mello Tedim
Lobo
Paulo Ivan de Oliveira Teixeira
Paulo Roberto Canettieri
Paulo Roberto Pinheiro Torres
Pedro Henrique de Miranda Rosa
Pedro Nogueira Fontoura
Pedro Paulo Geraldo Pires de Melo

Plínio de Sá Martins
Raphael Cesário
Regina Buaiz
Regina Celi Silva Machado
Regina Celia de Oliveira Calmon
Regina Ghiaroni
Regina Machado Tedesco
Regina Maria Correa Parisot
Reinaldo Moreira Glioche
Remy Barbosa Vianna
Renato Gonçalves Pereira
René de Souza Coelho
Ricardo Cannelas Rinaldi
Ricardo Hungria Ferreira Pinto
Roberto Abranches
Roberto Bernardes Barroso
Roberto Pontes Dias
Roberto Ribeiro França
Rodolpho Antonio Avena
Ronaldo de Medeiros e Albuquerque
Ronaldo Simão
Ronaldo Tostes Mascarenhas
Rosa Déa Veiga da Silva
Ruth Sarah Hirschfeldt
Ruy Soares Barbosa Junior
Sálua Bunahum
Sandra Muniz Melo Ramos Castro
Sávio Soares de Sousa
Sergina Mello
Sérgio Antônio de Carvalho
Sérgio Castanheira
Sérgio de Andréa Ferreira
Sergio Demoro Hamilton

Sérgio Zettermann
Sonia Maria Moret Freire Lourenço
Sonia Maria Ribeiro Valle Acioli
Sônia Simões Corrêa Fortes
Stênio Lutgardes Neves
Sueli Carreira da Silva
Suely da Silva Jardim Pylro
Sylvio Tito Carvalho Coelho
Tania de Castro Góes
Tania Maria Salles Moreira
Telius Alonso Avelino Memória
Themístocles de Faria Lima
Theobaldo Lisboa
Thereza de Paula Tavares Henriques
Ugo Soares Pinheiro Chagas
Ulysses Leocádio
Vera Lucia de Sant'Anna Gomes
Vera Maria Barreira Jatahy
Vera Maria Florêncio Berto
Vera Maria José Rollas
Vicente Silvio Ferreira do Nascimento
Victória Siqueiros Soares Le Cocq
D'Oliveira
Virgínia de Barros Moreira
Waldir Novelino
Waldy Genufno de Oliveira
Wander César Moreira
Wilséa Gaspar Fernandes
Wilson Cavalcanti de Farias
Yolando Cardoso
Zelia Salles de Vasconcelos
Zilma de Castro Cunha Almeida
Zita Vereza Gama Silva

**Integrante do Superior Tribunal de Justiça
oriundo do Ministério Público do Estado
do Rio de Janeiro
(Em 31.12.2003)**

Ministro Hamilton Carvalhido

**Integrantes do Tribunal de Justiça
oriundos do Ministério Público do Estado
do Rio de Janeiro
(Em 31.12.2003)**

Desembargadores:

Angelo Moreira Glioche

Antonio José Azevedo Pinto

Antonio Ricardo Binato de Castro

Ferdinaldo do Nascimento

Gizelda Leitão Teixeira

Guisepe Ítalo Brasilino Vitagliano

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

Paulo Gomes da Silva Filho

Telma Musse Diuana



