

ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Órgão Cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

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

Rev. Minist. Público

Rio de Janeiro

n. 17

jan./jun.2003

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

Publicação do Conselho Nacional do Ministério Público
Fundação: 1995, nº 1, de 22 de maio
D.O.U. nº 25, de 18 de maio de 1995

Publicação do Conselho Nacional do Ministério Público
Fundação: 1995, nº 1, de 22 de maio
D.O.U. nº 25, de 18 de maio de 1995

Revista do Ministério Público. – , n. 17 (jan./jun.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. 17	jan./jun. 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

Cristina Pires dos Santos (de 02.05.2002 até 30.04.2003)

Cláudia Maria Martins Campochão (a partir de de 30.04.2003)

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 30.06.2003)

**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
CELSON FERNANDO DE BARROS**

**Corregedora-Geral do Ministério Público
DENISE FREITAS FABIÃO GUASQUE**

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

**Secretário-Geral de Administração
JOSÉ LUIZ MARTINS DOMINGUES**

**Órgão Especial do Colégio de
Procuradores de Justiça
(Em 30.06.2003)**

**ANTÔNIO VICENTE DA COSTA JUNIOR
Presidente**

**DENISE FREITAS FABIÃO GUASQUE
Corregedora-Geral**

Titulares Natos

Luiz Sergio Wigderowitz
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
Evangelina Fontelas Rosado Spinelli
Renato Pereira França
Verá de Souza Leite

Titulares Eleitos

Adolfo Borges Filho
Pedro Moreira Alves de Brito
Ertulei Laureano Matos
Maria Cristina P. dos Anjos Tellechea
Sérgio Bastos Viana de Souza
Regina Lúcia Natal de Carvalho
Francisco Antonio Souto e Faria
Vitória Abi Rihan
José Maria Leoni Lopes de Oliveira
Márcia Álvares Pires Rodrigues

**Conselho Superior do Ministério Público
(Em 30.06.2003)**

**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
Ligia 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

Alexander Araujo de Souza – O Promotor de Justiça investigador e a teoria das provas ilícitas	25
Alexandre Couto Joppert - O dolo direto na chamada receptação qualificada	67
Antonio Carlos Coelho dos Santos – O Ministério Público, o réu e a mídia	73
Arnoldo Wald – As novas tendências do Direito Administrativo	89
Claudio Calo Sousa – Algumas impropriedades do denominado “Novo” Código Civil	105
Damásio de Jesus – A nova maioria civil: reflexos penais e processuais penais	113
Denise Freitas Fabião Guasque - A Fundação Escola do Ministério Público e o Centro de Aperfeiçoamento Funcional: sua posição, vínculos, características e papel institucional	125
Emerson Garcia – O escalonamento funcional e a atuação do Promotor de Justiça no segundo grau de jurisdição	135
Fernando Galvão de Andréa Ferreira – Direito e poder: análise histórica de algumas infrações penais no Brasil do século XIX	149
Humberto Dalla Bernardina de Pinho – Reflexões sobre o procedimento da ação coletiva <i>stricto sensu</i> no Direito Processual Civil brasileiro	163
Joel Tovil – Portar ou guardar arma de fogo desmuniada configura o delito previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97?	171
José Carlos Barbosa Moreira – O novo Código Civil e a união estável	177
José dos Santos Carvalho Filho – O direito de preempção do Município como instrumento de política urbana	189
José Marinho Paulo Junior – Das requisições de diligências pelo Ministério Público ao Conselho Tutelar	203
Luiz Fabião Guasque – O Ministério Público em defesa do Terceiro Setor ...	211
Marcos Ramayana Blum de Moraes – A composição dos danos ambientais como requisito para a transação penal	217

Sergio Demoro Hamilton – Alguns pontos ao art. 28 do Código de Processo Penal	221
Teluis Alonso Avelino Memória - Estudo sobre Polícia	229
Victor Santos Queiroz - A personalidade do nascituro à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente	239

PARECERES E RAZÕES

— Recusa no oferecimento de suspensão condicional do processo. Inaplicabilidade à Justiça estadual da Lei nº 10.259/01, pelo menos até que se tenha firme orientação jurisprudencial em sentido contrário. Mesmo que se entendesse aplicável a referida normativa no âmbito estadual, em nada restaria afetado o instituto da suspensão condicional do processo, reservado <i>de lege lata</i> aos crimes cuja pena mínima não seja superior a 01 (um) ano (art. 89 da Lei nº 9.099/95 (Alexander Araujo de Souza)	245
— Ação rescisória. Admissibilidade e procedência do pedido. Escritura pública como forma necessária ao aperfeiçoamento da compra e venda do imóvel. Invalidade do instrumento particular. Procurador sem os poderes especiais do art. 38 do CPC não pode confessar ou reconhecer a procedência do pedido (Carlos Roberto de Castro Jatahy)	255
— Mandado de segurança impetrado em virtude de decisão judicial que rejeitou pedido de quebra de sigilo bancário formulado pelo Ministério Público em inquérito que investiga a prática de crime de homicídio. A autoridade apontada como coatora negou a medida sob o argumento de que esta, se deferida, importaria violação ao direito à intimidade. Prevalência do direito à vida quando confrontado com o direito à privacidade do investigado, bem como a inexistência de direitos absolutos na Carta Magna (Eduardo Morais Martins)	261
—Tribunal de Contas Municipal - Natureza jurídica - Independência financeira garantida constitucionalmente - Inteligência da Emenda Constitucional 25/00, que só diz com a Câmara de Vereadores - Inconstitucionalidades material e formal, esta última por ser exigida lei para dispor sobre matéria orçamentária (Eduardo Slerca)	275
—Ilegalidade de Resolução do Conselho Federal de Medicina que restringe o poder requisitório do Ministério Público (Emerson Garcia)	285
— Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Notário. Princípio da publicidade. Vinculação das questões formuladas ao programa constante do edital. Prova de Processo Civil. Interpretação restritiva dos itens do programa. Perfeita correspondência entre os temas - discricionariamente - apontados e as questões - vinculativamente - elaboradas. Possibilidade de controle pelo Judiciário. Atribuição da	

integralidade dos pontos ao candidato. Princípio da igualdade. Provedimento do recurso (Heloisa Carpena Vieira de Mello)	303
— Ação declaratória de reconhecimento de união estável cumulada com partilha - Convivência cujo término ocorreu em razão do falecimento do companheiro antes do advento da Lei 9.278-96. Reconhecimento da união estável e da meação dos bens, considerando-se a contribuição direta e indireta da autora para a formação do patrimônio comum. Procedência dos pedidos (Lucia Maria Teixeira Ferreira)	309
— Crime de calúnia. Recurso ministerial pretendendo a condenação do apelado também pelo crime de injúria e defensivo pleiteando a anulação do processo e, no mérito, sustentando negativa de autoria e ausência de dolo. Nulidades inexistentes a serem rejeitadas à falta de amparo legal e ante a evidente preclusão. Decisão condenatória que bem enfoca a matéria questionada, demonstrando a caracterização do único crime efetivamente imputado, a ser mantida, portanto. Parecer pelo não provedimento de ambos os apelos (Lucia Neves de Oliveira)	319
— Imunidade de Fundação instituída como museu. Impossibilidade de tributação na transferência dos bens do instituidor (Luiz Fabião Guasque)	323
— Promotor de Justiça arrolado como testemunha. Incompatibilidade lógica entre o <i>múnus</i> de acusar e de depor no mesmo processo. Jurisprudência e doutrina (Rogério Pacheco Alves)	339

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jurisprudência Criminal

- *Habeas Corpus. Furto e roubo: artigos 155 e 157 do Código Penal.*
 1. Furto é a subtração pura e simples de coisa móvel alheia, sem violência contra a pessoa, enquanto o roubo pressupõe o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa.
 2. Violência exercida contra a vítima, atacada e derrubada por um *trombadinha* que lhe retira a bolsa das mãos: circunstância elementar que tipifica o crime de roubo.

Habeas corpus conhecido, mas indeferido (*Habeas Corpus* nº 75.110-RS, Segunda Turma, RTJ 176, pp. 1168/1172)
- *Habeas Corpus. 2. Réu condenado à pena de vinte e nove anos de reclusão. 3. Protesto por novo júri. 4. Alegação de excesso de prazo de prisão preventiva. 5. Não cabe falar, aqui, em excesso de prazo de custódia preventiva, pois, desde a condenação pelo Júri, confirmada pelo Tribunal de Justiça, o título da prisão do paciente é decorrente da decisão condenatória definitiva. Não há, no caso, como deferir-lhe o pleito para ser posto em liberdade e, nessa condição, aguardar o novo julgamento. 6. Natureza do "protesto por novo júri". 7. Não ocorre, aí, desde logo, anulação*

da pena imposta, mas, tão-só, oportunidade garantida ao paciente, - que se encontra condenado a vinte e nove anos de reclusão, - de novo pronunciamento do Tribunal Popular. Até que essa nova apreciação da espécie suceda, força é entender que o réu se encontra condenado. 8. Se já faz, a esta altura, como alega, o paciente jus a progressão no regime carcerário, tal pleito há de deduzir-se, originariamente, perante o Juízo das Execuções Penais. 9. *Habeas Corpus* indeferido.

(*Habeas Corpus* nº 75.479-DF, Segunda Turma, RTJ 178, pp. 299/306)

355

- *Quadrilha (ou quadrilha armada) e roubo com majoração de pena pelo emprego de armas e pela prática em concurso de agentes: compatibilidade ou não: análise das variações da jurisprudência do STF: opção pela validade da cumulação da condenação por quadrilha armada, sem prejuízo do aumento da pena do roubo por ambas as causas especiais.*

A condenação por quadrilha armada não absorve nenhuma das duas cláusulas especiais de aumento da pena de roubo previstas no art. 157, § 2º, I e II do C. Penal: tanto os membros de uma quadrilha armada podem cometer o roubo sem emprego de armas quanto cada um deles pode praticá-lo em concurso com terceiros, todos estranhos ao bando. (*Habeas Corpus* nº 76.213-GO, Primeira Turma, RTJ 177, pp. 821/826)

365

- *Ação penal pública incondicionada: contravenção de vias de fato (LCP, art. 17).*

A regra do art. 17, LCP - segundo a qual a persecução das contravenções penais se faz mediante ação pública incondicionada - não foi alterada, sequer com relação à de vias de fato, pelo art. 88, L. 9.099/95, que condicionou à representação a ação penal por lesões corporais leves. (*Habeas Corpus* nº 80.617-MG, Primeira Turma, RTJ 177, pp. 866/868)

372

- *Suspensão do processo - Artigo 89 da Lei n. 9.099/95.*

Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reservas, o preceito do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 não revela direito do acusado. Ocorrida a recusa do Ministério Público quanto ao benefício, constatando-se o concurso dos requisitos objetivos, os autos devem ser remetidos ao Procurador-Geral de Justiça. Precedente: *Habeas Corpus* nº 75.343/MG, Pleno, Redator para o acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, em 12 de novembro de 1997. (*Recurso Extraordinário* nº 241.880-MT, Segunda Turma, RTJ 178, pp. 951/957)

376

- *Recurso extraordinário. Competência para processar e julgar habeas corpus impetrado contra ato de membro do Ministério Público Federal.*

— Ambas as turmas desta Corte (assim, nos RREE 141.209 e 187.725) têm entendido que, em se tratando de *habeas corpus* contra ato de Promotor da Justiça Estadual, a competência para julgá-lo é do Tribunal de Justiça por ser este competente para seu julgamento quando acusado de crime comum ou de responsabilidade. O fundamento dessa jurisprudência - como salientado pelo eminente Ministro Néri da Silveira no RE 187.725 - "foi sempre o de que da decisão do *habeas corpus* pode resultar afirmação de prática de ilegalidade ou de abuso de poder pela autoridade" e isso porque "ao se conceder o *habeas corpus*, se se reconhecer, expressamente,

que a autoridade praticou ilegalidade, abusó de poder, em linha de princípio, poderá configurar-se algum crime comum. Dessa maneira, a mesma autoridade que julgar o *habeas corpus* será a competente para o processo e julgamento do crime comum, eventualmente, praticado pela autoridade impetrada”.

— No caso, em se tratando, como se trata, de *habeas corpus* contra membro do Ministério Público Federal que atua junto a Juízo de primeiro grau, e tendo em vista que, em virtude do disposto no artigo 108, I, *a*, da Constituição, compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar originariamente esses membros, a esses Tribunais compete, também, por aplicação do mesmo fundamento, julgar os *habeas corpus* impetrados contra essas autoridades.

Recurso extraordinário conhecido e provido. (Recurso Extraordinário n.º 285.569-SP, Primeira Turma, RTJ 177, pp. 464/470) 384

Jurisprudência Cível

— *Constitucional. Ministério Público. Ação Civil Pública para proteção do patrimônio público. Art. 129, III, da CF.*

Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei n.º 8.429/92).

Recurso não conhecido. (Recurso Extraordinário n.º 208.790 —SP, Tribunal Pleno, RTJ 176, pp. 957/959) 394

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jurisprudência Criminal

— *EMENTA: Processo Penal – Abuso de poder de juiz contra advogado – Pedido de arquivamento – Determinação do Tribunal de encaminhamento dos autos ao órgão ministerial para o oferecimento da denúncia – Impossibilidade – CPP, art. 28.*

1. Em caso de discordância quanto ao pedido de arquivamento das peças de informação pelo membro do órgão ministerial, cabe ao Tribunal tão-somente encaminhar os autos ao Procurador-Geral, para que ele tome a decisão final quanto ao oferecimento ou não da denúncia.

2. Pedido de *Habeas corpus* deferido (*Habeas Corpus* n. 13.280-PE, Registro n. 2000.0047714-1, Quinta Turma, RSTJ 151, pp. 482/485, DJ de 20.08.2001) 398

— *EMENTA: Penal – Crime hediondo – Regime – Integralmente fechado – Falta de especificação – Progressão – Impossibilidade.*

1. Se há condenação por crime hediondo e fixação na sentença que o regime será o fechado, ainda que não haja expressa indicação que o seja integralmente, assim deverá ser entendido, notadamente se existe ex-

pressa menção ao art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, sendo, pois, descabida a progressão.

2. *Habeas corpus* denegado. (*Habeas corpus* n. 17.438-SP, Registro n. 2001.0084870-8, Sexta Turma, RSTJ 150, pp. 544/550, DJ 1.10.2001)

402

— EMENTA: *Processual Penal – Ação – Trancamento – Porte ilegal de arma – Art. 10 da Lei n. 9.437/1997 – Crime em tese – Perícia de funcionalidade – Dispensabilidade.*

1. Atestada a existência do crime do art. 10 da Lei n. 9.437/1997, pelo menos em tese, o trancamento da ação penal apresenta-se descabido, notadamente se tem como fundamento a falta de perícia, atestando a funcionalidade da arma de fogo, dado totalmente dispensável, ante a constatação de ser o delito de mera conduta.

2. Ordem denegada. (*Habeas corpus* n. 18.957-PE, Registro n. 2001.0137401-6, Sexta Turma, RSTJ 156, pp. 546/550, DJ de 18.2.2002)

408

— EMENTA: *Recurso em habeas corpus – Crime falimentar – Lei n. 9.099/1995 – Aceitação de proposta de suspensão processual – Trancamento de ação penal – Incabimento.*

1. Descabe falar em trancamento da ação penal quando já aceita a proposta de suspensão do processo, circunstância que, por si mesma, e desde que cumpridas as condições preestabelecidas, impede o seu prosseguimento.

2. Recurso improvido. (*Recurso em habeas corpus* n. 10.394-SP, Registro n. 2000.0081355-9, Sexta Turma, RSTJ 148, pp. 591/594, DJ de 27.8.2001)...

411

— EMENTA: *RHC – Penal – Condenado beneficiado com a suspensão condicional da pena (arts. 77 e segs. do CP) – Descumprimento reiterado das condições impostas – Revogação do benefício – Legitimidade – Prévia oitiva do apenado – Prescindibilidade.*

Legítima a decisão que revoga o *sursis* sem a prévia oitiva do apenado que descumpriu reiteradamente as condições impostas nas decisões concessivas do benefício, demonstrando ser desmerecedor do privilégio legal.

Recurso desprovido. (*Recurso em habeas corpus* n. 10.687-MG, Registro n. 2000.0124863-4, Quinta Turma, RSTJ 152, pp. 520/523, DJ de 12.3.2001)

415

— EMENTA: *Processo Penal – Estatuto da Criança e do Adolescente – Artigo 185 – Cumprimento de medida sócio-educativa de internação em estabelecimento prisional – Possibilidade – Cautelas.*

Em caráter excepcional, não constitui constrangimento ilegal nem viola o artigo 185 do Estatuto da Criança e do Adolescente o internamento provisório de menor infrator em estabelecimento prisional, desde que permaneça separado dos presos comuns.

Precedente. Recurso improvido. (*Recurso em habeas corpus* n. 11.166-MG, Registro n. 2001.0031535-6, Sexta Turma, RSTJ 148, pp. 597/600, DJ de 1.10.2001)

418

- EMENTA: *Penal – Produção antecipada de prova testemunhal – Artigos 92 e 366 do Código de Processo Penal – Lei n. 9.271/1996.*
1. O tempo é também determinante da produção antecipada da prova testemunhal, na letra da própria lei e na força de sua natureza, porque, com ele, se exaure a memória dos fatos.
 2. Recurso provido. (Recurso Especial n. 218.148-SP, Registro n. 99.0049385-0, Sexta Turma, RSTJ 151, pp. 586/590, DJ de 27.8.2001) 421

- EMENTA: *Recurso especial – Lei n. 9.099/95 – Suspensão condicional do processo – Concurso material de crimes.*
1. O acréscimo decorrente do concurso material de crimes deve ser considerado na aferição da pena prisional mínima autorizativa da suspensão condicional do processo.
 2. Descabe falar em suspensão condicional do processo após sentença condenatória, ainda que haja desclassificação do delito, devendo, como deve, a medida penal ter o seu exame em momento próprio e à luz dos fatos imputados na denúncia.
 3. Recurso conhecido e provido. (Recurso Especial n. 255.341-SP, Registro n. 2000.0036958-6, Sexta Turma, RSTJ 151, pp. 590/594, DJ de 27.8.2001) 424

Jurisprudência Cível

- EMENTA: *Despacho que manda processar a concordata preventiva – Irrecorribilidade – Peça técnica produzida pelo Ministério Público – Precedentes da Corte.*
1. O despacho que manda processar a concordata preventiva, como assentado na jurisprudência da Corte, é irrecorrível.
 2. Não malfere qualquer disposição de lei federal a decisão que autoriza a manutenção no processo da análise contábil produzida pelo Ministério Público.
 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (Recurso Especial n. 125.126-MG, Registro n. 97.0020559-2, Terceira Turma, RSTJ 155, pp. 453/456, DJ de 3.8.1998) 429

- EMENTA: *Falência – Quitação posterior ao decreto de quebra.*
1. Uma vez decretada a quebra não é mais possível a revogação arri-mada no fato de ter havido acordo entre o credor que a requereu e o devedor, sob pena de violação ao art. 40, § 1º da lei especial de regên-cia.
 2. Recurso especial conhecido e provido. (Recurso Especial n. 172.317-RS, Registro n. 98.0030338-3, Terceira Turma, RSTJ 156, pp. 217/222, DJ de 27.8.2001) 432

- EMENTA: *Ação de prestação de contas – Depósito bancário em conta-corrente – Interesse processual.*
- O correntista, inconformado com os lançamentos feitos em sua conta-corrente, sem condições de conhecer a natureza e a origem dos regis-tros constantes dos extratos bancários que recebe, tem legítimo interes-se de propor ação de prestação de contas. Precedentes. Súmula n. 83-

STJ. Recurso não conhecido. (Recurso Especial n. 184.283-SP, Registro n. 98.0056809-3, Quarta Turma, DJ de 22.3.1999)	436
— EMENTA: <i>Plano de saúde - Internação - UTI.</i> É abusiva a cláusula que limita o tempo de internação em UTI. Recurso conhecido e provido. (Recurso Especial n. 249.423-SP, Registro n. 2000.0017789-0, Quarta Turma, RSTJ 149, pp. 375/379, DJ de 5.3.2001)..	441
— EMENTA: <i>Recurso especial - Processual Civil e Civil - Ministério Público - Legitimidade - Ação civil pública - Contratos de seguro-saúde - Prêmio - Reajustamento de valores - Ato administrativo - Desconformidade com as regras pertinentes.</i> Segundo as áreas de especialização estabelecidas em razão da matéria do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, compete à Segunda Seção processar e julgar feitos relativos ao Direito Privado em geral. 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. (Recurso Especial n. 286.732-RJ, Registro n. 2000.0116464-3, Terceira Turma, RSTJ 151, pp. 343/355, DJ de 12.11.2001)	445
— EMENTA: <i>Recurso ordinário - Mandado de segurança - Ato judicial - Concessão de medida liminar em ação civil pública - Obtenção de efeito suspensivo a agravo de instrumento - Impossibilidade - Proteção do patrimônio e do Erário Público - Ministério Público - Legitimidade - Atribuição legal e institucional - Lei n. 7.347/1985.</i> I - É incabível a concessão de mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto contra decisão judicial, salvo quando presente manifesta ilegalidade, incorrente no caso. Precedente do STJ. II - A expressão patrimônio público e social cinge-se ao conjunto de bens e direitos que integram o acervo do Estado e são objeto de interesse por parte da comunidade que o compõe. Nos termos da Lei n. 7.347/1985, sujeita-se à tutela jurisdicional por meio da ação civil pública. III - O Ministério Público, no uso de suas atribuições institucionais, previstas no art. 129, inc. III, da Constituição Federal, está legitimado a propor a ação civil pública na defesa e proteção do patrimônio público e para impedir a perpetração de atos lesivos ao Erário do Estado. IV - Recurso conhecido, porém, improvido. (Recurso em mandado de segurança n. 7.750-SP, Registro n. 96.0062144-6, Segunda Turma, RSTJ 151, pp. 174/179, DJ de 4.2.2002)	457

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Jurisprudência Criminal

- EMENTA: *Calúnia – Expressões ofensivas a Promotor de Justiça em recurso de apelação.*
– Inaceitáveis excessos no exercício da advocacia em Procuradoria municipal - Crime contra servidor público em ação funcional - Inocorrência de nulidades - Questionamento precluso - Autoria configurada - Condenação certa e substituição possível (**Apelação Criminal n°. 2001.050.01994, Quarta Câmara Criminal**) 463

Jurisprudência Cível

- EMENTA: *Inconstitucionalidade. Lei Municipal. Permissões. Prorrogação compulsória.*
– O dispositivo de lei municipal que prorroga compulsoriamente, pelo prazo de cinco anos, todas as permissões anteriormente concedidas, é manifestamente inconstitucional, porque, além de violar o princípio da independência dos poderes, afronta os princípios de moralidade pública e administrativa. Representação acolhida. (**Representação por Inconstitucionalidade n° 130/2000 - Órgão Especial**) 467

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

- Acórdão que nega legitimidade ao Ministério Público para propositura de revisão criminal em favor do réu – Uma análise (**Eduardo Slerca**) .. 471

NOTICIÁRIO

- Homenagem aos novos Procuradores de Justiça 479
— Nova Lei Orgânica do Ministério Público 484
— Novo Procurador-Geral de Justiça 485
— Secretário de Estado de Administração Penitenciária 485
— Posse e transmissão do cargo de Procurador Geral de Justiça 485
— Biscaia eleito Deputado Federal 496
— Posse dos novos integrantes do Conselho Superior do Ministério Público 496
— Secretário de Estado da Receita 499
— Coordenadoria Militar do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro 499
— FEMPERJ homenageia o ex-Procurador-Geral de Justiça, José Muiños Piñeiro Filho 499
— 20 anos do Concurso de 1983 500
— Eleição para Corregedor-Geral do Ministério Público 500
— Solenidade de posse da Corregedora-Geral do Ministério Público 501
— XII e XIII Concursos do Ministério Público (resgatando a Memória) 518
— 40 anos do Concurso de 1963 (DAVID MILECH) 523
— Eleição complementar para o Conselho Superior do Ministério Público 525

— Posse de novos Membros do CSMP	526
— Aniversário do Procurador-Geral	528
— Nova Procuradora de Justiça – Homenagem do OECPJ	529
— Nova Direção na FEMPERJ	532
— Nova Procuradora de Justiça (Período 1º/jan. a 30.jun. 2003)	533
— Vitaliciamentos (Período 1º/jan. a 30.jun. 2003)	533
— Aposentadorias (Período 1º/jan. a 30.jun. 2003).....	533
— Falecimento (Período 1º/jan. a 30.jun. 2003).....	533
— INTEGRANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ORIUNDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Em 30/06/2003)	535
— INTEGRANTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ORIUNDOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Em 30/06/2003)	535

DOCTRINA

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA (**)

SUMÁRIO: 1. A possibilidade de o Ministério Público realizar atos investigatórios preparatórios à ação penal; 2. A atividade probatória desenvolvida pelo órgão do Ministério Público na fase processual; 3. As provas obtidas por meios ilícitos e o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade; 4. Exceções à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação; 5. Conclusões.

1. A possibilidade de o Ministério Público realizar atos investigatórios preparatórios à ação penal.

Quando praticada uma conduta delitiva, as consequências estatuídas nos preceitos secundários das normas penais incriminadoras devem passar do mundo abstrato dos Códigos e leis para a realidade do foro. O Estado, titular do *jus puniendi* (direito de punir) com relação a seus jurisdicionados, *deve* reintegrar a paz social ¹ lesionada com a perpetração da atividade criminosa, impondo aos transgressores as coerções que previamente estabelecera. Contudo, para realizar tal intento e diante dos modernos dogmas relativos à dignidade humana e à liberdade individual, o próprio poder estatal viu-se obrigado a estabelecer uma auto-limitação: somente poderá infligir qualquer *sanção criminal* ao infrator do mandamento proibitivo após a comprovação de sua responsabilidade mediante decisão jurisdicional ².

NOTA.: O presente trabalho obteve o 1º lugar no "Prêmio Luiz Carlos Cáfaro", instituído pela FEMPERJ e pelo CEJUR, com apoio do CEPROJUS. É dedicado a *Daniel Lima Ribeiro*, exemplo de figura humana e de Promotor de Justiça.

¹ No sentido do texto, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, Volume I, p. 23, 1ª edição (2ª tiragem), Bookseller Editora, Campinas, 1998. Soam oportunas, neste passo, as considerações lançadas por EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI: "Se observarmos as atuais tendências do direito penal nos países centrais, veremos que não se quer associar a sanção penal que caracteriza a lei penal a qualquer conduta que viole normas jurídicas, e sim quando aparece como inevitável que a paz social não poderá ser alcançada salvo prevendo para estas hipóteses uma forma de sanção *particularmente preventiva ou particularmente reparadora*, que se distinga da prevenção e reparação ordinárias, comuns a todas as sanções jurídicas." (*Manual de Direito Penal brasileiro*, p. 101, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999).

² Assim, dentre tantos, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, 1º Volume, p. 15, 17ª

Dentro deste contexto de juridicização, e em se tratando de sistema processual *acusatório público* como o nosso – não obstante a existência de influxos de inquisitorialismo ³ –, os partícipes da relação que se forma em juízo têm cada qual uma função definida e distinta: o titular do direito de ação deduz a *pretensão punitiva*, exteriorizada pelo pedido de condenação; o réu, em face de quem o referido direito de ação foi exercido, resiste à pretensão autoral, *defendendo-se*, e o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, *julga* os pedidos trazidos à sua apreciação ⁴. Não sendo mais concebível que o mesmo órgão investido do poder jurisdicional formulasse a acusação criminal ⁵, fez-se necessário criar um outro ente estatal destinado à deflagração da ação penal pública: o *Ministério Público* ⁶.

Mas de que maneira se inicia toda esta movimentação do aparato repressivo do Estado? Primeiramente, o titular do direito de ação penal necessita reunir um *mínimo de elementos probatórios* ⁷ acerca da existência da conduta delituosa

edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995; SERGIO DEMORO HAMILTON, “Justa causa – Um conceito polêmico”, in *Temas de Processo Penal*, pp. 18/19, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998; MARCELLUS POLASTRI LIMA, *Ministério Público e persecução criminal*, p. 51, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998 e ADILSON MEHMERI, *Inquérito policial (dinâmica)*, p. 03, Editora Saraiva, São Paulo, 1992. Com similar ensinamento, ANTONIO CRISTIANIASSEVERA ainda ser o processo penal necessário, em perspectiva reversa, à declaração de improcedência da acusação: “il processo penale è, al contrario, la regola, la via fisiologica sia per applicare la sanzione punitiva, sia per accertare l’infondatezza della notizia criminis o dell’accusa alla persona” (*Manuale del nuovo Processo Penale*, p. 28, seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1991).

³ É o que afirmam, *v.g.*, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, p. 108, AFRÂNIO SILVA JARDIM, *Direito Processual Penal*, p. 88, 6ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997, GERALDO PRADO, *Sistema acusatório*, p. 284, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001 e ANTONIO MILTON DE BARROS, *Processo Penal segundo o sistema acusatório*, p. 59, LED – Editora de Direito, São Paulo, 2002. Para uma sábia crítica de nosso sistema, *vide* SERGIO DEMORO HAMILTON, “A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n° 12, pp. 191/206, jul./dez. de 2000.

⁴ Neste sentido, GAËTAN DI MARINO, “L’implantation et les remises en cause des dogmes accusatoire et inquisitoire”, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 68, n° 1 e 2, p. 21, 1997. No mesmo diapasão, dentre muitos, *vide* ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Ideologias do Processo Penal na América Latina”, in *O processo em sua unidade II*, p. 232, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984; WEBER MARTINS BATISTA, “Inquérito policial: participação do Ministério Público”, in *Direito Penal e Direito Processual Penal*, p. 48, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1996; VALTER FOLETO SANTIN, *O Ministério Público na investigação criminal*, p. 129, Edipro, São Paulo, 2001, e FAUZI HASSAN CHOUKR, “A ordem constitucional e o Processo Penal”, in *Processo Penal à luz da Constituição*, p. 62, Edipro, São Paulo, 1999.

⁵ O sistema processual penal dito inquisitório, como leciona SERGIO DEMORO HAMILTON, “tem como forma básica o fato de que se concentram em um só órgão as funções de acusar, defender e julgar” (“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. 193, jul./dez. de 2000).

⁶ Neste passo, como bem afirma LUIS MARIA Díez-PICAZO, “desde el punto de vista de la comparación, el ejercicio de la acción penal en nombre del Estado es la única característica común a todas esas estructuras de agentes públicos y, por consiguiente, constituye el único dato sobre el que construir un concepto de Ministerio Fiscal de alcance general; es decir, la única posible definición del Ministerio Fiscal válida para más de un ordenamiento ha de partir de la idea de ejercicio de la acción penal como función pública” (*El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, p. 13, Editora Ariel, Barcelona, 2000).

⁷ Utilizando, como no texto, a expressão “elementos mínimos”, *vide* VALTER FOLETO SANTIN, *ob. cit.*, pp. 212/213 e MARCELLUS POLASTRI LIMA, *ob. cit.*, p. 52. Já AFRÂNIO SILVA JARDIM prefere, com idêntica

e de quem a praticou. Somente assim poderá exercer legitimamente tal direito, não se mostrando temerária ou leviana a acusação. Porém, muitas vezes, quase ninguém assistiu à cena criminosa; em outras tantas, por razões várias, não é possível identificar, de imediato e com clareza, quem praticou a infração penal ou, tampouco, as circunstâncias em que a mesma ocorreu; e em inúmeras oportunidades sequer fica nitidamente delineada, em todos os seus reais aspectos, a transgressão ao comando normativo.

Visando a suplantar estes possíveis entraves e buscando tornar efetiva a persecução criminal, os ordenamentos jurídicos adotam, guardadas as devidas peculiaridades, diferentes *sistemas de investigação preliminar*⁸, 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”⁹. 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*¹⁰. 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*”¹¹, seja pela *Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado*¹². Também no ordenamento francês o *Code de Procédure Pénale* prevê, como regra, que a instrução preliminar (*instruction préparatoire*) é

significação, a expressão “suporte probatório mínimo” (*Direito Processual Penal*, p. 323, 6ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997), no que é seguido por PAULO RANGEL (*Direito Processual Penal*, p. 239, 6ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002).

⁸ 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.

⁹ AURY LOPES JR., *ob. cit.*, p. 63.

¹⁰ 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 artigo 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”.

¹¹ Sobre o *procedimiento abreviado*, previsto como regra para os delitos cuja sanção seja pena privativa de liberdade não superior a nove anos, dispõe o artigo 785 bis da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, com 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 apresentada una denuncia o atestado praticará el mismo u ordenará a la Policía Judicial que pratique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los participantes en el mismo”. Ressalva, porém, o n° 3 do artigo 785 bis: “cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismo hechos”.

¹² O capítulo VII, n° 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

realizada pelo Juiz instrutor (*juge d'instruction*) quando da ocorrência de infrações penais mais graves – *crime* ¹³ (*article 79*) ¹⁴. 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*) ¹⁵. Em terrenos sul-americanos, a figura do Juiz instrutor se verifica, por exemplo, no Uruguai (*artículo 114 do Código del Proceso Penal de 1980*) ¹⁶, onde também se possibilita ao Ministério Público participar dos atos da instrução preliminar (*artículo 134*) ¹⁷. 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 criminosos ¹⁸, 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*) ¹⁹.

De outro lado, vem predominando modernamente e em larga escala, sobretudo na Europa continental, a visão de que as investigações preliminares

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 (...)”.

¹³ O ordenamento francês distingue *contravention*, *délit* e *crime*, como espécies do gênero *infraction*. O *Code Pénale* dispõe em seu *article 1º*: “*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*”.

¹⁴ 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*”.

¹⁵ 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*”.

¹⁶ 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*”.

¹⁷ 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*”.

¹⁸ 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*”.

¹⁹ Os *arts. 196 e 196 bis* do *Código Procesal Penal de la Nación* Argentina, com redação dada pelas Leis n.ºs 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 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 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.º 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*

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 subordinada²⁰. 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 pública²¹. 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)²², 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)²³. 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 judiciária²⁴.

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 delitos²⁵. Semelhante concepção foi adotada em 1998 no *Código Procesal 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)²⁶. Na Venezuela, segundo o disposto no *artículo 105* do *Código Orgánico Procesal Penal* de 1998, o Ministério Público também é o dirigente da investigação

Ministerio Público Fiscal, con noticia al juez competente en turno”.

²⁰ AURY LOPES JR., ob. cit., p. 77.

²¹ 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”.

²² “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”.

²³ Para maiores detalhamentos, vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Volume III, pp. 61/99, Editorial Verbo, Lisboa, 1994.

²⁴ O art. 327, 1, do Código de Processo Penal italiano (com redação dada pelo art. 7º da Legge 26 de marzo 2001) 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”.

²⁵ 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”.

²⁶ “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

preliminar e da atividade dos órgãos da polícia de investigações ²⁷. Em 1999, foi a vez de a Bolívia adotar o sistema do “*Promotor Investigador*” (artículos 69º e 70º do Código de Procedimiento Penal) ²⁸. 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) ²⁹. 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) ³⁰. 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) ³¹, havendo, ainda, manifesta subordinação da polícia judiciária àquele ³².

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

tanto se los 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”.

²⁷ 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 (...)”.

²⁸ 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”.

²⁹ 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”.

³⁰ 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”.

³¹ 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 inculcado, así como a la reparación del daño (...)”

³² Já o artículo 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

subordinação funcional em relação a órgãos do Poder Judiciário ou do Ministério Público ³³. 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 ³⁴. 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 ³⁵ que, todavia, não dispõe de significativos poderes investigatórios e tampouco de ingerência sobre a atividade policial ³⁶. 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 ³⁷.

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 ³⁸. 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) ³⁹. É de evidência cristalina, portanto, que tal

lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (...)”

³³ No sentido do texto, AURY LOPES JR., ob. cit., p. 57.

³⁴ A observação é do saudoso ANTONIO EVARISTO DE MORAIS FILHO, “O Ministério Público e o inquérito policial”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n° 19, p. 106, julho-setembro de 1997.

³⁵ OCTACILIO P. SILVA, “Sistema britânico de persecução criminal”, in *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe* n° 10, p. 71, 1996; RODRIGO REGNIER CHEMIM GUIMARÃES, *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*, p. 147, Juruá Editora, Curitiba, 2002.

³⁶ VALTER FOLETO SANTIN, ob. cit., p. 120.

³⁷ Neste sentido, AURY LOPES JR., ob. cit., pp. 57/58.

³⁸ 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*”.

³⁹ RODRIGO REGNIER CHEMIM GUIMARÃES, *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*, p. 103, Juruá Editora, Curitiba, 2002; JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO, “Da apuração das infrações penais pelo Promotor de Justiça”, in *Justitia*, n° 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*, n° 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 n° 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

dispositivo não pretendeu arrostar o Ministério Público – até pelas importantes atribuições que lhe foram conferidas – da apuração das infrações criminais ⁴⁰. 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) ⁴¹.

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 Penal ⁴², 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 policial ⁴³.

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 possibilitar a formação de sua *opinio delicti* ⁴⁴. Portanto, a atividade investigatória preliminar levada a cabo pela polícia é instrumental à atividade ministerial, e não um fim

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”.

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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, ob. cit., p. 54.

⁴² 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; AFRÂNIO 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, ROSANGELA 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; 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.

⁴³ JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit., pp. 140/141; MARCELLUS POLASTRI LIMA, ob. cit., p. 56; JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *Processo Penal*, p. 77, 7ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1997; JOSÉ ANTONIO 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, SERGIO DEMORO HAMILTON, ob. cit. na nota anterior, p. 208.

⁴⁴ 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

em si mesmo⁴⁵. 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 policial⁴⁶. Cuida-se, deveras, de um poder que se encontra *implícito* na função acusatória que foi conferida constitucionalmente ao Ministério Público⁴⁷. E seria realmente absurdo que este ficasse atrelado apenas ao que se apura (ou ao que se consegue ou ao 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 subordinada⁴⁸.

Decerto se poderia argumentar que, a par da qualidade de *dominus litis* da ação penal pública, a mesma Constituição da República somente armou o *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

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).

⁴⁵ SERGIO DEMORO HAMILTON, ob. cit., p. 215.

⁴⁶ Já o afirmava, anteriormente à Constituição de 1988, JOSÉ ANTONIO 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 outorga 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”.

⁴⁷ RODRIGO REGNIER 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, AFRÂNIO 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.teajuridica.com/investiga.html>, consultado em 27.05.2002; HELCIO ALVES DE ASSUMÇÃO, “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.

⁴⁸ 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 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

investigatórias" (art. 129, VIII), não significando que estaria habilitado a exercer, *de per se*, atividade investigatória ⁴⁹. 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 Público ⁵⁰. 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*) ⁵¹, e soaria mesmo absurdo que o Ministério Público pudesse requisitar diligências à autoridade policial e não as pudesse realizar por conta própria ⁵². 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 constitucional ⁵³.

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" ⁵⁴. 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 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

inquérito policial, conduzido por instituição subordinada a governantes" (*Regime jurídico do Ministério Público*, pp. 418/419, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2001)..

⁴⁹ 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. V, 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.

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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 WIECHO V. DE CASTILHO, "Investigação criminal pelo Ministério Público", in *Boletim dos Procuradores da República* nº 11, ano I, p. 04, março de 1999.

⁵² 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.

⁵³ 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.

⁵⁴ 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.

controle externo⁵⁵, 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 policial⁵⁶. 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 elucidação⁵⁷. Constatadas falhas ou omissões, o Ministério Público deverá corrigi-las ou supri-las, tomando a frente da investigação, se entender necessário⁵⁸. 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 autoridade⁵⁹.

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 preliminar⁶⁰. 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 acusar⁶¹.

Passando da Carta Maior ao plano infraconstitucional, a legislação que estabeleceu as normas gerais para a organização do 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. 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*”

⁵⁵ Por exemplo, o que dispõem os arts. 3º e 9º da Lei Complementar nº 75/93.

⁵⁶ 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, e MÁRCIO LUIZ CHILA FREYSLEBEN, *O Ministério Público e a polícia judiciária – Controle externo da atividade policial*, p. 82, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1993.

⁵⁷ JÚLIO 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.

⁵⁸ SERGIO DEMORO HAMILTON, ob. cit., pp. 214/215, com expressa citação do parecer oferecido por HELCIO ALVES ASSUMPTÃO no Recurso Extraordinário interposto no HC nº 615/96-RJ.

⁵⁹ Assim, denominando tal controle externo da atividade policial de extraordinário, vide RODRIGO REGNIER CHEMIM GUIMARÃES, ob. cit., p. 65.

⁶⁰ No sentido do texto, GUILHERME CALMON NOGUEIRA e ABEL FERNANDES GOMES, ob. cit., pp. 191/192; e VALTER FOLETO SANTIN, op. cit., p. 241.

⁶¹ AURY LOPES JR., ob. cit., p. 148.

(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 investigatória⁶².

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 investigações⁶³. Deve-se recordar, contudo, que quem investiga pode encontrar elementos favoráveis ao interesse da acusação ou da defesa⁶⁴. 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 inocência⁶⁵.

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 penal⁶⁶. 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

⁶² 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 opinião delicti livre e isenta", Parecer publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, p. 310, jan./jun. 2000; JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *Processo Penal*, p. 77, 7ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1997.

⁶³ GIUSEPPE GUARNIERI, *Las partes en el proceso penal* (tradução de Constancio Bernaldo de Quirós), p. 320, José M. Cajica, México, 1952.

⁶⁴ São as palavras de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal", in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, p. 220, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

⁶⁵ O art. 358 do *Codice di Procedura Penale* italiano de 1988 dispõe em seu art. 358: "(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".

⁶⁶ SERGIO DEMORO HAMILTON, ob. cit., p. 227.

necessária ou oportuna a providência ⁶⁷. 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 adequado ⁶⁸. 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 investigatório ⁶⁹. Assim, jamais estará o *Parquet* a usurpar atribuição deferida aos Delegados de Polícia ⁷⁰.

Passemos 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 investigatórios ⁷¹. Também assim o Supremo Tribunal Federal ⁷², embora em

⁶⁷ No sentido dotexto, ADILSON MEHMERI, ob. cit., p. 428; SERGIO DEMORO HAMILTON, ob. cit., p. 227; VALTER FOLETO SANTIN, ob. cit., pp. 267/268.

⁶⁸ JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO, "Da apuração das infrações penais pelo Promotor de Justiça", in *Justitia* Vol. 152, p. 77, out./dez. 1990.

⁶⁹ VALTER FOLETO SANTIN, ob. cit., p. 266.

⁷⁰ 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).

⁷¹ 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 Flauquer 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 destoa 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 procedimento, conduta ofensiva a direitos, passível de reparação via *habeas corpus*" (STJ, 6ª Turma, RHC 1948/RS, Rel. Min. Pedro Acíoli, 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).

⁷² Antes da atual Constituição, mais precisamente em 1983, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido no sentido de ser possível ao Ministério Público investigar diretamente as infrações penais.

algumas poucas decisões recentes tenha havido discordância do entendimento predominante⁷³. No âmbito dos Tribunais Regionais Federais⁷⁴ e dos Tribunais de Justiça dos Estados-membros⁷⁵, outra não é a tese vencedora, apesar de, vez por outra, surgirem decisões em sentido contrário, normalmente resultantes de

Tal decisão, publicada na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Volume 107, pp. 98/109, foi proferida pela 1ª Turma no *Habeas Corpus* nº 60.364/RJ, sendo Relator o Ministro Soares Muñoz que, em seu voto vencedor, asseverou: "(...) Nos Estados Unidos, o Promotor Público acompanha o inquérito e dirige as indagações policiais. E 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". Recentemente, decidiu o Supremo Tribunal Federal: "(...) 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" (STF, 2ª Turma, HC 77770/SC, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 03.03.2000, p. 62). A 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" (in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 9, pp. 409/413, jan./jun. 1999).

⁷³ Fugindo ao entendimento predominante, decidiu a 2ª Turma do STF: "Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade 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).

⁷⁴ 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. Dição 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, especifica 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).

⁷⁵ 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 RT Volume 651, pp. 313/321).

abordagem irrefletida e menos acurada ⁷⁶.

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, 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 ⁷⁷, ou na 6ª Turma ⁷⁸, era o de que, em tais hipóteses, *não* se faziam presentes as causas de impedimento ou de suspeição previstas nos arts. 252 e

⁷⁶ O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em acórdão que nos parece infeliz, decidiu: "Promotor de Justiça não é Promotor de Polícia. Agindo como policial, com a requisição oficiosa de serventuários da Justiça e procedendo a diligência frita 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 público: "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 Chalub: "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".

⁷⁷ "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 si, 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).

⁷⁸ "A atuação do Promotor na fase investigatória – pré-processual – não o incompatibiliza 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 o incompatibiliza 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 Acíoli,

254 do Código de Processo Penal, também aplicáveis aos membros do Ministério Público, diante do que dispõe o art. 258 do mesmo Código⁷⁹. Porém, em virtude de alguns julgados da mesma Corte⁸⁰ 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”.

Levando em conta a gama de argumentos apresentados, e após as citações de doutrina e jurisprudência (que ao leitor certamente parecerão cansativas!), 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 diretamente⁸¹. E mais: a realidade que se vem manifestando, em nível mundial, é a de atribuir ao Ministério Público a direção das investigações criminais⁸². 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 investigatório, caminhando por um

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 ofício naquele originado de suas investigações preliminares” (STJ, 6ª Turma, RHC 6662/PR, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 27.04.1998, p. 214).

⁷⁹ 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 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.

⁸⁰ Apenas no seio da 6ª Turma, por influência decisiva do então Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, instaurou-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).

⁸¹ ÉLVANES 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.

⁸² Em doutrina, é o que afirma VÍCTOR FAIREN-GUILÉN, “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 amplíssimas 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,

itinerário que inevitavelmente levará, mais cedo ou mais tarde, à adoção da teoria do “Promotor investigador”.

2. A atividade probatória desenvolvida pelo órgão do Ministério Público na fase processual.

Instaurada a relação processual, o ônus de comprovar os fatos narrados na exordial acusatória recai, sem dúvida, sobre aquele que deduziu em juízo a pretensão punitiva, imputando ao(s) réu(s) o(s) fato(s) criminoso(s) e requerendo a sua condenação⁸³. E, em se tratando de ação penal de iniciativa pública, incumbirá ao órgão do Ministério Público desenvolver tal mister⁸⁴.

Os elementos informativos colhidos na fase investigativa prévia ao processo servem exclusivamente para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público e para a aferição, pelo órgão jurisdicional, da viabilidade da acusação. Assim, porque não submetidos ao crivo do contraditório, não poderão ser valorados como suporte probatório apto a embasar a prolação do provimento jurisdicional, ressaltando-se as chamadas provas *irrepetíveis*⁸⁵, que serão submetidas a

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 (...)”.

⁸³ No sentido do texto, *vide*, dentre outros, AFRÂNIO SILVA JARDIM, “O ônus da prova na ação penal condenatória”, in *Direito Processual Penal*, p. 221, 6ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997; LUIZ FLÁVIO GOMES, “Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência”, in *Estudos de Direito Penal e Processo Penal*, p. 112, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998; JOSÉ LISBOA DA GAMA MALCHER, *Manual de Processo Penal*, p. 337, 2ª edição, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 1999; KAI AMBOS e FAUZI HASSAN CHOUKR, *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*, p. 150, Editora Método, São Paulo, 2001. Expressos, neste ponto, o art. 53 do Código Procesal Penal paraguaio: “La carga de la prueba corresponderá al Ministerio Público, quien deberá probar en el juicio oral y público los hechos que fundamenten su acusación”, o artículo 6º do Código de Procedimiento Penal da Bolívia: “(...) La carga de la prueba corresponde a los acusadores y se prohíbe toda presunción de culpabilidad”, e o artículo 234 do Código de Procedimiento Penal da Colômbia: “(...) Durante la actuación, la carga de la prueba de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado corresponde a la Fiscalía”.

⁸⁴ É o entendimento já esposado pelo STF: “A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral. (...) Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece em nosso sistema de direito positivo, a regra que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/1937, art. 20, n. 5)” (STF, 1ª Turma, HC 73338/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 19.12.1996, p. 51766).

⁸⁵ Já decidiu o STF: “Princípio do contraditório e provas irrepetíveis. O dogma derivado do princípio constitucional do contraditório de que a força dos elementos informativos colhidos no inquérito policial se esgota com a formulação da denúncia tem exceções inafastáveis nas provas – a começar

contraditório posterior ⁸⁶. Portanto, a tarefa de aportar elementos de prova aos autos deve ser renovada após instaurada a relação processual, surgindo assim um verdadeiro *direito subjetivo à prova*, possibilitando-se às partes influir em todas as operações desenvolvidas para a constituição do material probatório que servirá de base à cognição judicial ⁸⁷.

E a atividade probatória já se inicia no momento mesmo da deflagração da ação penal quando o *Parquet* arrola, em sua exordial acusatória, testemunha(s) e ofendido(s), requerendo sejam notificados a comparecer a juízo para prestar depoimentos ou declarações (art. 41 do CPP). Também nesta ocasião processual já lhe é lícito requerer ao Juiz a realização das diligências que reputar convenientes (art. 399 do CPP) ⁸⁸ e também requerer a juntada de prova documental. Esta última, aliás, salvo exceções expressas (e. g., arts. 406, § 2º, e 475 do CPP), poderá ser apresentada em qualquer fase do processo (arts. 231 e 400 do CPP).

Durante o curso da instrução, principalmente na realização das audiências, também desempenha o Ministério Público importante papel, seja requerendo ao Juiz a formulação de perguntas às testemunhas (art. 212 do CPP), seja inquirindo-as diretamente no procedimento relativo ao Tribunal do Júri (art. 467) ⁸⁹. Ainda durante a etapa instrutória e diante do princípio da *liberdade dos meios de prova* ⁹⁰, poderá *propor* que se realizem variados outros meios de prova, tais como perícias, acareações, reconhecimentos de coisas e de pessoas etc. Após a colheita da prova testemunhal, mas antes, porém, do oferecimento de suas alegações finais, ainda se assegura ao órgão acusador, no procedimento comum ordinário, o requerimento de diligências “*cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução*” (art. 499 do CPP).

do exame de corpo de delito, quando efêmero o seu objeto – que, produzidas no curso do inquérito, são irrepetíveis na instrução do processo: porque assim verdadeiramente definitivas, a produção de tais provas, no inquérito policial, há de observar com rigor as formalidades legais tendentes a emprestar-lhe maior segurança, sob pena de completa desqualificação de sua idoneidade probatória” (STF, 1ª Turma, HC 74751/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 03.04.1998).

⁸⁶ ADA PELLEGRINI GRINOVER, “A instrução processual penal em Ibero-América”, in *O processo em evolução*, p. 243, 2ª edição, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998.

⁸⁷ Neste sentido, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *Direito à prova no processo penal*, p. 85, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

⁸⁸ Quanto à possibilidade de requerimento de diligências no momento do oferecimento da denúncia, confira-se ementa de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “Diligências requeridas pelo Ministério Público na oportunidade do oferecimento da denúncia, a qual imputa ao acusado delitos de ação pública incondicionada – Pertinência e tempestividade da prova requerida – Indeferimento no Juízo de origem – Decisão insustentável – Reclamação procedente” (TJ-RJ, 4ª Câmara Criminal, Reclamação nº 70/00, Rel. Des. Telma Musse Diuana, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 13, pp. 505/512)..

⁸⁹ Quanto à inquirição de testemunhas realizada diretamente pelas partes no rito do Tribunal do Júri, vide HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO, *Júri – Procedimentos e aspectos do julgamento – Questionários*, p. 130, 10ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2001, e EDILSON MOUGENOT BONFIM, *Júri – Do inquérito ao plenário*, pp. 177/184, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

⁹⁰ Sobre o referido princípio consulte-se, por todos, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, 3º Volume, pp. 206/214, 17ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995.

Depois de reunido nos autos o material probatório, é chegado o momento de o Ministério Público ofertar suas alegações finais, que constituem, diga-se, *termo essencial do processo* ⁹¹. Mas não se pense que o órgão ministerial nesta fase está necessariamente jungido ao pedido condenatório que formulou. Não! Se de sua acurada avaliação resultar o entendimento de que existem nos autos elementos *suficientes* a embasar provimento condenatório, deverá manifestar-se neste sentido. Não logrando, contudo, desincumbir-se do ônus de comprovar os fatos narrados na exordial acusatória, ou mesmo se convencendo, por qualquer razão trazida ao processo, não merecer acolhida a pretensão condenatória, deverá *opinar* ⁹² no sentido da absolvição do(s) imputado(s), consoante permissivo constante do art. 385 do Código de Processo Penal. Cristalina, aqui, a posição do Ministério Público como fiscal da correta aplicação da lei (art. 257). Esta qualidade pode ainda ser observada na possibilidade de impetrar *habeas corpus* em favor do acusado (art. 654 do CPP) ou, ainda, de interpor recurso que, motivado pela aplicação correta da lei, venha a trazer algum benefício ao sentenciado ⁹³. Vê-se, pois, que a caricatural expressão “*parte imparcial*”, tão criticada por respeitabilíssimos setores da doutrina ⁹⁴, serve perfeitamente ao Ministério Público brasileiro que, sob este ponto de vista, é de fato imparcial ⁹⁵.

Finalize-se com a assertiva de que, para levar a cabo todo este mister, desfruta o *Parquet* de uma gama de poderes processuais. O próprio Estatuto Processual Penal de 1941 fez constar de maneira expressa em seu Título III, relativo à ação penal, que “*se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los,*

⁹¹ SERGIO DEMORO HAMILTON, “A relevância das alegações finais no processo penal”, in *Temas de Processo Penal*, p. 116, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

⁹² Precisas, neste passo, as considerações de AFRÂNIO SILVA JARDIM: “Quando o Ministério Público opina pela absolvição do réu não está desistindo da ação já exercitada, pois ela é indisponível (art. 42). Preciso o Código quando usa a palavra ‘opina’, pois o pedido formulado na denúncia não pode ser objeto de retratação. Não se pede duas vezes e, com mais razão, não poderia o Ministério Público pedir em testilha com o seu pedido original” (ob. cit., p. 128).

⁹³ Decidiu recentemente o Excelso Pretório, reiterando entendimento pacificado: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer quer como parte, quer como fiscal da lei. Poderá fazê-lo, inclusive, em favor do réu” (STF, 2ª Turma, RHC 80077/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU de 21.09.2001).

⁹⁴ Assim, por todos, vide FRANCESCO CARNELUTTI, “Poner en su puesto al Ministerio Público”, in *Cuestiones sobre el Proceso Penal* (tradução de Santiago Sentís Melendo), pp. 214 e segs., Librería el Foro, Buenos Aires, 1960.

⁹⁵ Neste sentido, MARCO ANTONIO DE BARROS, *A busca da verdade no Processo Penal*, p. 155, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002. Em sede jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal já decidiu: “Ao Ministério Público, atuando como titular da ação penal, incumbe propugnar sempre pela prevalência da verdade real. Convencido da existência de vício de procedimento em prejuízo à defesa, deve envidar esforços no sentido do imediato reconhecimento de tal circunstância. A postura robustece a crença na atuação do Órgão, além de servir aos ideais de Justiça. Isto ocorre quando, instado a falar sobre o recurso interposto, abandona a inflexibilidade contrária à característica orgânica do Direito e ressalta a procedência do inconformismo veiculado nas razões recursais” (STF, 2ª Turma, HC 70434/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 01.07.1994, p. 17481).

diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los" (art. 47). Robusteceram tais poderes requisitórios ⁹⁶ e atribuíram outras prerrogativas processuais ⁹⁷ ao *Parquet* a Lei nº 8.625/93 e a Lei Complementar nº 75/93, de modo a possibilitar ampla atuação probatória visando à consequente efetividade do processo penal.

3. As provas obtidas por meios ilícitos e o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

Como se tentou demonstrar até aqui, há momentos distintos da atuação do Ministério Público no que toca à colheita de elementos de prova: primeiramente, detendo a faculdade discricionária de investigar diretamente as infrações penais, poderá obter, *de per se* ou com o auxílio da atividade de polícia judiciária, suporte probatório necessário ao exercício da ação penal; posteriormente à instauração da relação processual, e diante do ônus que lhe compete de comprovar a conduta criminosa atribuída ao réu, *deverá* envidar todos os esforços na busca de material que possa evidenciar, *tanto quanto possível*, o que se passou no mundo dos fatos, tendo em mira sempre a consecução de um resultado *justo*.

Neste contexto, surge a inevitável problemática da admissão, ou não, no Processo Penal, das provas obtidas com violação de uma norma jurídica, aqui abrangidas as chamadas *provas ilegítimas* (obtidas com violação de norma jurídica de direito processual) e as denominadas *provas ilícitas* (produzida com infringência de norma de caráter material) ⁹⁸. Com efeito, muito já se discutiu o tema na ciência processual, formando-se, a respeito, duas teses radicais: a primeira, com sustentáculo nos princípios do livre convencimento do Juiz e da busca da "verdade real" ⁹⁹, sustenta que deve prevalecer, em qualquer caso, o interesse da Justiça no descobrimento da verdade. Assim, a ilicitude da obtenção não subtrai à prova o valor que possua como elemento útil à formação do

⁹⁶ Assim, *e. g.*, a Lei nº 8.625/93 que, em seu art. 26, II, possibilitou ao *Parquet* "*requisitar informações ou documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie*", o que também foi encampado pelo art. 8º, IV, da Lei Complementar nº 75/93.

⁹⁷ Dentre muitas, cite-se, no âmbito da Lei nº 8.625/93, a prerrogativa de "*examinar, em qualquer Juízo ou Tribunal, autos de processos findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos*" (art. 41, VII).

⁹⁸ A distinção doutrinária entre provas ilícitas e provas ilegítimas, feita primeiramente por PIETRO NUVOLONE, é de tradicional acolhida, como bem observa ADA PELLEGRINI GRINOVER: "Mas já é preciso estabelecer outra distinção: a prova pode ser ilegal, por infringir à norma, quer de caráter material, quer de caráter processual. Quando a prova é feita em violação a uma norma de caráter material, essa prova é denominada por NUVOLONE de *prova ilícita*. Quando a prova, pelo contrário, é produzida com infringência a uma norma de caráter processual, usa ele o termo '*prova ilegítima*'" ("*Provas ilícitas*", in *O processo em sua unidade II*, p. 171, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984). A pena ilustre de SERGIO DEMORO HAMILTON, porém, ressalta que a distinção vale "tão-somente para fins didáticos, pois, nos dois casos, haveria manifesta ilegalidade" ("*As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito*", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, p. 253, jan./jun. 2000).

⁹⁹ A exposição segue LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, *Provas ilícitas - Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, p. 45, 2ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

convencimento do Juiz; a prova colhida ilicitamente será admissível, sem prejuízo da punição a que se sujeitará o infrator da norma legal¹⁰⁰. É a teoria que se convencionou denominar *male captum, bene retentum*, vale dizer, mal colhido porém bem conservado¹⁰¹. A segunda tese sustenta que o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegalmente obtida¹⁰².

A influência doutrinária, sobretudo da última tese supramencionada, refletiu no plano legal, e os ordenamentos jurídicos vêm regulamentando a matéria com idêntica finalidade: não admitir no processo as provas obtidas com infração de uma norma jurídica. Porém, cada qual o fez à sua maneira: seja lançando proibição genérica¹⁰³, seja oferecendo um rol exemplificativo de meios proibidos de prova¹⁰⁴. Para tanto, ainda influenciou decisivamente a construção, pela Suprema Corte norte-americana, das chamadas *exclusionary rules* (regras que excluem a admissão de certas provas em processo judicial), cuja matriz essencial é a IV Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que confere proteção

¹⁰⁰ A exposição segue JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas", in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, p. 109, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

¹⁰¹ Como assinala ADA PELLEGRINI GRINOVER, "essa teoria foi muito bem condensada por FRANCO CORDERO, processualista penal de Roma, que utiliza expressão bastante significativa para tal prova: *male captum, bene retentum*, o que foi mal colhido (no momento material) foi bem conservado (no momento processual). Também se filiam a essa corrente autores como CARNELUTTI, na Itália, e ROSENBERG, na Alemanha" ("Provas ilícitas", in *O processo em sua unidade II*, p. 173, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984).

¹⁰² Quase textualmente, é o que expõe JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 109.

¹⁰³ Com disposições um tanto quanto genéricas, tem-se, v. g., o Código de Procedimiento Penal da Colômbia que, em seu artículo 235, estabelece: "*Rechazo de las pruebas. Se inadmitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal. El funcionario judicial rechazará mediante providencia interlocutoria la práctica de las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifestamente superfluas*". De certo modo é o que também faz o Codice di Procedura Penale italiano em seu art. 191,1: "*Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate*", embora às vezes explicitie métodos vedados, como o faz, e. g., no art. 188: "*(Libertà morale della persona nell'assunzione della prova). Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti*".

¹⁰⁴ Assim, v. g., o Código de Processo Penal português que, após estabelecer serem "admissíveis as provas que não forem proibidas por lei" (art. 125), elenca, em seguida, em seu art. 126, um rol de "métodos proibidos de prova": "1. são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2. São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) promessa de vantagem legalmente inadmissível. 3. Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular".

contra buscas e apreensões arbitrárias (*unreasonable searches and seizures*)¹⁰⁵. O constituinte brasileiro de 1988 também tomou partido no assunto, fazendo inserir, no Título II da Carta Magna, no Capítulo destinado aos direitos e deveres individuais e coletivos, a regra do art. 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo as provas obtidas por meios ilícitos”. Decerto influenciado pela circunstância histórica condizente com o recente término do regime militar, quando eram frequentes e graves as violações de direitos fundamentais, optou pela radicalidade, estabelecendo a proibição em termos categóricos e aparentemente absolutos¹⁰⁶.

Lembre-se, porém, que, para a saúde em geral, inclusive a do ordenamento jurídico, em nada contribuem os “radicais livres”. Por isto, tem surgido uma solução mais flexível na interpretação do referido dispositivo constitucional, que repele o emprego de fórmulas apriorísticas, deixando ao aplicador da lei a avaliação da situação em seus diversos aspectos: “a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias”¹⁰⁷. Realiza-se uma operação de ponderação dos interesses conflitantes¹⁰⁸ que surgem do caso em análise, decidindo o julgador qual deve ser sacrificado e em que medida. A tarefa interpretativa, aliás, em qualquer ramo do ordenamento jurídico, consiste justamente em buscar solucionar os conflitos surgidos da contraposição de valores eleitos por diferentes normas jurídicas¹⁰⁹. Alude-se, assim, ao princípio da proporcionalidade, como se faz na Alemanha (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), ou ao princípio da razoabilidade, segundo concepção norte-americana (*reasonableness*).

Nesta quadra, peço ao leitor que me perdoe por afirmação tão óbvia que já se vai tornando um lugar-comum: os direitos e garantias fundamentais previstos em sede constitucional não são absolutos¹¹⁰. Logicamente, também a garantia atinente à inadmissibilidade das provas adquiridas ilicitamente assume caráter

¹⁰⁵ Neste sentido, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “O processo penal norte-americano e sua influência”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 12, p. 92, jul./dez. 2000.

¹⁰⁶ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, pp. 121/122, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

¹⁰⁷ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ob. cit. na nota anterior, p. 109.

¹⁰⁸ Salienta DANIEL SARMENTO que “o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela” (*A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 89, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002).

¹⁰⁹ PEDRO J. BERTOLINO deixou assentado: “En cada caso concreto de interpretación que se da en el proceso penal, el intérprete se topa, dinámicamente, con intereses, fines y valores que confluyen en diversas relaciones tales como de concordancia, oposición, contradicción, tensión, etc. Ahora bien, interpretar lleva entonces a elegir o preferir entre aquellos, en cada caso ocurrente, recordando con PERELMAN que ‘una de las principales tareas de la interpretación jurídica es la de encontrar soluciones a los conflictos entre las reglas, jerarquizando para ello los valores que esas reglas deben proteger’” (*El funcionamiento del derecho procesal penal – Interpretación. Determinación. Integración. Aplicación*, p. 146, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985).

¹¹⁰ Mesmo antes da Constituição da República de 1988, já era o que afirmavam, dentre outros, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Prova. Gravações de conversas telefônicas interceptadas”, in *Direito Aplicado – Acórdãos e votos*, p. 170, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1987, e MANOEL GONÇALVES

relativo ¹¹¹. Com efeito, outros valores há estampados na Carta Constitucional que se colocam em idêntico patamar ao da garantia insculpida no inciso LVI do art. 5º da Constituição. Pense-se, por exemplo, na proteção constitucional do direito de ação (art. 5º, XXXV), que comporta o direito de provar em juízo os fatos em que se baseia a acusação; ou mesmo no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao terrorismo e aos chamados crimes hediondos, que também representa um valor constitucional consoante se extrai do art. 5º, XLIII, da Carta Magna ¹¹². Diante da colisão entre tais valores e o que estabelece a vedação da admissão das provas ilícitas, deve-se tentar encontrar um *justo equilibrio* para que qualquer deles não se torne abusivo ¹¹³.

Quanto à viabilidade da aplicação do princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade) no âmbito da vedação da ilicitude probatória, a doutrina está longe de alcançar consenso. Mesmo cultores do referido princípio chegam a proscrever, de maneira radical, ante a literalidade do disposto no art. 5º, LVI, da Constituição da República, a admissão das provas obtidas por meios ilícitos em processo judicial, chegando mesmo a não admitir, nesta hipótese, sua aplicação ¹¹⁴. Outros, ainda que com alguma parcimônia, se mostram favoráveis à aplicação do princípio da proporcionalidade, abrاندando a vedação da admissão da ilicitude probatória, mas tão-somente quando o material colhido

FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição brasileira*, p. 634, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1984. Após a Carta Magna de 1988, *vide*, no mesmo sentido, dentre inúmeros, SERGIO DEMORO HAMILTON, "As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, p. 259, jan./jun. 2000; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, "O futuro do processo civil brasileiro", in *Fundamentos do processo civil moderno*, Vol. II, p. 758, 3ª edição, Malheiros Editores, 2000; ADA PELLEGRINI GRINOVER, "As provas ilícitas na Constituição", in *O processo em evolução*, p. 45, 2ª edição, Editora Forense Universitária, 1998 e WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 17, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001. No mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: "Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição" (STF, Tribunal Pleno, MS 23452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 12.05.2000, p. 20).

¹¹¹ Por todos, *vide* JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas", in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, p. 113, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

¹¹² JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *ob. cit.* na nota anterior, p. 123.

¹¹³ Perfeitas, neste sentido, as advertências lançadas por ANTONIO GOZALEZ-CUÉLLAR, JOSÉ J. HERNANDEZ GUIJARRO, JOSÉ MARIA PAZ RUBIO, LUIS RODRIGUES RAMOS e JOSÉ TOMÉ PAULE: "*Naturalmente que se trata, una vez más, de encontrar el más justo equilibrio para que el derecho no se convierta en abuso o fraude de Ley, sobretudo porque se ha dicho muchas veces que el abuso no es uso sino corruptela (Abusus non est usus, sed corruptela). Por eso es también cierto que el derecho, todo derecho, puede tener sus excepciones para supuestos igualmente excepcionales. En consecuencia, los principios constitucionales han de ser respetados obligatoriamente, pero en casos especiales, muy especiales, el mantenerlos hasta sus últimas consecuencias puede suponer llegar a situaciones imposibles y, a la vez, a la impunidad penal más absoluta en detrimento de supremos intereses, si aquéllos se interpretan arbitraria e ilógicamente*" (*Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado*, p. 179, Editorial Colex, Madrid, 2001).

¹¹⁴ Assim, LUIS ROBERTO BARROSO, "A viagem redonda: *habeas data*, direitos constitucionais e provas ilícitas", in *Temas de Direito Constitucional*, pp. 217/222, 2ª edição, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2002. O mesmo autor, em valiosa obra sobre hermenêutica constitucional, chega a asseverar, em

em contrariedade ao ordenamento jurídico favoreça o acusado ¹¹⁵. Mas e a situação de a prova obtida por meio ilícito vir a ser utilizada pelo Ministério Público em benefício dos interesses da acusação? Seria cabível, nesta hipótese, invocar-se o princípio da proporcionalidade a fim de se aceitar a prova ilícita *pro societate*? Raros os ordenamentos jurídicos que se ocuparam expressamente da questão ¹¹⁶, porém parcela significativa da doutrina vem entendendo possível a aplicação do mencionado princípio neste caso ¹¹⁷, o que, aos poucos, já vai refletindo na jurisprudência dos tribunais ¹¹⁸.

Em se admitindo a aplicação do princípio da proporcionalidade de modo a abrandar a vedação probatória favoravelmente à defesa, o que nos parece correto, outro valor constitucional, o da igualdade das partes, ficaria injustamente

aparente contradição, que “o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido a seu conhecimento” (*Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 228, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999).

¹¹⁵ V. g., ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANEC FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *As nulidades no Processo Penal*, pp. 134/135, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998; LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *O processo penal em face da Constituição*, p. 49, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998; LUIZ FLÁVIO GOMES e RAUL CERVINI, *Interceptação telefônica*, p. 147, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997; DANIEL SARMENTO, ob. cit., p. 180.

¹¹⁶ Assim o fez o Código de Procedimiento Penal da Bolívia, em seu artigo 71º, dispondo: “*Illegalidad de la prueba. Los fiscales no podrán utilizar en contra del imputado pruebas obtenidas en violación a la Constitución Política del Estado, Convenciones y Tratados internacionales vigentes y las leyes*”.

¹¹⁷ SERGIO DEMORO HAMILTON, “As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, pp. 259/260, jan./jun. 2000; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, pp. 112/113, Editora Saraiva, São Paulo, 1997; ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA, *Da prova no processo penal*, pp. 64/65, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999; MARCELLUS POLASTRI LIMA, *A prova penal*, pp. 68/70, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002; PAULO ROBERTO DA SILVA PASSOS e THALES CEZAR DE OLIVEIRA, *Princípios constitucionais no inquérito e no processo penal*, p. 112, Themis Livraria e Editora, São Paulo, 2001; MARIA CECÍLIA PONTES CARNAÚBA, *Prova ilícita*, p. 100, Editora Saraiva, São Paulo, 2000. Ao que parece, é a opinião de MARIA CUNHA SILVA ARAÚJO DE CARVALHO, “Prova ilícita”, in *Revista dos Tribunais*, Vol. 801, p. 443, julho de 2002, e de CESAR DARIO MARIANO DA SILVA, *Provas ilícitas*, pp. 34/35, 2ª edição, Leud, São Paulo, 2002.

¹¹⁸ Confira-se ementa de acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça: “*Constitucional e Processual Penal. Habeas corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que ‘são inadmissíveis... as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz através da ‘atualização constitucional’ (verfassungssaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da ‘razoabilidade’ (reasonableness). O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ (exclusionary rule) também lá pede temperamentos” (STJ, 6ª Turma, HC 3982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 26.02.1996, p. 4084). Também o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro fez referência expressa à utilização do princípio da proporcionalidade em um de seus acórdãos: “(...) Certo, outrossim, que ante a natureza do crime de extorsão mediante seqüestro – crime formal e complexo – se justificava pelo princípio da razoabilidade a escuta telefônica e gravações levadas a efeito como preleciona*

postergado caso não se estendesse o mesmo entendimento à acusação ¹¹⁹. Esta, aliás, por estranho que pareça, muitas vezes se vê em posição de inferioridade. Qualquer um que trafegue há algum tempo no foro criminal, sobretudo na condição de acusador ou juiz, sabe o quão extremamente penosa é a tarefa de obter meios de prova em relação a fatos praticados por organizações criminosas ¹²⁰. Negar aplicação ao princípio da proporcionalidade poderia equivaler, em casos de extrema gravidade, a “deixar o ser humano, ou a própria sociedade, inteiramente desprotegidos frente ao ato ilícito, em casos para os quais será impossível obter a prova por meios ortodoxos” ¹²¹. Destarte, conquanto também sujeito, é claro, a restrições, o direito à prova, por parte da acusação, não deve ser sistematicamente sacrificado todas as vezes que o respectivo exercício porventura entre em conflito com o interesse do réu em não ver utilizados, contra si, elementos probatórios obtidos ilicitamente ¹²². Convém, todavia, explicitar: o posicionamento favorável à aplicação do princípio da proporcionalidade, em favor da acusação, somente deve ser admitido em situações de gravidade excepcional ou de relevância social, vale dizer, quando seja a única forma de colocar em igual nível os pratos da balança que representa a Justiça.

Certamente se lançará a objeção de que da aplicação do princípio da proporcionalidade pode emergir inevitável arbítrio judicial, pois se coloca nas mãos do Juiz o poder de realizar a ponderação, elegendo qual valor deve preponderar na hipótese submetida à sua apreciação. “Mas cumpre não perder de vista quão freqüentes são as situações em que a lei confia na valoração

o ilustre GOMES FILHO, em sua obra *Direito à Prova no Processo Penal*, Edição 1997” (TJ-RJ, Apelação nº 3.148/2000, Rel. Des. José Carlos Murta Ribeiro, *Revista de Direito do TJ-RJ* nº 51, abril/junho de 2002, pp. 359/368).

¹¹⁹ Neste sentido, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, p. 112, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

¹²⁰ Preciso o saudoso LUIZ CARLOS CÁFFARO quanto à dificuldade de produção de prova nos casos de crimes praticados por organizações criminosas: “Tal modelo de criminalidade, estruturado em sólidas bases empresariais – o que pressupõe organicidade e permanência – implica no reconhecimento de uma bem urdida pirâmide funcional, do alto da qual os ‘executivos do crime’ comandam as ações de seus asseclas menores e onde a prévia divisão de atividades, em que cada agente desempenha o seu papel, dificulta sobremaneira o trabalho da Justiça que, dificilmente consegue atingir e punir os responsáveis direitos pelo crime, com claros reflexos no crescimento da impunidade. Essa privilegiada classe de criminosos logra obter, em face de sua maior capacidade delitiva, superlativa proteção contra a produção de provas de sua culpa. Sob tal aspecto, note-se que a obtenção de prova da ‘gerência’ desse tipo de ‘negócio’ é dolorosa e isto porque os asseclas inferiores, na maioria das vezes, assumem a culpa e se calam em relação aos seus ‘protetores’, cientes da penalidade imposta àqueles que ‘falam demais’: a pena capital!” (“O Ministério Público e o crime organizado”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 1, pp. 108/109, jan./jun. 1995).

¹²¹ EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, “Prova ilegalmente obtida”, in *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, nº 31, p. 28, jan./março de 1983.

¹²² Em sentido aproximado, vide JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Gravações de conversas telefônicas interceptadas”, in *Direito Aplicado - Acórdãos e votos*, p. 171, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1987.

(inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com o emprego de conceitos jurídicos indeterminados”¹²³ (por exemplo, o de *ordem pública*, para o efeito de decretação de prisão preventiva). Impossível, portanto, eliminar de todo a subjetividade judicial. Assinale-se, ainda, que cumprirá ao Juiz que proferir a decisão acolhendo a aplicação da teoria da proporcionalidade, motivá-la cuidadosamente¹²⁴. Tal decisão estará ainda sujeita ao controle da instância recursal, “criando-se a partir daí uma jurisprudência que servirá de critério indicador para casos futuros”¹²⁵.

Voltando rapidamente ao plano jurisprudencial, assevere-se que, mesmo diante destes argumentos, o Supremo Tribunal Federal não se vem mostrando sensível à aplicação do princípio da proporcionalidade com relação à garantia prevista no art. 5º, LVI, da Constituição da República¹²⁶. Ressoa óbvio que a aplicação intransigente do referido preceito pode levar a injustiças gritantes, sobretudo diante da nefasta criminalidade organizada e que, por vezes, atua a nível transnacional¹²⁷. Porém, ao que parece, esta preocupação ainda não foi devidamente colocada na ordem do dia pelo Excelso Pretório.

Rememore-se: não se está aqui a advogar, por inaceitável diante de nosso ordenamento constitucional, o princípio do *male captum, bene retentum*, vale dizer, a admissão irrestrita das provas obtidas por meios ilícitos, com a releas consequência da punição do infrator que as produziu ao arrepio da norma garantista. Tal aceitação levaria ao incentivo da prática de condutas contrárias ao direito, sobretudo por autoridades públicas, o que acarretaria grave instabilidade nas relações sociais¹²⁸. Tampouco se está elevando a busca da

¹²³ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, p. 110, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

¹²⁴ SERGIO DEMORO HAMILTON, “As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, p. 259, jan./jun. 2000.

¹²⁵ SERGIO DEMORO HAMILTON, ob. cit., p. 260.

¹²⁶ Já assentou o STF: “(...) Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação” (STF, 1ª Turma, HC 80949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 14/12/2001, p. 26).

¹²⁷ Quanto à aplicação intransigente da teoria da inadmissibilidade absoluta das provas obtidas por meios ilícitos, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, com incomparável argúcia, deixou assinalado: “São esses, os peritos em atividades sofisticadamente anti-sociais, lesivas não apenas do patrimônio privado, ou de qualquer outro direito individual, mas de relevantes interesses da coletividade; são esses – os grandes sonegadores de impostos, os sequestradores profissionais, os artífices de audaciosas fraudes financeiras, os aventureiros bafejados pela proteção ou pela conveniência de administradores corruptos – que com maior probabilidade se beneficiarão (e, em certos casos, já se terão beneficiado), por exemplo, da aplicação mecânica e indiscriminada, quando não ostensivamente contrária à respectiva *ratio*, das regras sobre provas obtidas por meios ilícitos. A exacerbação do ‘garantismo’ conduz af a resultados incompatíveis com uma política criminal que leve em conta as necessidades mais prementes da atual conjuntura” (“A justiça e nós”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, p. 06, Editora Saraiva, São Paulo, 1997).

¹²⁸ Em sentido aproximado ao do texto, ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Provas ilícitas”, in *O processo em sua unidade II*, p. 176, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984.

verdade (ou, como já se afirmou com propriedade, da porção acessível da verdade ¹²⁹) à finalidade última da persecução criminal. O que se postula é a aplicação, seja em benefício do réu, seja em benefício do órgão da acusação, do princípio da proporcionalidade. Neste último caso, porém, somente se admitirá a utilização, pelo Ministério Público, da prova obtida em atitude contrária ao Direito em hipóteses de excepcional gravidade e, ainda assim, mediante circunstanciada motivação judicial.

4. Exceções à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

Importante desdobramento da questão concernente à ilicitude probatória diz respeito à admissão, ou não, no processo, de elementos probatórios cuja obtenção, em si mesma, não infringiu nenhuma norma jurídica, mas que somente puderam ser descobertos em virtude de ato anterior ilegalmente praticado. Exemplifique-se com a confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regular e lícitamente apreendido ¹³⁰; ou então com a interceptação telefônica clandestina e ilegal, por meio da qual se vem a obter a indicação de testemunha que, posteriormente, prestando depoimento regularmente perante a autoridade judiciária, ratifica os fatos revelados na aludida interceptação, de maneira a incriminar o réu ¹³¹. É o que se convencionou denominar *provas ilícitas por derivação*, problema que apenas se apresenta, logicamente, nos ordenamentos que inadmitem, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

A questão foi colocada perante a Suprema Corte norte-americana que, no *case Silverthorne Lumber Co v. United States*, em 1920, construiu a doutrina denominada fruto da árvore envenenada ("*fruit of the poisonous tree*") ¹³², segundo a qual qualquer informação ou evidência obtida a partir ou em consequência

¹²⁹ Sutil e perfeita a observação de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del Proceso Penal", in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, p. 220, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

¹³⁰ O exemplo é dado por LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, ob. cit., p. 73.

¹³¹ Já este exemplo é retirado de SERGIO DEMORO HAMILTON, "As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n° 11, p. 254, jan./jun. 2000.

¹³² Cite-se, neste ponto, a lição de NORMAN M. GARLAND e GILBERT B. STUCKEY: "Six years after the Weeks case announced the exclusionary rule, the case *Silverthorne Lumber Co v. United States* was decided, and an additional restriction was placed upon federal officers and the admissibility of evidence. *Silverthorne* held that not only is illegally obtained evidence inadmissible, but other information derived from de illegal evidence is also inadmissible. The fruit of the poisonous tree doctrine was thus established. This doctrine has been reiterated many times in recent decisions. According to the doctrine, if the search itself is illegal, it is like a poisonous tree. Any information gained as a result of such is also tainted by illegal search and is inadmissible against the defendant – it is poisonous fruit of a poisonous tree. The exclusionary rule and the fruit of poisonous tree doctrine apply to evidence derived from violations of a person's Fifth and Sixth Amendment rights to the same extent that they apply to unlawful searches and seizures" (*Criminal evidence for the law Enforcement Officer. Exclusionary Rule*, p. 295, Glencoe McGraw-Hill, 2000).

de uma outra prova ilicitamente colhida também será ilegal. Vale dizer: “se as raízes estão viciadas, contaminado fica tudo que delas provém”¹³³.

Tal teoria, cunhada sob os moldes da realidade norte-americana, vem sendo prestigiada em nível internacional, já tendo sido adotada, no plano legislativo, por alguns países latino-americanos¹³⁴, que a inseriram expressamente em disposições de seus Estatutos Processuais Penais¹³⁵. A Constituição brasileira de 1988 silenciou neste ponto, não tomando partido quanto ao problema; e tampouco o legislador infraconstitucional fez inserir, *por enquanto*¹³⁶, qualquer dispositivo no Código de Processo Penal ou em legislação extravagante adotando expressamente a teoria. Todavia, a importação, por vezes isenta de qualquer imposto, já foi realizada pela doutrina¹³⁷ e inclusive pela jurisprudência

¹³³ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “O processo penal norte-americano e sua influência”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 12, p. 93, jul./dez. 2000.

¹³⁴ A respeito da crescente influência do direito norte-americano sobre os países latino-americanos consulte-se, por todos, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Processo civil e processo penal: mão e contramão?”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 8, pp. 202/203, jul./dez. 1998, e “Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal”, in *Temas de Derecho Processual*, Sétima Série, pp. 217/229, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

¹³⁵ O Código Procesal Penal do Paraguai de 1998 dispôs em seu artículo 174: “*Carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías procesales consagradas en la Constitución, en el derecho internacional vigente y en las leyes, así como todos los otros actos que sean consecuencia de ellos*”. O Código de Procedimiento Penal da Bolívia de 1999 estabeleceu em seu artículo 172: “*Carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren derechos y garantías consagradas en la Constitución Política del Estado, en las Convenciones y Tratados internacionales vigentes, este Código y otras leyes de la República, así como la prueba obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito (...)*”. O Código de Procedimiento Penal do Equador de 2000 dispôs em seu art. 80: “*Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías*”. No mesmo sentido o artículo 214 do Código Orgánico Procesal Penal da Venezuela de 1998: “*Licitud de la Prueba. (...) No podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos*”.

¹³⁶ O anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal elaborado pela Comissão presidida pela Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, nomeada pela Portaria nº 61/2000 do Ministério da Justiça, contém proposta de modificação do art. 157 do Código de Processo Penal, que passaria a ter a seguinte redação: “*Art.157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais. § 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras. § 2º: Após o trânsito em julgado da decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório. § 3º: O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença*”.

¹³⁷ A doutrina que se vem mostrando majoritária prestigia a adoção da teoria. Assim, dentre muitos, vide ADA PELLEGRINI GRINOVER, “As provas ilícitas na Constituição”, in *O processo em evolução*, pp. 51/52, 2ª edição, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. cit., p. 110; e LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, ob. cit., p. 78. Em sentido contrário, HÉLIO TORNAGHI que, sem maiores considerações, entende não merecer acolhida: “Valem as provas legalmente obtidas seguindo-se as indicações dadas pelas ilegalmente conseguidas? Para ilustrar: o réu confessa sob coação, com riqueza de pormenores (fato ilícito). Cada um destes pormenores

pátrias¹³⁸, não sendo inoportuno registrar aqui o perigo de não se aferir escrupulosamente “a compatibilidade entre o enxerto pretendido e a compleição do organismo que o vai acolher. Negligenciar esse ponto é assumir sério risco de rejeição do transplante”¹³⁹.

A respeito do tema, duas indagações saltaram à cabeça do autor destas linhas. A primeira: seria mesmo possível a adoção de tal teoria diante do ordenamento pátrio? A segunda pressupõe resposta afirmativa dada à precedente: uma vez admitida a sua aplicação, haveria exceções ou temperamentos dignos de serem levados em conta? Desapontado ficará o leitor se pretender encontrar as respostas em caráter definitivo e correto neste texto, pois o tema poderia ser objeto de substancial monografia, que se deixa para mentes obviamente mais aguçadas e talentosas. Seguem apenas algumas parcas reflexões, em relação às quais não me poderia esquivar.

é averiguado de maneira lícita (com buscas, inspeções, inquirições, perícias etc.). Pode o juiz ter presentes essas outras provas? Na Alemanha a *communis opinio* afirma que sim (cita-se a exceção de K. SIEGERT). Em contrapartida, a jurisprudência americana responde negativamente. A questão é menos jurídica do que de política processual. A meu ver, devem levar-se em conta essas outras provas” (*Curso de Processo Penal*, Volume 1, p. 307, 9ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995). No mesmo sentido, mas com o argumento de não se poder aplicar a teoria por falta de previsão constitucional, PAULO RANGEL, ob. cit., pp. 387/388.

¹³⁸ O Supremo Tribunal Federal, não sem polêmica entre seus Ministros, acolheu expressamente a teoria das provas ilícitas por derivação utilizando-se da doutrina norte-americana: “É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos “frutos da árvore venenosa”. Inexistência de prova autônoma. Precedente do Plenário: HC nº 72.588-1-PB. *Habeas-corpus* conhecido e deferido por empate na votação (RI-STF, art.150, § 3º), para anular o processo *ab initio*, inclusive a denúncia, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente” (STF, 2ª Turma, HC 74116/SP, Rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa, DJU de 14.03.1997, p. 06903). O entendimento foi reiterado posteriormente: “Prova ilícita: interceptação inválida, não obstante a autorização judicial, antes, porém, da Lei 9.296/96, que a disciplina, conforme exigência do art. 5º, XII, da Constituição (cf. HC 69.912, Plen., 16.12.93, Pertence, RTJ 155/508): contaminação das demais provas – a partir da prisão em flagrante e da apreensão do tóxico transportado por um dos co-réus – porque todas contaminadas pela ilicitude da interceptação telefônica, que as propiciou (*fruits of the poisonous tree*): precedentes (...). A doutrina da proscição dos *fruits of the poisonous tree*, é não apenas a orientação capaz de dar eficácia à proibição constitucional da admissão da prova ilícita, mas, também, a única que realiza o princípio de que, no Estado de Direito, não é possível sobrepor o interesse na apuração da verdade real à salvaguarda dos direitos, garantias e liberdades fundamentais, que tem seu pressuposto na exigência da legitimidade jurídica da ação de toda autoridade pública” (STF, 1ª Turma, HC 75545/SP, Rel. Min.Sepúlveda Pertence, DJU de 09.04.1999); “As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélia do paciente. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. *Habeas corpus* conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5” (STF, Tribunal Pleno, HC 72588/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 04/08/2000, p. 03; vencidos os Mins. Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves).

¹³⁹ As espirituosas palavras são de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos”, in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, p. 157, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

Primeiramente, cumpre considerar que o texto do art. 5º, LVI, da Constituição não estende as *exclusionary rule* às chamadas *provas ilícitas por derivação* e tampouco há norma legal neste sentido. Todavia, não somente por um critério de *causalidade*, mas principalmente em razão da *finalidade* com que são estabelecidas as proibições em matéria probatória, deve-se admitir a contaminação da prova secundária pela ilicitude original¹⁴⁰. Sem dúvida, de nada valeria, em princípio, estabelecer-se a vedação da admissão das provas ilícitas no processo se, por via derivada, as informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento jurídico pudessem servir ao convencimento do Juiz. Seria trancar a porta e deixar aberta a janela, dando azo a que o nefasto “jeitinho brasileiro” entrasse mais uma vez em cena. Contudo, assentada tal premissa, impõe-se uma ressalva essencial: também aqui deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade¹⁴¹. A ponderação dos valores em jogo não pode ser subtraída à questão das provas ilícitas por derivação. Cuida-se de imperativo categórico. Pense-se, por exemplo, na hipótese de pessoas ligadas a organizações criminosas, ou até mesmo policiais, forjarem uma prova ilícita para, com isso, impedir o sucesso da investigação em andamento, de forma que tudo o que se venha a obter como consequência daquela seja considerado ilícito¹⁴². Somente a adoção do princípio da proporcionalidade seria capaz de rechaçar atitudes desta monta. Registre-se sob este ângulo, apenas em caráter informativo, que a doutrina e a jurisprudência alemãs não se inclinam, como regra, em adotar o dogma das provas ilícitas por derivação – o que lá se denomina “*efeito à distância*” (*fernwirkung*)¹⁴³; porém, quando admitem a possibilidade de aplicação da teoria, a ela sempre aplicam a ponderação de interesses ínsita à proporcionalidade¹⁴⁴.

A outra reflexão que parece relevante diz respeito à possibilidade de se aplicarem, na medida em que adequadas ao ordenamento jurídico brasileiro, as exceções com que a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana tem temperado a doutrina do fruto da árvore envenenada. Referida Corte tem admitido diversas situações onde se excepciona a regra: quando, por exemplo, “o agente policial procedeu de boa-fé, ignorando a circunstância que lhe tornava

¹⁴⁰ ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. cit., p. 110; LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, ob. cit., p. 78 e MARCELLUS POLASTRI LIMA, *A prova penal*, p. 67, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

¹⁴¹ Neste sentido, SERGIO DEMORO HAMILTON, “As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, p. 255, jan./jun. 2000; MARCELO BATLOUNI MENDRONI, ob. cit., p. 229; RONALDO BATISTA PINTO, *Prova penal segundo a jurisprudência*, p. 09, Editora Saraiva, São Paulo, 2000; CESAR DARIO MARIANO DA SILVA, *Provas ilícitas*, p. 43, 2ª edição, Leud, São Paulo, 2002; EMMANUEL TEÓFILO FURTADO, “A Prova ilícita à luz do processo penal constitucional”, artigo disponível na Internet, no site www.fesac.org.br, consultado em 27.10.2002. Ao que parece, também é a opinião de LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, ob. cit., pp. 74/75.

¹⁴² A advertência é feita por ANTONIO SACARANCE FERNANDES, *Processo Penal constitucional*, p. 83, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

¹⁴³ ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. cit., p. 109.

¹⁴⁴ DANILO KNIJNIK, “A ‘doutrina dos frutos da árvore venenosa’ e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93”, in *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS)* nº 66, ano XXIII, p. 73, março de 1996.

ilegítima a atuação”¹⁴⁵ (cuida-se da chamada *the good faith exception*)¹⁴⁶; ou “quando o vício de origem é ‘purgado’ por subsequente ato voluntário do réu, que, por exemplo, reitera *sponte sua* declaração constante de confissão ilicitamente obtida (*purged taint*)”¹⁴⁷; em hipóteses nas quais se tem acesso à prova por meio legal, independente do viciado (a chamada *independent source*)¹⁴⁸; ou ainda quando se demonstrar que o elemento probatório colhido ilicitamente seria inevitavelmente descoberto por meios legais (*inevitable discovery*)¹⁴⁹.

Admitida a teoria das provas ilícitas por derivação, devidamente balizada pelo princípio da proporcionalidade, outro não pode ser o entendimento senão o de a ela se aplicarem as exceções formuladas no país de origem¹⁵⁰. A tarefa de adequação das referidas exceções à realidade jurídica brasileira (*v. g.*, admitir que os agentes policiais possam agir de boa-fé quando procedem de forma ilícita), diante da falta de norma jurídica expressa, cabe, sem dúvida, à doutrina e, sobretudo, à jurisprudência. Esta última, aliás, já se vem mostrando sensível a alguns temperamentos¹⁵¹.

¹⁴⁵ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “O processo penal norte-americano e sua influência”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n° 12, p. 93, jul./dez. 2000.

¹⁴⁶ Como bem assinala DANILO KNIJNIK, “tal exceção foi afirmada inicialmente no caso *United States v. Leon* de 1984, e governa as situações em que os policiais crêem, sinceramente, que sua diligência observou os ditames da IV Emenda. Em *Leon*, a Polícia da Califórnia cumpriu um mandado – posteriormente invalidado – de boa-fé. Os acusados argüíram a supressão da prova, mas a Suprema Corte entendeu que a matéria estava sendo regulada pela exceção em testilha” (ob. cit., p. 81).

¹⁴⁷ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 93.

¹⁴⁸ Esclarece ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO que “a *independent source limitation* foi reconhecida pela Suprema Corte no caso *Bynum v. U.S.* (1960): o acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião, foram tiradas suas impressões digitais que comprovavam seu relacionamento com um roubo; em razão disso, a prova foi excluída porque *derivada* da prisão ilegal; num segundo julgamento, a acusação trouxe, para comparação, outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do F.B.I.; assim, reconheceu-se a validade da prova, pois agora não havia conexão com a prisão arbitrária” (ob. cit., pp. 108/109, nota 48).

¹⁴⁹ Trazem-se à colação, ainda uma vez, as lições de NORMAN M. GARLAND e GILBERT. B. STUCKEY: “*Inevitable discovery exception: An exception to the fruit of the poisonous tree doctrine that states that the challenged evidence is admissible if the prosecution can show that the evidence would have been inevitably discovered, even in the absence of the police illegality*” (ob. cit., p. 296).

¹⁵⁰ Assim, DANILO KNIJNIK, ob. cit., pp. 82/83.

¹⁵¹ O Supremo Tribunal Federal já decidiu: “Se o que ensejou o início das investigações sobre as atividades delitivas foram denúncias recebidas por agentes de polícia, cujos depoimentos constituem prova autônoma e não contaminada pela prova viciada, torna-se inquestionável a lícitude da persecução criminal. A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única ou a primeira produzida no procedimento investigatório não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito. Não logrando colher-se dos elementos do processo a resultante consequência de que toda a prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal” (STF, 2ª Turma, HC 74081/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 13.07.1997); “Descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exsurgem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita” (STF, 2ª Turma, HC 75892/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 17.04.1998).

Em derradeira tentativa sintetizadora, entende-se possível, mesmo sem texto legal expreso, a adoção da teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, mas se deve levar em conta, primeiramente e sempre, o princípio da proporcionalidade e, em segundo lugar, na medida em que forem adequadas ao ordenamento brasileiro, as exceções que se fazem presentes na matriz exportadora.

5. Conclusões.

Sem a menor veleidade de demonstrar o acerto das teses expostas durante todo o itinerário, apresentam-se, a seguir, as idéias desenvolvidas no presente ensaio, que podem ser reconduzidas, em apertada síntese, às proposições objetivas que se seguem:

- a) A tendência, em nível mundial, é atribuir ao Ministério Público a direção das investigações criminais (teoria do "Promotor investigador"). Mesmo os países que ainda adotam o sistema de investigação judicial vêm-lhe conferindo relevante parcela do poder investigatório;
- b) No Brasil, a apuração preliminar das infrações criminais é deferida com certa autonomia, *em regra*, a organismos policiais. Tal sistema de investigação vem entrando em declínio e somente se mantém em poucos países (*v. g.*, Inglaterra). Porém, o próprio ordenamento constitucional não estabeleceu a exclusividade da polícia na tarefa de apurar os fatos criminosos;
- c) Com o advento da Constituição Republicana de 1988, que potencializou as funções institucionais do *Parquet* na área da persecução criminal (art. 129, I, VI, VII, e VIII), e com a legislação que lhe seguiu (Lei nº 8.625/93 e Lei Complementar nº 75/93), ocorreu uma ligeira aproximação à tão prestigiada figura do "*Promotor investigador*";
- d) Por conseguinte, mediante interpretação sistemática dos mencionados dispositivos constitucionais, ou mesmo diante do que dispõe a legislação infraconstitucional citada, fica clarividente que o Ministério Público tem a faculdade discricionária de proceder, *de per se*, à apuração das infrações penais, apesar de não ser esta a sua atribuição ordinária. Este é o entendimento jurisprudencial predominante no seio dos Tribunais (inclusive os Superiores), apesar de, vez por outra, surgirem algumas decisões em sentido contrário;

- e) Procedendo à investigação direta da infração criminal, não fica o órgão do Ministério Público impedido ou suspeito para o oferecimento da denúncia;
- f) Durante toda a progressão da relação processual penal, o Ministério Público, diante do ônus que possui de comprovar os fatos narrados na exordial acusatória, desenvolve intensa atividade probatória, visando, porém, à consecução de um resultado *justo*. Para tanto, concede-lhe a legislação uma gama de poderes processuais;
- g) Seja na fase investigatória, seja no curso da ação penal, surge o inevitável problema da admissão das provas ilícitas. A Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, LVI, estabeleceu regra em termos aparentemente absolutos. Todavia, a doutrina, e também a jurisprudência, vêm entendendo que nenhum direito ou garantia são absolutos, e têm procurado suavizar a regra mediante a utilização do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade;
- h) O princípio da proporcionalidade deve ser aplicado para abrandar a vedação da admissão de provas obtidas por meios ilícitos, seja em benefício do réu, seja em benefício do órgão da acusação, por força, inclusive, de outro princípio constitucional: o da igualdade das partes;
- i) No contexto da aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate*, somente se admitirá a utilização da prova obtida em atitude contrária ao Direito, pelo Ministério Público, em hipóteses de excepcional gravidade, e ainda assim, mediante circunstanciada motivação judicial;
- j) É possível, mesmo sem texto legal expreso, a adoção da teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação (*fruit of the poisonous tree*), mas se deve levar em conta, primeiramente e sempre, o princípio da proporcionalidade e, em segundo lugar, na medida em que forem adequadas ao ordenamento brasileiro, as exceções que se fazem presentes na matriz exportadora americana.

Bibliografia

- AMBOS, Kai & CHOUKR, Fauzi Hassan, *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*, Editora Método, São Paulo, 2001.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo, *Da prova no processo penal*, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.
- ASSUMPTÃO, Hécio Alves, "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, jul./dez. 1996.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas ilícitas – Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, 2ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

BARBOSA, Guilherme Soares, “O Ministério Público na investigação criminal”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, jan./jun. 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

_____. “A justiça e nós”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

_____. “A justiça no limiar de novo século”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 1, jan./jun. 1995.

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

_____. “Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos”, in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

_____. “O processo penal norte-americano e sua influência”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 12, jul./dez. 2000.

_____. “Processo civil e direito à preservação da intimidade”, in *Temas de Direito Processual*, 2ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1988.

_____. “Processo civil e processo penal: mão e contramão?”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 8, jul./dez. 1998.

_____. “Prova. Gravações de conversas telefônicas interceptadas”, in *Direito Aplicado – Acórdãos e votos*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1987.

BARROS, Antonio Milton de, *Processo Penal segundo o sistema acusatório*, LED- Editora de Direito, São Paulo, 2002.

BARROS, Marco Antonio de, *A busca da verdade no processo penal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

BARROSO, Luís Roberto, "A viagem redonda: *habeas data*, direitos constitucionais e provas ilícitas", in *Temas de Direito Constitucional*, 2ª edição, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2002.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

BATISTA, Weber Martins, "Inquérito policial: participação do Ministério Público", in *Direito Penal e Direito Processual Penal*, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1996.

BERTOLINO, Pedro J., *El funcionamiento del derecho procesal penal – Interpretación. Determinación. Integración. Aplicación*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.

BONFIM, Edilson Mougenot, *Júri – Do inquérito ao plenário*, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

BOSCHI, José Antônio Paganella, *Persecução penal*, Aide Editora, Rio de Janeiro, 1987.

CÁFFARO, Luiz Carlos, "O Ministério Público e o crime organizado", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 1, Vol. 1, jan./jun. 1995.

CANEPARO, Hilton Cortese, GASPARI Rosângela, & BUENO, Vani Antonio, "Legalidade da investigação criminal pelo Ministério Público", in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, Vol. I, Tomo I, pág. 20, Curitiba, 1999.

CAPEZ, Fernando, *Curso de Processo Penal*, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes, *Prova ilícita*, Editora Saraiva, São Paulo, 2000.

CARNELUTTI, Francesco, "Poner en su puesto al Ministerio Público", in *Cuestiones sobre el Proceso Penal* (tradução de Santiago Sentís Melendo), Librería el Foro, Buenos Aires, 1960.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de, *O processo penal em face da Constituição*, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998.

CARVALHO, Maria Cunha Silva Araujo de, "Prova ilícita", in *Revista dos Tribunais*, Vol. 801, julho de 2002.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de, "Investigação criminal pelo Ministério Público", in *Boletim dos Procuradores da República* nº 11, ano I, março de 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan, "A ordem constitucional e o Processo Penal", in *Processo Penal à luz da Constituição*, Edipro, São Paulo, 1999.

_____. *Garantias constitucionais na investigação criminal*, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.

COSTA, Fernando Chaves da, "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, jan./jun. 2000.

CRISTIANI, Antonio, *Manuale del nuovo Processo Penale*, seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1991.

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

DI MARINO, Gaëtan, "L'Implantation et les remises en cause des dogmes accusatoire et inquisitoire", in *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 68, nºs 1 e 2, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel, "O futuro do processo civil brasileiro", in *Fundamentos do processo civil moderno*, Vol. II, 3ª edição, Malheiros Editores, 2000.

DUARTE, Antônio Gomes, *Do inquérito à denúncia*, Editora Cejup, Belém, 1996.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, Volume I, Editora Bookseller, Campinas, 2000.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de, "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, jul./dez. 2000.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição brasileira*, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1984.

FREYESLEBEN, Márcio Luiz Chila, *O Ministério Público e a polícia judiciária – Controle externo da atividade policial*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1993.

FURTADO, Emmanuel Teófilo, “A Prova ilícita à luz do processo penal constitucional”, artigo disponível na Internet, no site www.fesac.org.br, consultado em 27.10.2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira & GOMES, Abel Fernandes, “O Ministério Público e a formação da *opinio delicti*”, in *Temas de Direito Penal e Processo Penal em especial na Justiça Federal*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1999.

GARLAND, Norman M. & STUCKEY, Gilbert B., *Criminal evidence for the law Enforcement Officer. Exclusionary Rule*, Glencoe McGraw-Hill, 2000.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Direito à prova no processo penal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

GOMES, Luiz Flávio, “Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência”, in *Estudos de Direito Penal e Processo Penal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

GOMES, Luiz Flávio & CERVINI, Raúl, *Interceptação telefônica*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini, “A instrução processual penal em Ibero-América”, in *O processo em evolução*, 2ª edição, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998.

_____. “As provas ilícitas na Constituição”, in *O processo em evolução*, 2ª edição, Editora Forense Universitária, 1998.

_____. “Ideologias do Processo Penal na América Latina”, in *O processo em sua unidade II*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984.

_____. “Provas ilícitas”, in *O processo em sua unidade II*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *As nulidades no Processo Penal*, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

GUARNERI, Giuseppe, *Las partes en el proceso penal* (tradução de Constancio Bernaldo de Quirós), José M. Cajica, México, 1952.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim, *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*, Juruá Editora, Curitiba, 2002.

HAMILTON, Sergio Demoro, "A amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal", in *Temas de Processo Penal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

_____. "A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 12, jul./dez. de 2000.

_____. "A relevância das alegações finais no Processo Penal", in *Temas de Processo Penal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

_____. "As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, jan./jun. 2000.

_____. "Justa causa – Um conceito polêmico", in *Temas de Processo Penal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

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

KNIJNIK, Danilo, "A 'doutrina dos frutos da árvore venenosa' e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93", in *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul* (AJURIS) nº 66, ano XXIII, março de 1996.

LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de, "A imprescindibilidade do procedimento investigatório do Ministério Público", in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, Vol. I, Tomo I, Curitiba, 1999.

LIMA, Marcellus Polastri, *A prova penal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

_____. *Ministério Público e persecução criminal*, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

LOPES JR., Aury, *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.

MALCHER, José Lisboa da Gama, *Manual de Processo Penal*, 2ª edição, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 1999.

- MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, Volume I, 1ª edição (2ª tiragem), Bookseller Editora, Campinas, 1998.
- MARTINS, Ricardo Ribeiro, "O Ministério Público e a investigação penal", in *Tribuna do Advogado – OAB-RJ*, fevereiro de 1997.
- MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.
- MEDEIROS, Flávio Meirelles, *Do inquérito policial*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1994.
- MEHMERI, Adilson, *Inquérito policial (dinâmica)*, Editora Saraiva, São Paulo, 1992.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni, *Curso de investigação criminal*, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, *Processo Penal*, 7ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1997.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu, "Prova ilegalmente obtida", in *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, nº 31, jan./março de 1983.
- MORAIS FILHO, Antonio Evaristo de, "O Ministério Público e o inquérito policial", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 19, julho-setembro de 1997.
- NARDINI, Maurício José, "O Promotor de Justiça e a presidência da investigação criminal", in *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe* nº 9, 1995.
- NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho, *Comentários ao Código de Processo Penal*, Volume I, Edipro, São Paulo, 2002.
- PASSOS, Paulo Roberto da Silva, & OLIVEIRA, Thales Cezar de, *Princípios constitucionais no inquérito e no processo penal*, Themis Livraria e Editora, São Paulo, 2001.

- PINTO, Ronaldo Batista, *Prova penal segundo a jurisprudência*, Editora Saraiva, São Paulo, 2000.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques, *Júri – Procedimentos e aspectos do julgamento – Questionários*, 10ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.
- PRADO, Geraldo, *Sistema acusatório*, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.
- RANGEL, Paulo, *Direito Processual Penal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.
- SARABANDO, José Fernando Marreiros, *Da apuração das infrações penais pelo Promotor de Justiça*, in *Justitia*, nº 152, out./dez. 1990.
- _____. *O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*, in *Justitia*, nº 177, jan./mar. 1997.
- SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.
- SANTIN, Valter Foletto, *O Ministério Público na investigação criminal*, Edipro, São Paulo, 2001.
- SILVA, Aloísio Firmo G. da, ARAÚJO, Maria Emília M. de & CORRÊA, Paulo Fernando, “A investigação criminal direta pelo Ministério Público”, artigo disponível na Internet, no site <http://www.teiajuridica.com/investiga.html>, consultado em 27.05.2002.
- SILVA, César Dario Mariano da, *Provas ilícitas*, 2ª edição, Leud, São Paulo, 2002.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Volume III, Editorial Verbo, Lisboa, 1994.
- SILVA, Haroldo Caetano da, “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, Curitiba, 1999.
- SILVA, Octacílio P., “Sistema britânico de persecução criminal”, in *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe* nº 10, 1996.
- SMANIOTTO, Clóvis Amauri, “Oficiais de investigação no Ministério Público”, in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, Vol. I, Tomo I, Curitiba, 1999.
- SOARES JÚNIOR, Êvanes Amaro, “A funcionalidade da pena e a criminogênese contemporânea”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 13, jan./jun. 2001.

TEIXEIRA, Alexandre Abrahão Dias, "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. V, nº 19, 2002.

TORNAGHI, Hélio, *Curso de Processo Penal*, Volume I, 9ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Código de Processo Penal comentado*, Volume I, 6ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

_____. *Processo Penal*, 1º Volume, 17ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995.

_____. *Processo Penal*, 3º Volume, 17ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELLI, José Henrique, *Manual de Direito Penal brasileiro*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

^(*) 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).

O dolo direto na chamada receptação qualificada

ALEXANDRE COUTO JOPPERT (*)

Sabe-se que a Lei 9426/96 deu nova redação ao parágrafo 1º do art.180 do CP, estruturando a figura da chamada receptação qualificada, que restou definida tipicamente nos seguintes termos:

" Receptação

'Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:
Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Receptação qualificada

§ 1º - *Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime:*
Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

....."

Trata-se de crime próprio, pelo que se exige uma qualificação especial do seu autor. No caso, o sujeito ativo não pode ser qualquer pessoa, mas apenas aquela que é explicitamente indicada no tipo, ou seja, quem está no exercício de atividade comercial ou industrial.

Da leitura do artigo acima transcrito, percebe-se que, na receptação simples de que fala o *caput*, o legislador requer que o agente saiba da origem criminosa da coisa. Já na receptação qualificada referida no parágrafo 1º, a exigência legal não é a de que "saiba", mas, sim, a de que "deva saber" que a coisa tem procedência delituosa.

Diante da diferença redacional dos alvejados dispositivos, não faltaram vozes alertando para a grande dificuldade de adequação típica na hipótese em que o comerciante pratica qualquer das condutas típicas da receptação qualificada,

sabendo da origem criminosa do objeto material, já que o comportamento típico narrado no par. 1º do art. 180 do CP é de quem promove a receptação comercial ou industrial “devendo saber” da procedência delituosa da coisa.

Parte da doutrina, como é o caso de ALBERTO SILVA FRANCO, entende que o preceito sancionatório do art. 180, par.1º do CP não pode ser aplicado, por lesar o princípio constitucional da proporcionalidade, devendo, em consequência, o preceito primário da referida regra penal ter os limites de pena da receptação simples. Assim, se o comerciante sabia da origem criminosa da coisa receptada, sua conduta se ajusta integralmente ao art. 180, *caput*, do CP, diante da omissão típica do par. 1º para a situação do agente que atua com dolo direto. Se, no entanto, ao invés de “saber”, apenas “devia saber” (dolo eventual), seu comportamento se adequa ao par. 1º do art. 180 do CP, mas, para evitar desproporção na punição, a pena a ser aplicada também será a do *caput* (*Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, vol. II, RT, p. 2969).

Ousamos discordar do consagrado professor paulista, já que, ao nosso sentir, essa não é a melhor interpretação a ser dada aos referidos comandos normativos.

De fato, o Direito somente emerge, como ciência do espírito humano, no momento em que o jurista procura atingir o verdadeiro sentido e a exata compreensão das normas jurídicas. Portanto, interpretar um texto normativo significa captar sua essência, compreendê-lo, esclarecendo e fixando seu sentido e alcance. Deve ser ele, no primeiro momento, objeto de interpretação – o que determina seu conteúdo –, para, em seguida, ser devidamente aplicado ao caso que se busca solucionar.

A interpretação é, portanto, uma atividade que busca atribuir significado ao texto normativo, apresentando-se, ao mesmo tempo, como ato cognoscitivo e de criação, devendo o intérprete se ater ao contexto histórico-cultural e social em que o texto legal se encontra imerso.

Quanto ao resultado obtido com essa operação lógico-sistemática, sabe-se que a interpretação pode ser meramente declaratória, restritiva ou extensiva, ocorrendo a última toda vez que o intérprete chegar à conclusão de que o legislador disse menos do que pretendia, tornando-se necessária a ampliação do significado das palavras para alcançar a *mens legis*.

Colhem-se, na doutrina e jurisprudência, inúmeros exemplos de aplicação de interpretação extensiva com relação a normas penais incriminadoras. Vejamos: o art. 130 do CP (perigo de contágio venéreo) inclui não só o perigo, mas também o próprio contágio de moléstia grave; no art.168 (apropriação indébita), a expressão “coisa alheia” inclui a coisa comum; o art. 235 (bigamia) refere-se não apenas à bigamia, mas também à poligamia; o art. 260 (perigo de desastre ferroviário) envolve, além do serviço ferroviário, o serviço de metrô etc.

Partindo dessa premissa, e analisando a hipótese em discussão, é importante registrar que a Lei 9426/96 deu nova redação ao par. 1º do art. 180 do CP, estruturando uma figura criminosa que recebeu o *nomen iuris* de receptação

qualificada, sendo justificada pela necessidade de punição mais severa àquele que faz da receptação um comércio, ainda que clandestino, conduta de maior gravidade e dano social do que a receptação individualizada ou simples. Além disso, é sabido que o fator preponderante para ampliação dos furtos e roubos é justamente a receptação profissional, levada a termo por oficinas clandestinas de desmonte de veículos ou por comerciantes desonestos que adquirem cargas roubadas, obtendo um lucro, na maioria das vezes, lavado pelo sangue de quem as transportava.

Nesse sentido:

"STJ: 'A receptação qualificada, como forma de fomentar o roubo de caminhões de carga, onde, em muitas ocasiões, os motoristas são assassinados, é crime grave e que mereceu a devida atenção do legislador, através da Lei 9426/96, que introduziu um parágrafo ao art. 180 do CP, aumentando-lhe consideravelmente a pena' " (6ª Turma - HC 6612 - Rel. Anselmo Santiago - j. 26.05.98 - DJU 03.08.98, p. 324)

Ao se analisar a disposição típica da novel circunstância qualificativa, não se nota nenhuma incongruência entre os dispositivos legais, pois o par. 1º do preceito nada mais é do que uma forma qualificada do crime previsto no *caput*.

Como é cediço, as disposições constantes dos parágrafos mantêm um liame com o artigo. Assim, se o *caput* se refere à receptação dolosa (receber coisa que sabe ser produto de crime anterior), está claro que também é dolosa a receptação qualificada, com penas mais drásticas.

Vencida essa etapa, resta analisar a questão do elemento subjetivo contido na figura qualificada. Nesse passo, convém, desde logo, consignar que o "sabe" constante do *caput* (figura típica simples) indica pleno conhecimento da origem ilícita da coisa, ou seja, só incide em caso de dolo direto. Já no par. 1º, nós temos a expressão "deve saber", satisfazendo-se o legislador com a presença do chamado dolo eventual.

A razão dos dispositivos é óbvia: no injusto de receptação simples, o legislador condicionou a punição à existência do dolo direto. Já no injusto qualificado, *por tratar-se de crime mais grave*, a lei cominou pena mais grave ao comerciante, ainda que o mesmo atue com dolo eventual. Isso, de nenhuma forma, quer dizer que o par. 1º deixa de incidir no caso do comerciante atuar com dolo direto, até porque, por princípio de direito, quem pune o mínimo, também pune o máximo.

Seria, na verdade, uma monstruosidade jurídica aplicar-se a pena do par.1º, quando o comerciante atuasse com dolo eventual, e a pena do *caput* (sensivelmente menor), quando o mesmo adquirisse o bem no exercício de atividade comercial, sabendo de sua origem ilícita (*dolo direto*).

Igualmente inadmissível seria sujeitar os autores de receptações qualificadas às penas do *caput* do art. 180 do CP, quer tenham atuado com dolo direto, quer tenham agido com dolo eventual, com que estaríamos legitimando a impunidade, esvaziando por completo a utilidade e objetivo da qualificadora.

É absolutamente óbvio que o art. 180, par. 1º, merece *interpretação extensiva*, pelo que, se a descrição típica pune quem atua com dolo eventual, evidentemente também incide no caso de dolo direto. O contrário é que não seria admissível, já que, exigindo o tipo o dolo direto apenas, como ocorre com os crimes previstos nos arts. 138, 180, *caput*, 339 do CP, não seria admissível a punição de quem atua apenas com assentimento do resultado ilícito.

Assim sendo, a receptação comercial ou industrial adapta-se ao par. 1º, que abrange o sabe (dolo direto) e o deve saber (dolo eventual): se a lei pune o fato menos grave com o mínimo de três anos de reclusão (deve saber), não seria crível que o de maior gravidade (sabe) fosse atípico ou punido com pena menor, de um ano (prevista no *caput*).

Destarte, o “deve saber” não pode ser entendido como indicativo somente de dolo eventual, de dúvida ou incerteza, significando que a origem criminosa do objeto material ingressou na esfera de consciência do receptor, abrangendo o conhecimento pleno (sabe) ou parcial (dúvida ou desconfiança).

Pensar diferente e negar interpretação extensiva ao dispositivo seria o mesmo, por exemplo, que punir nas penas do art. 130 do CP quem mantém relações sexuais expondo a perigo de contágio e considerar atípico o fato, no caso de efetivo contágio, ou de punir a bigamia e deixar impune a trigamia, com o que chegaríamos ao final dos tempos.

Na doutrina, ao analisar o tema pertinente ao art. 180, par. 1º, do CP, temos a sempre lúcida lição de LUIZ REGIS PRADO, que ensina:

“A péssima redação da norma, aliada à interpretação literal, leva, de fato, ao entendimento preconizado por alguns de que a norma incriminadora não abrange a conduta de quem age com dolo direto. No entanto, a intenção do legislador foi de que não apenas o dolo direto como também o dolo eventual implicarão no reconhecimento do crime de receptação qualificada. No caso, o legislador disse menos do que queria expressar e deve-se buscar o espírito normativo, ampliando-se o alcance da expressão utilizada no tipo, aplicando-se, por conseguinte, a interpretação extensiva” (GN) (*Curso de Direito Penal*, vol. II, ed. RT, 2000, p. 605)

E nem se diga, como pretendem alguns, que, em se tratando de norma penal incriminadora, veda-se a interpretação extensiva. Até porque, como bem lembra DAMÁSIO E. DE JESUS:

"Se é permitida a interpretação extensiva, constitui um erro a adoção da regra geral segundo a qual as normas penais incriminadoras devem ser interpretadas restritivamente, enquanto as permissivas se interpretam extensivamente.

(...)

Os adágios apontados não podem servir de normas interpretativas, uma vez que constituiria um erro afirmar, *a priori*, que o resultado da interpretação deva ser restritivo, extensivo ou sempre favorável ao agente. Se a finalidade desta é apontar a vontade da lei, só depois do emprego de seus meios surgirá o resultado: extensivo, se aquela for extensiva; restritivo, se restritiva (...)" (*Direito Penal*, vol. I, Ed. Saraiva, 24ª Ed - 2001, pp. 42/43)

Assim sendo, por todas as razões expostas, é de se concluir que a qualificadora narrada no par. 1º, do art. 180 do CP abrange não só a hipótese em que o agente atua com dolo eventual, como também, por interpretação extensiva, a situação em que a receptação comercial ou industrial é realizada com plena ciência da procedência delituosa da coisa.

(*) ALEXANDRE COUTO JOPPERT é Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Professor de Direito Penal da Universidade Candido Mendes (Centro) e do Curso Jurídico CEPAD e do curso de pós-graduação em Direito Penal da Universidade Estácio de Sá..

ANTONIO CARLOS COELHO DOS SANTOS ^(*)

SUMÁRIO

- INTRODUÇÃO
- DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS
(DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS)
- BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O MINISTÉRIO PÚBLICO.
- A MÍDIA: CONCEITO E CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA ATUAÇÃO.
- O MINISTÉRIO PÚBLICO, O RÉU E A MÍDIA.
- CONCLUSÕES.

01. Dos assuntos institucionais do Ministério Público, um sempre nos chamou a atenção não só pela sua complexidade, mas, igualmente, pela atualidade, e é sobre ele que tentaremos, com as nossas limitações intelectuais, discorrer.

Concerne ao papel do *Parquet*, quando instado pela Mídia, pronunciar-se sobre os fatos de sua atribuição.

02. Inicialmente, porém, cumpre tecer algumas observações sobre os direitos e garantias fundamentais, principalmente o Capítulo I que trata "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos"- Art. 5º da Constituição Federal.

Dispõe o artigo 5º, LVII da Carta Magna: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

Como anota PEDRO LENZA ¹, "nada mais natural do que a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao Ministério Público provar a culpa. Caso não o faça, a ação penal deverá ser julgada improcedente."

Esta conclusão, como veremos adiante, é sumamente relevante, pois sua inobservância acarretará conseqüências irreversíveis ao réu e abalará profundamente a própria instituição.

Outro direito assegurado constitucionalmente ao cidadão concerne ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, a teor do disposto nos incisos LIV e LV do artigo 5º, *verbis*:

¹ PEDRO LENZA, *Direito Constitucional*, ed. LTR, 2000, p. 332.

“LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Analizando os referidos dispositivos legais o mesmo jurista ² tece as seguintes observações:

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Corolário a este princípio assegura-se aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Em relação ao inquérito policial, devem tais princípios ser assegurados? Não, pois não há ainda acusação. Fala-se em indiciado, já que o inquérito policial é um mero procedimento administrativo que busca colher provas sobre o fato infringente da norma e sua autoria.”

Tecnicamente, o autor tem razão, pois o vocábulo processo pressupõe, na área penal, a propositura de ação penal (pública ou privada).

Ocorre que o assunto exige uma interpretação mais ampla, sob pena até de tornar *tábula rasa* os direitos previstos nos incisos LIV, LV e LVII do artigo 5º da Constituição Federal.

Registre-se, de imediato, nossa repulsa à assertiva de que o indiciado não sofreria qualquer constrangimento em razão da instauração do inquérito policial, pois é evidente o incômodo a que se vê sujeito o cidadão que está sendo investigado.

Por outro lado, como vimos, a CF assegura ao indivíduo o *devido processo legal*, cujo significado não deixa dúvidas ao intérprete.

Pois bem: como assegurar o direito ao devido processo legal, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa, se, minimizando o sentido do inquérito policial, *anteciparem-se* conclusões sobre o(s) fato(s) e a respectiva autoria?

Assim, verifica-se, sem maior esforço, que o assunto não se apresenta tão tranqüilo como se deseja.

Infelizmente, este aspecto não tem sido compreendido pela imprensa em geral, trazendo consequências danosas à honra dos indivíduos e, até mesmo, atingindo a credibilidade e seriedade que o papel do Ministério Público exige de seus membros.

² Ob. cit., pp. 333, *in fine*, e 334.

03. Em nossa modesta opinião, quem melhor definiu o papel do Ministério Público foi PIERO CALAMANDREI ³, em sua famosa obra:

“Entre todos os cargos judiciais, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz.

Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor, ou por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado.”

Reconheça-se que não é nada fácil o desempenho de tão espinhosa missão, patente sua complexidade tão bem definida por CALAMANDREI, daí a dificuldade, principalmente para os novos Promotores de Justiça, de compreender o alcance de sua atuação. Este aspecto será melhor desenvolvido em outra parte do presente trabalho.

Por ora, ressalte-se que a principal característica da instituição reside na defesa da sociedade através da exata fiscalização das leis.

04. E o que vem a ser a Mídia?

AURÉLIO ⁴ registra, entre outras, a seguinte definição, que se nos afigura a mais abrangente: “O conjunto dos meios de comunicação, e que inclui, indistintamente, diferentes veículos, recursos e técnicas, como, por exemplo, jornal, rádio, televisão, cinema, *outdoor*, página impressa, propaganda, mala-direta, balão inflável, anúncio em *site* da Internet, *etc.*”

Portanto, o vocábulo abrange vários meios de comunicação e adapta-se aos novos que surgirem.

Importante ressaltar a extraordinária importância que a Mídia desempenha nos tempos modernos caracterizados pela espantosa velocidade que a informática trouxe, permitindo o acesso instantâneo às informações de tal maneira que muitos consideram, com certa razão, prejudicada a reflexão sobre a veracidade de muitas notícias.

Tal qual ocorre em outros ramos do Direito, a legislação sobre a imprensa não acompanha os passos largos da tecnologia.

³ PIERO CALAMANDREI, *Eles, os Juízes, vistos por Nós, os Advogados*, ed. Livraria Clássica Editora, tradução de Ary dos Santos – 7ª edição, p. 59.

⁴ *Novo Aurélio Seculo XXI – O Dicionário da Língua Portuguesa*, ed. Nova Fronteira, 1999, p. 1334.

Por outro lado, a legislação atual tem sofrido críticas abalizadas e permitimo-nos destacar as expendidas por ANIS JOSÉ LEÃO ⁵, jornalista, escritor, advogado especialista em Direito Eleitoral e Direito de Imprensa e professor de Legislação e Ética da Comunicação na UFMG desde 1962:

"1 - Deve haver Lei Especial para a Imprensa.

A primeira questão que se coloca é a de saber-se se existe justificativa para haver uma lei regulando a liberdade de imprensa. Há muitos órgãos, muitos veículos de comunicação, muitos jornalistas ilustres e até professores de Direito que entendem que não deve haver uma lei especial para a imprensa.

Partem do princípio de que a maioria das infrações que se cometem através dos veículos de comunicação de massa - jornal, periódico, rádio, televisão, cinema - são as mesmas descritas na lei penal comum, como, por exemplo, a calúnia, a difamação e a injúria, para ficar nas três figuras (tidas como principais) dos delitos que se cometem através dos meios de comunicação. E há até mesmo um jornal bastante influente que diz que toda vez que se fala na elaboração de Lei de Imprensa, deve-se temer alguma medida restritiva da parte do legislador, porque em geral as leis de imprensa trazem arrocho e cerceamento para a manifestação do pensamento.

Essa questão é muito antiga. Nos idos de 1954, já o Professor Lydio Machado Bandeira de Melo, que, além de grande filósofo e grande pensador, era uma sumidade em matéria de Direito Penal, com um toque de ironia, dizia que não se justificava a existência de lei especial para a imprensa, porque não é o instrumento utilizado no cometimento do delito que pode ter o condão de criar uma regência legal particular; porque a vingar esta idéia, dizia ele, o homicídio com veneno devia ter uma lei especial; o homicídio mediante o uso de explosivo devia ter outra lei especial; o homicídio mediante facadas - ou, como dizem os maus jornalistas, "a golpe de facas" - também deveria ser regido por uma lei especial.

⁵ ANIS JOSÉ LEÃO, jornalista, escritor, advogado especialista em Direito Eleitoral e Direito de Imprensa e professor de Legislação e Ética da Comunicação na UFMG desde 1962, fonte: <http://www.jus.com.br/doutrina/leijmpr.html>.

Nós nos colocamos numa posição diferente, achamos que deve existir uma lei especial cuidando da imprensa no sentido largo do termo. Primeiro, porque o sistema de responsabilidade existente na imprensa, seja ele de responsabilidade sucessiva ou solidária, é especial. E o direito de resposta, por sua vez, é um instituto que, junto com o sistema de responsabilidade típico da imprensa, tem caráter *sui generis*; não ficariam bem colocados dentro de um Código Penal, ainda que se pensasse na idéia de abrir-se um vastíssimo capítulo no Código, para cuidar da matéria. Além disso, o jornal, do ponto de vista do direito autoral, é uma obra coletiva que merece um tratamento legal especial. E, finalmente, vai aqui o argumento mais forte, que passa despercebido daqueles que pensam de modo contrário: existe uma Lei de Imprensa especial precisamente porque o legislador quer tratar a imprensa *com carinho*, quer tratar a imprensa de maneira criminalmente mais branda, porque *aí ele se guia pelo critério de utilidade*, quer dizer, *o critério de justiça cede lugar ao critério de utilidade*. Basta o interessado comparar as penas para os crimes cometidos por intermédio da imprensa com os mesmos crimes cometidos verbalmente, ou por boletim, ou por qualquer outro meio de comunicação de muito menor repercussão para se ver que essas penas são equivalentes, embora o dano causado numa “Rede Globo de Televisão” ou num jornal como a “Folha de São Paulo”, ou numa revista como “Veja”, seja *absurdamente* maior do que quando causado por uma calúnia, por uma difamação, por uma injúria proferidas verbalmente, às vezes perante uma só pessoa. No entanto, a apenação daquele que comete o delito pela imprensa é muito suave, é muito branda quando se faz esta comparação. Então, é uma homenagem que o legislador presta à imprensa, reconhecendo nela seu critério de utilidade. Isso traz à baila aquele pensamento de TOCQUEVILLE, quando ele dizia: “amo a imprensa, não pelo bem que ela faz, mas pelos males que ela evita”.

“Ao finalizar este item da dissertação, pretendemos deixar registrado que a verdadeira

regulação da liberdade é mais um problema de cultura, um problema de consciência moral, um problema ético. No dia em que os proprietários dos meios de comunicação social no Brasil, que são os verdadeiros destinatários da liberdade constitucional de manifestar o pensamento (de maneira industrial), no dia em que tiverem maior amor ao próximo, maior consciência dos seus deveres, maior respeito pelo semelhante, maior civismo, melhores qualidades de espírito, então nem haverá necessidade de qualquer lei para reger a atividade das empresas jornalísticas, porque elas, de bom grado, farão o bem espontaneamente.

O Direito - como dizia FRANCESCO CARNELUTTI, "o Direito é uma triste necessidade", do latim *nec esse*, não ser. Somente quando o homem não é aquilo que dele se espera, não faz aquilo que era do dever dele fazer espontaneamente, é que a parte interessada invoca o Direito, que não é nada mais do que a coerção do Estado para compelir o cidadão faltoso, inadimplente, menor, a cumprir seu dever e sua obrigação."

Analisando o "*Direito de Resposta*", o autor, após sintetizá-lo como uma **quimera** (*Direito de Resposta, uma Quimera*), tece as seguintes observações:

"Entremos agora no exame do direito de resposta. Apenas para refrescar a memória do leitor, vamos lembrar que o **direito de resposta** ou **direito de retificação** é a faculdade, que a lei dá ao interessado, de corrigir uma publicação ou transmissão errônea ou ofensiva, que contra ele foi divulgada pelos veículos de comunicação, como jornal, periódico, emissora de rádio e televisão, cinema, agência de notícias. Quer dizer, o direito de resposta - e vamos frisar, direito de retificação - acode ao interessado mesmo quando erroneamente ele seja elogiado, porque o objetivo é restabelecer a verdade que não foi colocada na versão publicada ou transmitida pelo meio de comunicação. O direito de resposta no Brasil pode-se dizer que jamais foi cumprido. Isso levou o jornalista Sérgio Buarque de Gusmão a escrever que direito de resposta, no Brasil, é "um mero enfeite

jurídico" ("A lei é para todos", Revista "Imprensa", julho de 1996).

E por que é que os donos de jornal, os jornalistas, não acatam a retificação dos seus leitores, das pessoas que eles ofendem ou das pessoas a respeito das quais eles cometem erro?

A resposta é esta: é porque são onipotentes, arrogantes, eles se supõem acima de todo pobre mortal, são verdadeiros deuses no Olimpo, são infalíveis, são a última palavra em tudo, eles não admitem que erraram, não têm a humildade suficiente, a grandeza de caráter suficiente para reconhecerem que cometeram um erro, coisa tão natural na criatura humana. E, se o leitor está pensando que o direito de resposta, exercido por intermédio do Poder Judiciário, pode ter melhor sorte do que quando exercido em caráter extrajudicial, equivoca-se redondamente. Porque o Poder Judiciário no Brasil tem temor da imprensa. E, se formos pensar bem, é uma apreensão muito justificada, porque da maneira como a imprensa brasileira se comporta, dentro da sua arrogância, falta de cuidado na verificação factual do que vai divulgar, dentro dos sentimentos menores que alimentam os repórteres presunçosos, é muito arriscado um juiz levar um ataque bastante forte por parte de qualquer veículo de comunicação simplesmente porque fez funcionar a lei. Ele pode até ser jogado no ridículo, porque a imprensa costuma muito escarnecer do funcionário que cumpre o seu dever legal.

Os meios de comunicação social no Brasil costumam alegar dificuldade técnica para cumprirem o dever de publicarem retificação (ou resposta) dos seus leitores ou de pessoas interessadas. De uma certa forma, compreende-se essa dificuldade, porque a Lei 5.250, em vigor, como as outras leis anteriores, regentes da liberdade de imprensa, elas mandam que a retificação seja publicada no mesmo local, com os mesmos caracteres e com o mesmo destaque que foi publicada a errônea ou ofensa, ou então, no mesmo programa de rádio ou de televisão e também com o mesmo destaque. Essa dificuldade técnica, embora

desculpa um pouco esfarrapada, poderia servir de arremedo de justificação para que esse direito não funcione no Brasil, como devia funcionar.

Temos tristes exemplos de recusa do direito de publicar retificação. Lembrem-se, dentre outros casos, o do Ministro Roberto Cardoso contra certo periódico. Com efeito, o Ministro havia ganho, em primeira instância, em lapidar sentença, decisão em que o juiz ordenava que o veículo publicasse, não só a resposta dada pelo Ministro, como também a fotografia que ele havia juntado aos autos.

Acontece que o periódico não circulou logo imediatamente após a sentença. Alegou que houve - não me lembra - se greve dos seus trabalhadores gráficos ou um motivo qualquer para que não circulasse. Entrementes, com recurso que apresentou ao E. Tribunal de Justiça de São Paulo, o veículo conseguiu derrotar a decisão de primeiro grau, através de um aresto da Corte que, com todo o respeito, não faz jus à grandeza que sempre aprendemos a admirar nela.

O segundo exemplo de recusa ao direito de retificação foi no caso Lula versus revista "IstoÉ". Lula conseguiu, no Tribunal Superior Eleitoral, o direito de resposta contra a revista "IstoÉ" e a condenação para que a revista publicasse, na capa, a fotografia que Lula havia juntado aos autos. Sabem o que é que a revista fez? Publicou a sua edição com duas capas sobrepostas; a capa de fora tem uma tarja, no alto, à esquerda, com os dizeres "Direito de Resposta" e, no centro, a sigla "PT"; no verso dessa capa, depois de explicar que "não se responsabiliza por fotos, ilustrações e textos publicados na capa (no verso desta nota) e em cinco páginas desta edição", a revista escreve que "se considera ultrajada e violentada com essa intromissão no seu espaço editorial" e que "o fato de estar amparada em decisão judicial não diminui o caráter violento dessa intromissão" (28 de setembro de 1994, edição n 1.304).

A capa de dentro traz uma foto de Lula sendo coroado ou recebendo um penacho, a frase "Lula compara o Brasil a uma república de bananas", e este texto em negativo no rodapé: "o candidato e o PT espalham no exterior que as eleições no Brasil

são ilegítimas e lembram as de uma republiqueta”.

Na pág. 21, a revista publicou retificação a seu editorial, da lavra do Presidente do Diretório Municipal do PT de São Paulo e matéria retificativa da pág. 22 à pág. 25.

Nas págs. 26 a 28 a revista xinga o autor do texto da resposta, o direito de exercê-la e a decisão judicial.

Na época, escrevemos artigo a respeito, Lula parece que não teve mais fôlego para lutar pelo legítimo direito de resposta, e o mais alto tribunal eleitoral do Brasil, em lugar de fazer prevalecer sua decisão, de ofício, como lhe cabia, quedou silente.

O terceiro exemplo foi o de um governador de Minas Gerais que, para conseguir direito de resposta num jornal da capital, teve de caminhar na via judicial duas vezes. E duas vezes as decisões de primeira instância, que aliás prevaleceram, não foram juridicamente adequadas. O jornal publicou a resposta do governador com cortes em partes que ele havia colocado e, na mesma edição, renovou os ataques que havia feito na publicação que motivara a retificação do governador.”

O direito de resposta já vinha constando das leis ordinárias reguladoras da liberdade de pensamento no Brasil. Mas, agora, o legislador considerou essa matéria tão importante que a colocou no seio da própria Carta Magna. E colocou uma palavra que não existia na tradição do Direito Brasileiro, quando diz: “é assegurado o direito de resposta *proporcional* ao agravo”.

Temos sustentado, em conferências e artigos, que essa palavra *proporcional*, inserida no texto do Estatuto Fundamental, traz novidade que tem passado despercebida para a totalidade dos que têm cuidado do assunto. Com toda humildade, queremos submeter à apreciação do leitor o que é que pensamos a respeito do uso dessa expressão “*proporcional* ao agravo”. Os menos informados ainda acreditam que o tamanho, ou o tempo da retificação continuam sendo aqueles estabelecidos na lei ordinária (Lei 5.250/67).

Nós, no entanto, divergimos. E parece que somos o único a sustentar na doutrina que essa palavra do texto constitucional veio revogar a correlação estabelecida na lei comum; o que o produtor da Lei Maior quis dizer é que a retificação há de ser proporcional à quantidade de sofrimento, prejuízo, lesão, ofensa, danos sofridos pelo interessado. Porque, além da novidade da palavra (e não se pode admitir palavras inúteis na lei), a expressão *proporcional* quer dizer: “que está proporcionado, que mantém equilíbrio das partes, que está em relação adequada a outro”. Pode ter o sentido de correspondência de medidas e

de tamanho, mas como expressão *nova*, seria desnecessária com tal entendimento, porque isto está na Lei 5.250/67, em seu artigo 30, parágrafo 1º.

E é “proporcional ao agravo”.

Agravo é um verbal de **agrar**: injúria, prejuízo, dano, motivo de queixa, injustiça. Parece-nos que a Lei Magna quis dizer que a resposta é proporcional à ofensa, ao prejuízo, à dor, à injúria, ao dano, à injustiça, à errônea praticados pelos veículos de comunicação; sem fixação legal farisaica de tamanho e tempo; sem abuso do retificante (corrigível pelo juiz, se for o caso).

Se nossa interpretação tiver acolhida, o espaço e tempo postos no artigo 20 do projeto desaparecerão. Uma hermenêutica teleológica da Magna Carta mostra que o interessado tem relativa liberdade no tamanho/tempo de sua resposta.

Com efeito, um jornal/periódico ou emissora de rádio podem, em treze linhas, ou em minuto e meio, arrasar com a dignidade e o decoro de um cidadão. A defesa dele pode necessitar de meia página impressa ou de dez minutos no éter e no vídeo. Não se há de pensar em farisaico matematismo para, milimetricamente, medir a reação de quem está a merecer, em legítima defesa, território mais largo de contra-ataque. De qualquer modo, submetemos o nosso entendimento ao crivo dos estudiosos.

Em seguida, ao analisar o “*Valor da Indenização – Dano Moral*”, observa:

“Decisões contra jornais e jornalistas são raríssimas no Brasil. Os veículos têm direito de defesa e, em geral, os melhores advogados do País. Além disso, a lei, com os dois anos de prescrição, favorece-os imensamente.

Pela lei atual, uma calúnia paga 20 salários-mínimos, uma bagatela, o que leva os juízes a ignorar o teto: por exemplo, o jornal “O Estado de São Paulo” foi condenado a pagar 85 mil dólares à Associação dos Magistrados (“Imprensa”, julho de 1996).

Porque inventou uma reportagem sobre Clint Eastwood, a revista “National Inquirer” lhe pagou um milhão de dólares. Ele queria 15 milhões.

A imprensa deveria ficar inquieta se fosse condenada por divulgar a verdade, como escreveu, maravilhosamente, Sérgio Buarque de Gusmão, na matéria citada “A lei é para todos” (“Imprensa”, julho de 1996).

A mesma revista “Imprensa”, no mesmo número, divulgou que “O Estado de São Paulo”, em 1995, faturou R\$ 456 milhões.” (os destaques são do original).

Transcrevemos, pacientemente, a maior parte do estudo para que se relembre do descaso com que, via de regra, é tratada a honra do cidadão pela Mídia e a própria Justiça!

05. Indagará o leitor o que o Ministério Público tem a ver com isto tudo.

Talvez nada, talvez muito, dependendo da maneira como que se

comportarão seus membros quando procurados pela Mídia.

Reza o artigo 159, IV da Lei Complementar nº 28, de 21 de maio de 1982 (Dispõe sobre a organização do Ministério Público estadual junto ao Poder Judiciário, e dá outras providências):

"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."

Uma interpretação apressada poderia levar à assertiva de que, uma vez autorizado pelo Chefe do Ministério Público, o membro do *Parquet* estaria livre de qualquer responsabilidade ao divulgar o que a lei proíbe.

Tal interpretação, obviamente, não merece prosperar.

O membro do MP arcará com todas as consequências decorrentes de suas informações à Mídia, respondendo, igualmente, o Chefe da Instituição, se comprovado que concorreu, de alguma forma, para a divulgação danosa à imagem do cidadão.

Cabe, *en passant*, tecer algumas considerações sobre os direitos constitucionalmente assegurados ao cidadão e sobre os quais discorreremos no item 02 e o posicionamento da Mídia.

A questão pode ser analisada sob vários aspectos.

O primeiro diz respeito ao confronto entre o direito constitucionalmente garantido ao réu de somente ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a "necessidade" de manter a sociedade informada das transgressões às suas regras, principalmente no que concerne aos delitos propriamente ditos.

É exatamente com este segundo argumento, alçado à categoria de verdadeiro direito pela imprensa, que a Mídia não raramente publica, com estardalhaço, fatos ainda não apurados e supostamente atribuídos a determinados indivíduos (geralmente famosos), com inegável prejuízo à sua honra e cujas consequências são irreversíveis.

Evidentemente, a imprensa falada ou escrita não exerceria tal "poder" se não contasse com o auxílio das fontes, e é neste ponto que reside, a nosso sentir, o ponto nodal da questão.

Seria ingênuo supor que os jornais e revistas se guiariam apenas pelo interesse de informar a sociedade sobre os (supostos) escândalos envolvendo personalidades (embora, em alguns casos, o fato seja tão relevante, aos olhos do jornalista, que não importa o grau social do protagonista), pois é certo que, mesmo presente aquele objetivo, há o interesse financeiro (decorrente da venda

dos jornais e revista, sem falar no IBOPE).

Indaga-se, então: o que move a autoridade policial ou mesmo o membro do Ministério Público quando fornece ao repórter os dados, repita-se, ainda não devidamente apurados?

Várias explicações podem surgir.

A *primeira* e mais plausível é a de demonstrar a eficácia da instituição no combate à criminalidade.

Ocorre que também a instituição pode ser alvo da Mídia na medida em que não colabore da maneira desejável, e, assim, embora aparentemente bem intencionada o Promotor de Justiça pode ser levado à condição nada confortável de co-autor de notícias, que além de ferirem a *presunção de inocência* do cidadão, são, não raro, desvirtuadas.

A *segunda* se prenderia ao temor da opinião pública, o receio de vir a ser “acusado” de não colaborar para que a “verdade” seja levada ao conhecimento do público-leitor.

Infelizmente, tal receio é tão poderoso que pode levar o Promotor de Justiça a agir impulsivamente, a revelar sua opinião de forma precipitada, operando-se um verdadeiro prejulgamento em detrimento da honra do indiciado (infelizmente, para o leitor, leigo em assuntos jurídicos, a denúncia – *rectius* – a opinião do Promotor de Justiça, equivale a uma verdadeira condenação do indivíduo).

Repita-se que não apenas o (suposto) autor do (suposto) delito figura como alvo da Mídia, mas até a instituição (policial ou ministerial), caso não colabore da forma que ela, Mídia, considera satisfatória e, ao ser interpelado, o Promotor de Justiça nem sempre pressente este perigo.

Evidentemente, o repórter não ameaça, não revela a possibilidade de tal perigo, mas, ao revés, procura envolver a fonte no manto do sucesso, inebriando-a, seduzindo-a, objetivando colher as informações desejadas.

Não se olvide que os dados transmitidos nem sempre, ou melhor, raramente, são transmitidos fielmente ao leitor, buscando o autor da notícia colorir-las de maneira a tornar mais fascinante (e/ou escandalosa) a matéria.

A *terceira* – que pode, inclusive, combinar-se à *primeira* – é a vaidade, natural em todo ser humano, os famosos “*quinze minutos de fama*”.

Em todas estas hipóteses o risco de destruir-se moralmente uma vida é o mesmo, sem falar que, a rigor, estar-se-ia infringindo os dispositivos constitucionais já examinados (ainda que perfunctoriamente).

Ao longo de nossa atuação no MP, iniciada em 1979, atuamos em vários casos de repercussão e jamais concedemos entrevista.

Isto não impediu, porém, que testemunhássemos episódios lamentáveis ligados ao tema.

Um deles, mais recente, foi o seguinte: determinada empresária foi denunciada por crime de racismo e, antes mesmo do oferecimento da peça que iniciou a ação penal, a imprensa já a “condenava” com estardalhaços.

Examinando o recurso interposto pela defesa, inconformada com a condenação em primeira instância, concluímos que merecia provimento o apelo

pelas razões a seguir expostas:

Determinada moça, negra, dirige-se a uma fábrica, procurando preencher uma vaga e indicada por uma agência de empregos. Foi atendida por uma secretária, também negra, e encaminhada à entrevista, ao cabo da qual lhe foi dito que, infelizmente, não preenchia os requisitos para a vaga. *Só isto.*

Volta à agência de empregos e em nenhum momento afirmou que fora maltratada, mas a gerente, não conformada, teria ligado para a fábrica e, segundo ela, a empresária lhe afirmara que a moça fora recusada porque era negra e que a agência não deveria mais encaminhar pessoas de cor e com má aparência!

O fato foi levado a determinado Secretário de Estado, também negro, e, a seguir, os jornais se encarregaram do assunto...

Ocorre que a defesa provou, ainda em Juízo de origem e desde o início do processo, que a empresa contava com elevado percentual de empregados da raça negra; que, em momento algum, houve qualquer discriminação contra a moça (que foi recusada porque, além da idade ser superior àquela indicada no anúncio, não tinha a desenvoltura necessária para o serviço, o qual consistia em visitas a futuros clientes); que a moça fora recebida por uma secretária também negra, inexistindo razão para a apontada discriminação e, por último, a alegada conversa por telefone não restara provada, aduzindo o ilustre advogado que, em momento algum, a candidata se entrevistara com a proprietária da fábrica.

Pois bem: ainda assim, foi condenada pelo julgador *a quo* (sem contar que já o fora pela Mídia, antecipadamente...).

Diante deste quadro, nosso parecer não poderia ser outro que o de prover-se o recurso defensivo.

Após a emissão do parecer, fomos atuar em outra Câmara Criminal.

Meses depois, em encontro casual, o advogado da ré nos informou que a Câmara, à unanimidade, dera provimento ao recurso.

O repórter de um dos jornais foi assistir ao julgamento e o advogado, indignado, reclamou que o periódico desse à absolvição a mesma cobertura que dedicara ao fato inicialmente.

Qual o tipo da notícia, segundo nos contou o advogado?

"Empresária racista é absolvida!"(!!!)

Isto significa, em síntese apertada, que, para o jornal, a empresária era racista, pouco importando a decisão da Justiça!

Outro exemplo provavelmente ainda está retido na memória dos leitores.

Determinado casal, proprietário de um colégio de certo gabarito social, foi apontado pela Mídia como envolvido em escândalos relacionados à pedofilia.

Pois bem, após várias notícias de impacto, chegou-se à conclusão de que o casal seria inocente.

O assunto não garantia mais sucesso de vendas, de maneira que foi esquecido...

E a honra do casal?

Ora, o casal que corra à Justiça, que gaste bastante dinheiro com advogados em busca de uma indenização (que o jornal, a rigor, não se preocupa em pagar, pois o lucro obtido garante, tranqüilamente, a continuidade do negócio), e assim se procede neste País!

Vários outros exemplos poderiam ser citados, mas cremos que estes dois são suficientes para se constatar a irresponsabilidade de determinados periódicos para com a honra dos cidadãos.

Releiam-se, neste momento, as observações do ilustre ANIS JOSÉ LEÃO, que, além de escritor e advogado, é jornalista, e verificar-se-á, sem esforço, que são pertinentes ao apontar o descaso com que os jornais tratam, com raríssimas exceções, os cidadãos e as instituições.

Nem se esqueça que os jornais têm interesses políticos e econômicos; assim, dependendo da situação, o interesse público invocado poderá variar de tratamento.

Mudando o enfoque, observa-se que há muita dificuldade em manter-se uma atitude equilibrada no trato do tema, pois é comum o chamado “*espírito de classe*”.

Assim, qualquer crítica é considerada injusta por parte dos membros das instituições.

Nem sempre, contudo, tal ocorre.

Analisando o **Projeto de Lei n. 2961, de 1997**, o ilustre e combativo colega, Deputado Antonio Carlos Biscaia, tecia as seguintes considerações:

“Já no que respeita à exposição pública do acusado, é preciso que se destaque uma realidade cultural da previsão legal vigente e conciliá-los ao direito de informação do cidadão e de exercício profissional dos órgãos de imprensa. *A realidade cultural em choque com a previsão legal referida é a dificuldade de entendimento pela sociedade em geral do princípio da presunção de inocência. É reiterado, infelizmente, o comportamento dos meios de comunicação social que passam imagem negativa dos acusados, como se já tivessem sido julgados culpados. No entanto, a idéia de punir autoridade que “permitiu” a exposição do acusado poderá redundar em proibição de exercício profissional e sonegação de informação ao cidadão, o que é claramente inconstitucional;*” (grifos nossos).

Entendemos, *data venia* do ilustre colega e Parlamentar, que não é possível minimizar a co-responsabilidade do membro do Ministério Público que esqueceu da presunção de inocência e sem medir as conseqüências (reconhecidas pelo próprio Parlamentar) forneceu as informações.

Não se nega a existência do justo receio de ver sua atuação injustamente minimizada através de uma legislação aparentemente correta, mas, se a própria Lei Orgânica do Ministério Público proíbe o membro do *Parquet* de pronunciarse sobre os assuntos pertinentes ao seu ofício ou à Instituição, isto traduz sua preocupação com o cumprimento da Carta Magna.

Inadmissível olvidar que o cidadão, mesmo que momentaneamente marginalizado pela Mídia, integra a sociedade, merecendo, portanto, tratamento justo.

Não se pense que advogamos o fim de todas as notícias sobre a prática de delitos, pois isto não seria possível; o que afirmamos é que não pode o Ministério Público ignorar que o único meio democrático de apurar fatos supostamente delituosos é o processo.

Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, se a Constituição Federal assegura o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa, se ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não se pode aceitar que o Ministério Público, justamente ele, o defensor da sociedade, contribua para que tais direitos sejam postergados.

Enlucados ao tema os itens I, II e VI do "Decálogo do Promotor de Justiça":

"I – AMA A DEUS acima de tudo, e vê no homem, mesmo desfigurado pelo crime, uma criatura à imagem e semelhança do Criador.

II – SÊ DIGNO de tua grave missão. Lembra-te de que falas em nome da Lei, da Justiça e da Sociedade.

VI – SÊ NOBRE. Não convertas a desgraça alheia em pedestal para teus êxitos e cartaz para tua vaidade."

06. Ao fim deste despretensioso trabalho, cremos pertinentes as seguintes conclusões:

- Lamentavelmente, a legislação sobre a imprensa deixa a desejar, substituindo-se o critério da justiça pelo da utilidade;
- A Mídia, salvo raríssimas exceções, não tem compromissos a não ser com ela mesma, desrespeitando os cidadãos e as instituições, confiante na impunidade;
- O papel do Ministério Público, de fiscal da lei, não pode permitir que seus membros se afastem dos delitos e deveres individuais e coletivos, revelando assuntos que, apurados ou não, possam levar à execração pública daquele cidadão momentaneamente marginalizado;
- Eventual indenização por dano moral não afasta a injustiça cometida e não deve servir de pretexto para antecipar "julgamentos";

— O mais correto, mesmo se arriscando a figurar como alvo da Mídia, será sempre o de não conceder entrevistas, evitando-se o descumprimento da lei e resguardando-se a figura do cidadão.

BIBLIOGRAFIA

- ANIS JOSÉ LEÃO, jornalista, escritor, advogado especialista em Direito Eleitoral e Direito de Imprensa e professor de Legislação e Ética da Comunicação na UFMG desde 1962, fonte: <http://www.jus.com.br/doutrina/leiimpr.html>
- *Novo Aurélio Século XXI – O Dicionário da Língua Portuguesa*, ed. Nova Fronteira, 1999, p. 1334.
- PEDRO LENZA, *Direito Constitucional*, ed. LTR, 2000, p. 332.
- PIERO CALAMANDREI, *Eles, os Juízes, vistos por Nós, os Advogados*, ed. Livraria Clássica Editora, tradução de Ary dos Santos – 7ª edição, p. 59.

^(*) ANTONIO CARLOS COELHO DOS SANTOS é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

ARNOLDO WALD (*)

"A crescente parceria com o setor privado na propriedade e gestão da infra-estrutura nacional exigirá a redefinição do papel do Estado."
(Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO)

"A privatização é a única maneira de assegurar-se de que as necessidades de infra-estrutura serão satisfeitas. Nenhum governo do mundo hoje dispõe de recursos suficientes para fazê-lo por conta própria, seja através de taxação ou de empréstimos. Contudo, o capital está aí, em abundância, como também as oportunidades para investimentos lucrativos."
(PETER DRUCKER, *Gazeta Mercantil* de 11.7.95, Relatório Especial, p. 4)

A) A revisão do papel do Estado

"O Estado, quando é forte, nos esmaga, quando é fraco perecemos". (PAUL VALERY)

1. Em todos os países, a própria noção de Estado e, em particular, as suas dimensões ideais e as suas relações com a sociedade têm sido objeto de análises e polêmicas. Uma ampla literatura oriunda de políticos, sociólogos, economistas e até juristas se insurge contra o *Estado megalômano*¹, onipresente, hipertrofiado e super-desenvolvido, defendendo-se uma ampla redução do seu papel e exigindo simultaneamente maior eficiência no exercício de suas funções básicas. Desenvolve-se, assim, a tese de que precisamos de menos Estado e de mais Justiça comutativa e distributiva, devendo ser adotada fórmula que assegure a existência do *Estado mínimo*², do Estado moderno, que é o *Estado modesto*³. Ao

¹ JEAN-FRANÇOIS REVEL *El Estado Megalomano*, tradução em espanhol da obra cujo título original em francês era *La Grâce de l'Etat*, 1984.

² GUY SORMAN, *L'Etat Minimum*, Albin Michel, 1985.

³ MICHEL CROZIER, *Etat Moderne, Etat Modeste, Stratégie pour un Changement*, Paris, Fayard, 1987.

mesmo tempo, fala-se no declínio do Estado, na necessidade de um novo pacto social, no qual a democracia se faria sentir não apenas na seleção dos governantes mas, de modo mais intenso, na formação da vontade nacional, devolvendo o Estado, à sociedade, numerosas atividades das quais se incumbiu de modo inadequado e reduzindo a área de sua regulamentação, que se tornou excessiva.

2. Há, com efeito, uma certa tendência para “nacionalizar o Estado”, ou seja, no fundo, submetê-lo mais diretamente à sociedade. Tal fato decorre tanto do caráter muitas vezes casuístico e, algumas vezes, incoerente da regulamentação do Estado, como de ter o mesmo engordado demais, perdendo a flexibilidade e rapidez, que o mundo contemporâneo e a chamada sociedade pós-industrial exigem, nas decisões governamentais. O Estado mantém, outrossim, um aparelho obsoleto, tanto nas suas repartições públicas, quanto nas empresas públicas e sociedades de economia mista, dominadas por um corporativismo condenável e, na maioria dos casos, destituídas do espírito empresarial, que justificou a sua própria criação, como instrumento da descentralização administrativa.

3. Já se disse que, em relação às monarquias do passado, quiçá, no Brasil, às capitânias hereditárias, tivemos uma mudança de forma política, mas que, no fundo, não evoluímos muito, pois mudamos mais os rostos e o *status* imperial do que o regime, ou seja, o comportamento e o método de gestão dos governantes, que continua opondo o Estado administrador e regalista à sociedade civil⁴. Essa falta de identificação se manteve de tal modo que as elites e o povo, ou seja, os cidadãos, mesmo no regime democrático, não se consideram integrados no Estado, não se apropriam da famosa frase de Luiz XIV “*L’Etat c’est moi*”, mas afirmam que “o Estado são eles”, eles os governantes, os funcionários, a Administração como um todo. Em particular, no Brasil convive uma Administração, que, geralmente, ainda usa métodos arcaicos e mantém uma estrutura centralizada, com alguns setores privados dotados das mais modernas técnicas de produção e de gestão que caracterizam o início do século XXI⁵.

4. Na realidade, o contrato social precisa ser revisto porque, em virtude dele, o que ocorreu foi o fato do Estado ter-se tornado o dono da sociedade, em vez de ser, como deveria, o conjunto de serviços públicos à disposição do cidadão. Assim sendo, decorridos cerca de cinquenta anos a partir da consagração generalizada do Estado-providência, ficou evidenciado que, em muitos casos, o mesmo levava seja ao Estado totalitário, seja ao Estado ineficaz e falido⁶. O grande desafio atual consiste em reestruturar o Estado, e,

⁴ RAYMUNDO FAORO, *Os Donos do Poder, Formação do Patronato Brasileiro*, 1958, especialmente p. 261 e seguintes.

⁵ Não se trata, todavia, de situação peculiar ao nosso país. Ela também existe na França, por exemplo, como se verifica pela leitura da obra de um grupo de autores intitulada *Pour Nationaliser l’Etat*, Paris, Editions du Seuil, 1968, p. 238.

⁶ PIERRE ROSANVALLON, *La Crise de l’Etat-Providencia*, Paris, Editions du Seuil, 1981. No mesmo sentido William E. Simon, *A time for action*, New York, Berkley Books, 1980.

simultaneamente, fortalecer o funcionamento dos serviços públicos que deve prestar ou regular. Essa reformulação do Estado se impõe a fim de evitar o seu colapso, que até pode significar o fim de uma civilização e a volta dos bárbaros com a qual alguns cientistas políticos nos ameaçam ⁷.

5. Mas, se é preciso reinventar o Estado ⁸, modificar o seu relacionamento com o cidadão, privatizar a sua gestão, retirar-lhe a arrogância e a onipotência, que não se coadunam com a democracia, submetê-lo à estrita obediência das normas jurídicas, também a sociedade deve criar os seus órgãos de colaboração, controle e intervenção na vida estatal, para reassumir a posição, que sempre deveria ter tido, de titular da verdadeira soberania, que pertence à nação. Se algo já se fez para restringir a função do Estado, mediante um esforço válido no campo das privatizações e da desregulamentação da atividade econômica, ao contrário, muito poucas têm sido as iniciativas da sociedade para criar mecanismos e especialmente órgãos de mediação com o Poder Público, para colaborar com a administração, embora o funcionamento das câmaras setoriais, o diálogo crescente entre empresas, sindicatos e órgãos governamentais, a concepção do *ombudsman* ou corregedor do povo e outras idéias análogas indiquem uma tendência neste sentido, que precisa, todavia, ser concretizada, sedimentada e institucionalizada.

6. As afirmações de caráter geral, que acabamos de fazer e que se aplicam à maioria dos países, são ainda mais pertinentes quando se cogita da estrutura do Estado brasileiro. Os sociólogos brasileiros tiveram o ensejo de apontar a manutenção dos *donos do poder*, que continuaram comandando o Estado, formando o chamado *estamento burocrático*, sem que a nação se apropriasse da soberania nacional ⁹. Essa situação se manteve *a grosso modo*, no sistema ditatorial, seja no Estado Novo, seja no regime militar, podendo ter havido mudança das pessoas que exerciam o poder, mas não do sistema, que fazia do Estado patrimonial uma entidade pertencente a um ou a vários grupos, mas sem compromissos com a nação. Já se disse que, no caso, em vez do mandato, que pressupõe a fidelidade do mandatário à vontade do mandante, havia uma simples gestão de negócios, no interesse quase exclusivo do próprio gestor.

B) O Novo Direito Administrativo

“Notre droit administratif classique est un droit du commandement, du privilège, du contrôle et, pour tout dire, de la méfiance. Le droit administratif de

⁷ GUY SORMAN, *En Attendant les Barbares*, Paris, 1992; JACQUES ATTALI, *Lignes d'Horizon*, 1990 e ALAIN MINC, *Le Nouveau Moyen Âge*, Paris, 1993. Sobre as transformações sofridas pelo Estado moderno, existe ampla bibliografia, destacando-se o volume 21 dos *Archives de Philosophie du Droit* publicado em 1976, intitulado *Genèse et Declin de l'Etat*.

⁸ DAVID OSBORNE e TED GAEBLER, *Reinventing Government*, 1992, livro do qual já existe tradução brasileira sob o título *Reinventando o Governo*, 1994.

⁹ RAYMUNDO FAORO, ob. cit.

l'aléatoire, qui s'élabore sous nos yeux, présente et présentera de plus en plus des caractéristiques différentes: ce sera un droit de l'effort commun, encadré par des 'actes collectifs', de l'entraide entre l'Administration et ses partenaires et, pour tout dire, de la confiance."

(ANDRÉ HAURIOU, "Le Droit Administratif de l'Aléatoire", in *Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Tratobas*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 224.)

7. Desenvolveu-se, recentemente, no Direito Administrativo, a teoria dos contratos de colaboração ou de cooperação, que não eram concebíveis no século XIX e que são, em grande parte, o resultado prático da elaboração do "direito da crise" e da sociedade dominada pelas novas tecnologias.

8. Sabemos que o contrato administrativo pode ser de colaboração ou de atribuição. No contrato de colaboração, ou de cooperação, o particular, contratado pela Administração Pública, obriga-se a prestar-lhe determinado serviço ou a realizar determinada obra, como ocorre nos contratos de obras, serviços ou fornecimentos. No contrato de atribuição, a Administração confere ao particular determinadas vantagens ou direitos, como, p. ex., o uso especial de bem público ¹⁰.

9. A colaboração entre a empresa privada e a Administração, direta ou indireta, decorre da necessidade de ser dado ao contrato administrativo maior flexibilidade, em virtude das próprias cláusulas exorbitantes, do atendimento imperativo do interesse público e da evolução tecnológica que tem ocorrido em progressões geométricas nas últimas décadas.

10. Dentro dos limites em que uma determinada obra é realizada pela administração ou para ela, pressupõe-se a possibilidade de ocorrência de situações imprevistas, que devem ser superadas, ou de modificações posteriores unilateralmente impostas pelo Poder Público, que devem repercutir o mínimo possível no ritmo dado à obra, resolvendo-se as consequências das novas situações criadas em compensação ao contratado. Impõe-se, assim, uma relação dinâmica, negociada ou concertada, que se deve estabelecer entre as partes.

11. Ademais, o gigantismo de algumas das obras estatais e a velocidade em que devem ser realizadas, para atender ao interesse público, nem sempre permitem um planejamento prévio e detalhado, tanto no campo técnico como financeiro, obrigando a Administração e o empresário a recorrerem, constantemente, à criatividade para dar soluções aos problemas que surgem ¹¹.

¹⁰ HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 203.

¹¹ Foi o caso do eurotúnel, cujo custo foi muito superior ao previsto inicialmente, mas que somente pôde ser concluído em virtude de se tratar de concessão, na qual as partes negociaram a continuação da obra, recorrendo à arbitragem para fixar as alterações imediatas do contrato, sem prejuízo de uma decisão final na qual se apurariam direitos e deveres das partes. Os próprios Estados concedentes - a França e a

12. Assim sendo, a viabilidade da realização de grandes obras, especialmente quando pioneiras, de tecnologia complexa e de execução demorada, pressupõe um diálogo constante entre o contratante e o contratado, abrangendo as decisões de situações não previstas contratualmente ou daquelas que sofreram profundas mutações, não imputáveis a qualquer das partes e que não se enquadram nos riscos comerciais assumidos pelo construtor. O mesmo acontece com as concessões, especialmente quando são de longo prazo.

13. Deste modo, enquanto o Direito Administrativo do século XIX caracterizou-se pelo seu caráter autoritário e pela possibilidade de predeterminação de todas as situações, num mundo considerado seguro e estável, a rápida evolução tecnológica e financeira, as constantes modificações legais e a impossibilidade de qualquer previsão, a médio ou longo prazo, no plano econômico, exigiram uma reformulação do Direito Administrativo. Este, como os demais ramos da ciência jurídica, passou a constituir um “direito flexível”, na feliz expressão de JEAN CARBONNIER ¹².

14. Em artigo pioneiro, no qual examinou os efeitos do aleatório no Direito Administrativo, o Prof. ANDRÉ HAURIU, da Faculdade de Direito de Paris, salientou, oportunamente, que “a transformação sofrida pelas Ciências não mais se limita às Ciências Naturais. As noções de condicionamento, aleatoriedade e relatividade desenvolvidas pelos matemáticos e que, inicialmente, renovaram a Física e a Química, começam a transformar as Ciências Jurídicas e, em particular, o Direito Administrativo” ¹³.

15. Efetivamente, no passado, todo o esforço dos juristas foi no sentido de evitar as situações aleatórias e de transformá-las, sempre, mediante prévia regulamentação, em situações determinadas. A determinação das prestações constitui, em geral, uma das condições da própria validade do contrato. Por conseguinte, os riscos criados por oscilações do mercado ou pela própria variação das taxas de juros eram, ou podiam ser, previstos e aceitos pelos contratantes, pois as eventuais modificações, sendo diminutas e só ocorrendo paulatinamente, não abalavam a própria estrutura do contrato. A determinação, certeza e intangibilidade das prestações de ambas as partes puderam, por longo período, caracterizar as situações do Direito Administrativo, num mundo economicamente estável.

16. As incertezas decorrentes de mudanças econômicas cada vez mais rápidas, a globalização e a crescente volatilização das economias fizeram, todavia, com que o Direito Administrativo não mais pudesse deixar de

Inglaterra - mudaram as condições, aumentando os prazos da concessão para permitir que a operação fosse rentável. Comparada com a construção, no passado, de obras semelhantes, como a dos canais de Suez e Panamá, o eurotúnel realizou um prodígio quanto ao tempo de sua realização, que se deveu não somente ao progresso tecnológico, mas também ao aprimoramento das normas legais e dos mecanismos jurídicos aplicáveis no caso, que permitiram superar os impasses criados.

¹² JEAN CARBONNIER, *Flexible Droit*, 7ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.

¹³ ANDRÉ HAURIU, “Le Droit Administratif de l’Aléatoire”, in *Mélanges Offerts à Monsieur le Doyen Louis Trotabas*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 198.

reconhecer a crescente importância do aleatório, atribuindo-lhe efeitos específicos para, conforme o caso, rever o contrato ou rescindi-lo, diante de dificuldades novas e imprevistas para a sua execução. Como a rescisão sempre tem efeitos negativos, importando, muitas vezes, em aumentos de custo e prejuízos para ambas as partes, foi introduzida nos contratos de Direito Administrativo uma nova variante, que é a chamada “flexibilidade” (*souplesse* do Direito francês), que significa uma interpretação construtiva e negociada do que foi pactuado, para preencher as eventuais lacunas e superar as dificuldades geradas por normas legais, regulamentares ou contratuais que não previram os fatos da maneira pela qual acabaram acontecendo, ou os efeitos deles decorrentes.

17. Verifica-se, assim, que não só no campo legal, mas também na área contratual, ocorreu a famosa “revolução dos fatos contra o direito”, à qual alude a doutrina francesa ¹⁴.

18. Efetivamente, fundadas na teoria da imprevisão ou nos princípios da boa-fé e da lealdade, que devem inspirar os contratos, a doutrina e a jurisprudência reconheceram a necessidade de permitir a revisão dos contratos administrativos, de tal modo que seus objetivos pudessem ser realizados, considerando-se os reflexos das novas situações criadas e que foram conceituadas, nas várias legislações, como interferências imprevistas (*sujétions imprévues ou changed conditions*), que ocorrem na vida dinâmica da operação.

19. Enquanto no direito privado as eventuais modificações surgidas podem levar à rescisão do contrato, ou à sua paralisação, com base na *exceptio non adimpleti contractus* (art. 1.092 do CC), ao contrário, no campo do Direito Administrativo, vigora, em tese, o princípio da continuidade das obras públicas, que leva à manutenção do contrato, com a necessária recomposição de preços e a eventual dilação de prazos.

20. Entramos, assim, num campo que o Direito francês caracterizou como sendo, na feliz conceituação de BLOCH-LAINÉ, o da economia concertada, na qual, para realizar seus planos, a Administração vê-se obrigada a cumprir suas obrigações de acordo com os princípios da negociação, da boa-fé e do respeito aos compromissos recíprocos das partes ¹⁵.

21. A doutrina recente reconhece que existe, nesses contratos, uma obrigação de cooperação, que é até mais densa no seu conteúdo do que as de boa-fé e de lealdade, pois estas importam, na concepção tradicional, em simples omissão da conduta de má-fé, enquanto aquela impõe um comportamento ativo de lealdade e negociação construtiva. Como bem salienta o Prof. GÉRARD FARJAT, trata-se de uma idéia moderna, que a doutrina invoca cada vez mais

¹⁴ GASTON MORIN, *La Révolte du Droit Contre le Code*, Paris, Sirey, 1945.

¹⁵ FRANÇOIS BLOCH-LAINE, *Pour Une Réforme de L'Entreprise*, Paris, Editions du Seuil, 1963, e ROGER PERCEROU, in Prefácio da obra de MICHEL FLEURIET, *Les Techniques de l'Économie Concertée*, Paris, Sirey, 1974, p. VII. No mesmo sentido, YVES PICOD, *Le Devoir de Loyauté dans l'Exécution du Contrat*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989.

freqüentemente e de acordo com a qual “o contrato não se fundamenta necessariamente em relações antagônicas entre as partes, mas pode ter a sua base numa relação de cooperação”¹⁶. Essa obrigação não se limita a ocorrer no contrato de sociedade, dominado pela *affectio societatis*, e no mandato dado no interesse comum das partes, mas também existe nos casos de colaboração contratual, como os referentes à subempreitada, à concessão exclusiva de venda e a concessão de serviço público.

22. Algumas vezes, o contrato que, por sua natureza, poderia não ser considerado associativo ou de colaboração, passa a sê-lo em virtude da sua própria duração. Assim, nos contratos de trato sucessivo, a cooperação impõe-se para superar as eventuais dificuldades de execução encontradas pelas partes. Neste sentido, manifesta-se o Prof. JEAN CARBONNIER quando escreve:

*“Se se considera que há — ou, no mínimo, que deveria haver — um espírito de associação entre as duas partes no contrato sucessivo, não é absurdo sustentar que ambas devem cooperar para superar a crise surgida na execução do contrato. É esta fórmula de colaboração que parece explicar o sistema seguido pelo Direito Administrativo. Ela enseja as seguintes conseqüências práticas particulares: 1) não deve ocorrer imediatamente a revisão autoritária do juiz, devendo-se convidar previamente as partes para que cheguem a um acordo amigável; 2) na falta de uma solução negociada, o juiz deve encontrar uma solução equitativa...”*¹⁷

23. Ademais, não há conflito entre o espírito de colaboração, que deve inspirar o contrato administrativo, e a existência das cláusulas exorbitantes que o particularizam e o distinguem dos contratos privados. Conforme observou MARCELLO CAETANO:

*“... não há contradição, senão aparente, entre a idéia de associação ou colaboração e a de sujeição, visto que também o contraente público se encontra submetido ao interesse público; não existe, por conseguinte, colaboração possível entre as duas partes sem essa comum sujeição”*¹⁸.

24. No contrato administrativo, muitas vezes as partes estão participando de um verdadeiro contrato associativo, que se caracteriza pela flexibilidade,

¹⁶ GÉRARD FARJAT, *Droit Privé de l'Économie: Théorie des Obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1975, pp. 274-276.

¹⁷ JEAN CARBONNIER, *Théorie des Obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1963, p. 262.

¹⁸ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 1980, t. I, p. 589.

pela organização comum do trabalho e pela possibilidade de, frente às situações econômicas adversas ou imprevisíveis, admitir, necessariamente, soluções negociadas ou renegociadas em relação aos problemas que surgem na execução do acordo inicialmente feito, especialmente tratando-se de contratos de longo prazo.

25. A flexibilidade do Direito Administrativo contemporâneo, no setor econômico e, particularmente, nos aspectos referentes às relações negociais mantidas pelo Estado com os particulares, com vistas à execução de obras vinculadas às concessões de serviços públicos é um dos traços essenciais do Direito Administrativo-Econômico hodierno.

26. Assim, conforme observou ANDRE DE LAUBADERE:

"On considère très généralement que le Droit Administratif Economique est principalement caractérisé par une souplesse que l'on ne rencontre pas, du moins à ce degré, dans les autres parties du Droit Administratif. On ajoute du reste généralement que ce trait se retrouve dans toutes les branches du Droit Economique: en raison des caractéristiques de son milieu propre, en particulier de la matière à laquelle il s'adresse, le Droit Economique aspire à se mouvoir dans le cadre de notions, de règles, de théories moins rigides, moins catégoriques, moins fixes que les autres Droits" ¹⁹.

27. Na realidade, podemos assinalar duas tendências paralelas e complementares. De um lado, flexibiliza-se o direito administrativo, nele incluindo-se fórmulas de direito privado com as adaptações necessárias. De outro, delega-se aos particulares a realização de determinados serviços públicos, de acordo com a regulamentação e sob a fiscalização do Estado, multiplicando-se as parcerias.

28. Já dizia ROGER HOUIN que, num determinado momento, o Estado não se limitou a expropriar os bens dos particulares mas também passou a utilizar as técnicas de direito privado para desenvolver a atividade administrativa, como foi o caso, por exemplo, das sociedades de economia mista ²⁰. Esta maior flexibilidade da administração para alcançar os seus objetivos significa, pois, uma privatização dos métodos de trabalho e da organização de poder público e das entidades administrativas para que possam adquirir maior eficiência. Para tanto, utiliza-se a descentralização sob todas as suas formas, a democratização dos vários procedimentos administrativos, com as audiências públicas que precedem as decisões do Poder Público e amplia-se o controle da sociedade

¹⁹ ANDRE DE LAUBADERE, *Droit Public Economique*, 10ª ed., Paris, Dalloz, 1976, p. 109.

²⁰ R. HOUIN, "La Gestion des Entreprises Publiques et les Méthodes de Droit Commercial", in *Archives des Philosophie du Droit, nouvelle série, La Distinction du Droit Privé et du Droit Public et l'Entreprise Publique*, Paris, Recueil Sirey, 1952, pp. 79-80.

sobre o próprio Estado, seja pela criação do *ombudsman* e de órgãos análogos, seja com a ampliação do controle judiciário e a multiplicação de instrumentos para que possa ser realizado adequadamente.

29. Numerosas são as medidas constitucionais, legais e regulamentares neste sentido. Abrangem desde a Emenda Constitucional nº 19, que determina que o Estado seja eficiente (nova redação dada ao art. 37, *caput*) até a recente reforma da lei societária, que passou a admitir a falência das sociedades de economia mista ao revogar o art. 242 da Lei nº 6.404 ²¹. Com a mesma finalidade, foi elaborada toda a legislação específica das Agências Reguladoras, que gozam de ampla autonomia.

30. Por outro lado, multiplicaram-se as formas de parcerias, com densidade maior ou menor da presença do Estado, quer no caso das concessões, quer em virtude de determinadas privatizações, nas quais se manteve a ação especial do Poder Público também denominada “*golden share*”.

31. Toda essa revolução levou alguns autores a admitirem que, após uma fase de relativa publicização do direito privado, estamos agora flexibilizando, privatizando e democratizando o Direito Administrativo, ou, ao menos, alguns dos seus ramos e, em particular, o Direito Público Econômico e o Direito da Regulação.

32. Há um verdadeiro movimento pendular entre a maior e a menor intervenção do Estado no mercado em decorrência da própria evolução política, econômica e social do mundo. Este movimento pendular tem sido assinalado pela melhor doutrina, tanto no exterior quanto no Brasil. A própria distinção entre o direito público e o direito privado, que continua sendo importante para fins didáticos e para a boa compreensão dos princípios jurídicos básicos, não tem mais a importância que lhe foi atribuída no passado. Temos situações tangentes entre os dois direitos, sendo semi-públicas e semi-privadas, do mesmo modo que existem atos bifaces, com aspectos de Direito Comercial e outros de natureza administrativa, como ocorre em relação a diversos negócios jurídicos realizados no campo do Direito Bancário e nas relações decorrentes da atuação das sociedades de capital aberto ²².

33. A doutrina brasileira tem reconhecido tanto a recente evolução do Direito Administrativo como a importância crescente do direito das parcerias público-privadas, que também tem sido um dos temas desenvolvidos recentemente pela doutrina estrangeira ²³.

²¹ Lei n. 10.303, de 31.10.2001, art. 10.

²² ARNOLDO WALD, “Aspectos Peculiares do Direito Bancário: O Regime Jurídico dos Atos Bifaces”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 48, pp. 5-15, out./dez. 1982.

²³ A doutrina francesa tem examinado as parcerias entre as entidades públicas e a iniciativa privada em vários estudos, dos quais se destacam os seguintes: PAUL LIGNIERES, *Partenariats Publics-Privés*, Paris, Litec, 2000, 361 p.; ISABELLE CHATRIE et JEAN-MICHEL UHALDEBORDE (Dir.), *Partenariat Public-Privé et Développement Territorial*, Paris, Le Monde, 1995, p. 398; HENRY LESGUILLONS e MARCEL SARMET (Dir.), *Financement Privé d’Ouvrages Publics à l’Horizon 1993*, Colloque de Paris des 26 e 27 mars 1990, Paris, FEC, 1991, 325 p. Também tem sido destacada pela doutrina a importância crescente da chamada

34. Examinando o programa da reforma administrativa, o Professor CAIO TÁCITO assinala o seu caráter gerencial e afirma:

“Numerosos são os objetivos explicitados neste programa de Governo. Visando a reconstruir o Estado com o propósito de tornar mais eficientes suas atividades exclusivas, propõe-se igualmente a ampliar a presença de serviços sociais competitivos, transformando-os nas chamadas organizações sociais ...”.

35. E acrescenta:

“Estimula-se a descentralização do aparelho do Estado, com ênfase nos contratos de gestão e a maior cooperação entre Municípios, Estados e a União; mediante consórcios e convênios. Valoriza-se a participação dos usuários na Administração Pública e possibilita-se o acesso da autoridade a informações privilegiadas com o sentido de superar o isolamento burocrático e prover canais de maior circulação em benefício do interesse geral.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista adquirem maior liberdade operacional, sob o regime de direito privado, apenas obrigadas a observar os princípios programáticos enunciados no capítulo do art. 37, para a Administração descentralizada ²⁴.”

36. Em outro estudo intitulado “O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro”, escrito em homenagem ao Professor argentino MIGUEL MARIENHOFF, o Professor CAIO TÁCITO reconhece que:

“A propriedade privada retoma, de certa forma, sua autonomia, obscurecida pela exacerbação do intervencionismo estatal na economia, mas fica nítida a subordinação de sua atividade aos pressupostos da função social que dela se exige.

“atividade de direito privado” da administração, como se verifica por várias monografias italianas, entre as quais se destacam as seguintes: CARLO MARZUOLI, *Principio de Legalità e Attività di Diritto Privato della Pubblica Amministrazione*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1982; ALESSANDRO CROSETTI, *L'Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione: aspetti evolutivi*, Torino, G. Giappichelli, 1984; SALVATORE ALBERTO ROMANO, *L'Attività Privata Degli Enti Pubblici: Problemi Generali, la Capacità Giuridica Privata*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1979. Também tivemos a ocasião de escrever a respeito um artigo intitulado “Dos Contratos Privados Firmados pela Administração Pública”, in *Digesto Econômico*, São Paulo, n. 364, pp. 38-42, jan./fev. 1994 e in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 40, pp. 13-22, dez. 1993.

²⁴ CAIO TÁCITO, “Reforma Administrativa”, in *Carta Mensal*, Rio de Janeiro, jul. 1998, n. 520, pp. 5-6.

Em termos contemporâneos, o direito público passa a refletir – e são modelos desta tendência as novas constituições do final de século – duas vertentes específicas: a política de privatização e de desburocratização da máquina estatal fortalece a associação entre a iniciativa privada e o serviço público ²⁵.”

37. E conclui:

“A abertura da economia e a relativa retirada da presença do Estado na prestação de serviços econômicos é uma das manifestações desta dança do pêndulo entre extremos em busca do equilíbrio estável da perfeição.” ²⁶

38. Assim, não só se admitiu que, na palavra do Professor MASSIMO SEVERO GIANNINI, “el derecho privado, expulsado por la puerta, volvía a entrar por la ventana ²⁷”, como se chegou a falar na “fuga (do direito administrativo) para o direito privado ²⁸”, numa verdadeira reversão das situações.

39. No fundo, tratando-se de reflexos jurídicos de fatos econômicos e de decorrência da globalização, não se deve concluir nem pela privatização do Direito Público, nem pela publicização do Direito Privado, devendo, ao contrário, ser estabelecido um equilíbrio, uma complementação, um *modus vivendi* entre ambos, com a compatibilização das normas e das finalidades dos dois ramos do Direito, cuja razão de ser é a mesma.

40. Mantendo-se, assim, algumas das estruturas tradicionais do Direito Administrativo, em vários campos de sua incidência, em outros deve predominar a flexibilidade com a criação de novos modelos ²⁹. Assim, o Direito Administrativo Econômico deve ter um regime específico e um espírito próprio, ensejando as parcerias público/privadas, cuja importância crescente é atestada

²⁵ CAIO TÁCITO, “O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro”, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 334, abr./jun. 1996, p. 16.

²⁶ Ob. cit., p. 18.

²⁷ Apud CAIO TÁCITO, p. 13.

²⁸ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Fuga para o Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 1996, e, da mesma autora, *Requiem para o Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1990.

²⁹ Neste sentido, escreve ALICE GONZALEZ BORGES que: “O surgimento dessas novas tipologias contratuais, no setor público, expurgados os evidentes exageros e atecniais, não aparece por acaso, antes evidenciando o surgimento de novas necessidades, que as atuais estruturas contratuais já não mais satisfazem. A nosso ver, sinalizam no sentido de estudar-se uma nova dimensão para o modelo brasileiro do contrato administrativo, em nosso ordenamento jurídico, para que, efetivamente, torne-se mais consentâneo com as necessidades de aplicação das novas formas de parceria público-privada, que estão eclodindo por toda a parte”. (ALICE GONZALEZ BORGES, “O Contrato Administrativo Repensado”, in *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*, Salvador, n. 3, p. 15, jul./dez. 1999).

tanto pelos diplomas legislativos, como pelas decisões judiciais e pelos estudos doutrinários ^{30 31}.

C) As Privatizações e o Direito Administrativo. O Direito de Regulação

41. Não há dúvida que o Direito Administrativo influenciou muito as privatizações, como anteriormente as nacionalizações realizadas após a Segunda Guerra Mundial. Ademais, as privatizações também alteraram, em parte, o Direito Administrativo, que deixou de ser aplicado, no campo econômico, aos serviços e sociedades estatais e regula os serviços delegados às pessoas de direito privado. Há, no caso, não só uma transformação da função, mas também da metodologia do Direito Administrativo.

42. Efetivamente, o Direito Administrativo não é mais uma matéria esotérica, desde que considere as regras de direito privado, especialmente as de Direito Comercial. Por outro lado, a maior parte das privatizações seguiu um processo definido em termos multidisciplinares, associando juristas a economistas e administradores.

43. Na preparação e efetivação da privatização, os princípios do Direito Administrativo aplicados garantiram a realização de um processo correto, legal e transparente, considerando todos os candidatos da mesma forma, em quase todos os países, salvo algumas raras exceções. É preciso reconhecer que o Direito Administrativo das privatizações mudou, em relação ao do século XIX, tratando-se de um direito que preconiza a informação mais completa (*full disclosure*), a publicidade dos debates (*public hearing*), a lealdade (*fairness*) do Estado e o diálogo entre as partes. Trata-se, assim, de um direito diferente do Direito Administrativo autoritário tradicional, esotérico, do comando e da disciplina hierárquica, como já salientado por ANDRÉ HAURIOU.

44. Por outro lado, no mundo inteiro, a preparação das privatizações foi precedida pelas criações ou reestruturações de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, através de cisões, aportes de ativos e fusões, que são operações regidas pelo Direito Comercial, especialmente o Direito Societário, que completa, no caso, o Direito Administrativo nesta matéria.

³⁰ A respeito das parcerias na administração brasileira, consulte-se MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, São Paulo, Atlas, 1996; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, "O Sistema de Parceria entre os Setores Público e Privado", in *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 2, pp. 75-81, fev. 1997; FÁBIO GIUSTO MOROLLI, "A Evolução do Direito Público e a Parceria com a Iniciativa Privada", in *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 10, pp. 636-645, out. 1998; SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, "A Parceria no Direito Público da Atualidade", in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (Coord.), *Direito Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, pp. 273-284.

³¹ Defendemos o ressurgimento da concessão como forma de parceria desde a década de 1980 em estudo que chegou a ser considerado como constituindo uma "contribuição histórica" (ALICE GONZALEZ BORGES, "O Ressurgimento das Concessões de Serviços Públicos e a Eclosão de Novas Formas de Contratos Administrativos", in CERDÔNIO QUADROS (Org.), *Nova Dimensão do Direito Administrativo*, São Paulo, NDJ, 1997, p. 10).

45. Pode se dizer que houve uma democratização do Direito Administrativo, que acabou por englobar as técnicas do Direito Societário para atingir o objetivo de privatizar as empresas nas melhores condições possíveis. O interesse geral da Administração, ademais, não foi interpretado da mesma maneira em todos os países. Procura-se, muitas vezes, durante uma privatização, superar as contradições entre a preocupação em fixar o melhor preço para o Estado vendedor e o desejo de instaurar uma concorrência eficaz, ou ainda, de proteger os interesses nacionais através da *"golden share"*, ou meios de defesa contra as ofertas públicas hostis. O legislador, às vezes, por ocasião das privatizações, aspira criar ou desenvolver um mercado de capitais, caracterizado pela existência de numerosos pequenos acionistas e de pulverizar as ações. Finalmente, para certos serviços públicos, pretende-se garantir a realização de importantes investimentos, para manter a continuidade e o desenvolvimento das empresas, a fim de que os usuários se beneficiem das prestações regulares e de boa qualidade. Em outros casos, a preocupação maior é com a modicidade das tarifas.

46. Todos esses fatores fizeram da privatização um processo complexo no qual, ao lado do Direito Administrativo e do Societário, o Direito da Concorrência e os princípios constitucionais intervêm para regular, também, as relações econômicas, sociais e políticas.

47. Essa experiência modificou, num certo sentido, o Direito Administrativo, que já se encontrava em plena evolução, dando-lhe uma nova definição. Por um lado, a Administração se torna mais responsável, mesmo nos países anglo-saxões, onde dominava, antigamente, o princípio segundo o qual *"the King cannot be wrong"* e nos quais prevalece, hoje, o princípio da *accountability*, que corresponde à obrigação de prestar contas, tanto sob o aspecto financeiro quanto de desempenho. O antigo poder discricionário foi corrigido pela lealdade de conduta que é exigida dos servidores públicos e dos administradores privados.

48. De outro lado, a Administração renuncia aos seus privilégios e se submete às regras de Direito Civil e Comercial, em matéria de contratos internacionais ou nacionais. Certos autores consideram até que é o momento de se fazer um *requiem* do contrato administrativo ³², embora não seja essa a nossa visão.

49. Na fase posterior à privatização, o Direito Administrativo é substancialmente modificado, em razão do poder normativo de Agências Reguladoras Independentes. Estamos, assim, diante de uma matéria nova, que se aproxima do Direito Econômico, clamando por sua autonomia. A doutrina discute, principalmente, a terminologia, mas o direito da regulação tem regras próprias aplicadas por um órgão dotado de poderes executivos, quase Legislativo e quase Judiciário, que, em certo sentido, representa melhor a sociedade em geral do que o próprio Estado.

³² MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990.

50. Não se trata mais da aplicação pura e simples do Direito Administrativo, mas da criação de um novo ramo do Direito sobre a regulação, que aspira a uma autonomia e cujo estudo foi recentemente desenvolvido pela doutrina francesa, especialmente por MARIE-ANNE FRISON ROCHE ³³.

51. É um direito muito ligado à Economia, que foi desenvolvido pelos mercados e que exerce uma grande influência sobre estes dois campos. A complexidade e a sofisticação crescentes da sociedade conduziram a uma especialização, dir-se-ia mesmo uma reestruturação do Direito, definindo novos ramos, diminuindo um pouco o rigor e a divisão tradicional entre o Direito Privado e Direito Público, apesar da sua manutenção em razão de seu valor didático.

52. O desenvolvimento da economia e dos mercados suscitaram soluções que conduziram ao reexame do direito que lhes é aplicável. O direito dos serviços públicos privatizados é, pois, um Direito Administrativo especial, que apresenta várias particularidades e que se aplica de um modo relativamente uniforme a todos os serviços públicos sujeitos à regulação, sejam ou não explorados por pessoas privadas sob a forma de serviços delegados.

53. Numa época em que se discute as consequências da globalização e do neo-liberalismo, os juristas devem conciliar a eficácia dos mercados e, por outro lado, a Justiça e a equidade. Pode-se dizer que, talvez, seja necessário ultrapassar a antiga oposição entre o Estado e o mercado, para definir um novo equilíbrio entre os mercados e o Direito. ALAIN MINC escreveu recentemente que

"O mercado sem o Direito é a selva (...). A regra sem o mercado, é a imobilidade" ³⁴.

54. Quando o Estado não tem mais recursos necessários para ser onipresente e as necessidades sociais são cada vez mais prementes, a parceria se impõe em todas as atividades nas quais o Poder Público não tenha função vinculada à soberania. As diversas formas de parceria permitem desenvolver a captação de recursos privados e o desenvolvimento de novas tecnologias no interesse geral. Mas, para que este sistema funcione, é preciso um Direito da Regulação que possa garantir a exploração do serviço no interesse geral.

55. Numa nova economia ou numa economia tradicional alterada pelas mais modernas tecnologias e pelo *new management*, o Direito Administrativo deve abranger as delegações dos serviços públicos, quer dizer dos setores onde o Estado, que, antes, era simultaneamente operador e regulador, e que passa

³³ MARIE-ANNE FRISON ROCHE, *Droit administratif de l'économie*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1996.

³⁴ ALAIN MINC, www.capitalisme.fr, Paris, Bernard Grasset, 2000, pp. 54 *in fine* e 55.

agora a ser simples regulador. Trata-se de um Direito Administrativo transparente e flexível, democrático e participativo, conciliando os interesses do Estado, das empresas e dos usuários. É a condição para poder submeter a economia à ética, o que constitui a missão primordial do Direito.

SP. 30.09.2002

Sumário

1. Introdução

2. Características

2.1. Situação do direito

2.2. Elemento de aplicação da personalidade jurídica

2.3. Inalienabilidade do direito administrativo

2.4. Pessoa jurídica do Estado do direito administrativo

2.5. Soberania e lei delegada

2.6. Teoria da lei delegada

2.7. Aval parcial e autônomo

2.8. Poder geral dos órgãos de crédito e avaliação

3. Conclusão

4. Bibliografia

5. Anexos

6. Referências

7. Notas

8. Glossário

9. Índice

10. Apêndice

11. Anexos

12. Referências

13. Notas

14. Glossário

15. Índice

16. Apêndice

17. Anexos

18. Referências

19. Notas

20. Glossário

21. Índice

22. Apêndice

23. Anexos

24. Referências

25. Notas

26. Glossário

27. Índice

28. Apêndice

29. Anexos

30. Referências

31. Notas

32. Glossário

33. Índice

34. Apêndice

35. Anexos

36. Referências

37. Notas

38. Glossário

39. Índice

40. Apêndice

41. Anexos

42. Referências

43. Notas

44. Glossário

45. Índice

46. Apêndice

47. Anexos

48. Referências

49. Notas

50. Glossário

51. Índice

52. Apêndice

53. Anexos

54. Referências

55. Notas

56. Glossário

57. Índice

58. Apêndice

59. Anexos

60. Referências

61. Notas

62. Glossário

63. Índice

64. Apêndice

65. Anexos

66. Referências

67. Notas

68. Glossário

69. Índice

70. Apêndice

71. Anexos

72. Referências

73. Notas

74. Glossário

75. Índice

76. Apêndice

77. Anexos

78. Referências

79. Notas

80. Glossário

81. Índice

82. Apêndice

83. Anexos

84. Referências

85. Notas

86. Glossário

87. Índice

88. Apêndice

89. Anexos

90. Referências

91. Notas

92. Glossário

93. Índice

94. Apêndice

95. Anexos

96. Referências

97. Notas

98. Glossário

99. Índice

100. Apêndice

101. Anexos

102. Referências

103. Notas

104. Glossário

105. Índice

106. Apêndice

107. Anexos

108. Referências

109. Notas

110. Glossário

111. Índice

112. Apêndice

113. Anexos

114. Referências

115. Notas

116. Glossário

117. Índice

118. Apêndice

119. Anexos

120. Referências

121. Notas

122. Glossário

123. Índice

124. Apêndice

125. Anexos

126. Referências

127. Notas

128. Glossário

129. Índice

130. Apêndice

131. Anexos

132. Referências

133. Notas

134. Glossário

135. Índice

136. Apêndice

137. Anexos

138. Referências

139. Notas

140. Glossário

141. Índice

142. Apêndice

143. Anexos

144. Referências

145. Notas

146. Glossário

147. Índice

148. Apêndice

149. Anexos

150. Referências

151. Notas

152. Glossário

153. Índice

154. Apêndice

155. Anexos

156. Referências

157. Notas

158. Glossário

159. Índice

160. Apêndice

161. Anexos

162. Referências

163. Notas

164. Glossário

165. Índice

166. Apêndice

167. Anexos

168. Referências

169. Notas

170. Glossário

171. Índice

172. Apêndice

173. Anexos

174. Referências

175. Notas

176. Glossário

177. Índice

178. Apêndice

179. Anexos

180. Referências

181. Notas

182. Glossário

183. Índice

184. Apêndice

185. Anexos

186. Referências

187. Notas

188. Glossário

189. Índice

190. Apêndice

191. Anexos

192. Referências

193. Notas

194. Glossário

195. Índice

196. Apêndice

197. Anexos

198. Referências

199. Notas

200. Glossário

201. Índice

202. Apêndice

203. Anexos

204. Referências

205. Notas

206. Glossário

207. Índice

208. Apêndice

209. Anexos

210. Referências

211. Notas

212. Glossário

213. Índice

214. Apêndice

215. Anexos

216. Referências

217. Notas

218. Glossário

219. Índice

220. Apêndice

221. Anexos

222. Referências

223. Notas

224. Glossário

225. Índice

226. Apêndice

227. Anexos

228. Referências

229. Notas

230. Glossário

231. Índice

232. Apêndice

233. Anexos

234. Referências

235. Notas

236. Glossário

237. Índice

238. Apêndice

239. Anexos

240. Referências

241. Notas

242. Glossário

243. Índice

244. Apêndice

245. Anexos

246. Referências

247. Notas

248. Glossário

249. Índice

250. Apêndice

251. Anexos

252. Referências

253. Notas

254. Glossário

255. Índice

256. Apêndice

257. Anexos

258. Referências

259. Notas

260. Glossário

261. Índice

262. Apêndice

263. Anexos

264. Referências

265. Notas

266. Glossário

267. Índice

268. Apêndice

269. Anexos

270. Referências

271. Notas

272. Glossário

273. Índice

274. Apêndice

275. Anexos

276. Referências

277. Notas

278. Glossário

279. Índice

280. Apêndice

281. Anexos

282. Referências

283. Notas

284. Glossário

285. Índice

286. Apêndice

287. Anexos

288. Referências

289. Notas

290. Glossário

291. Índice

292. Apêndice

293. Anexos

294. Referências

295. Notas

296. Glossário

297. Índice

298. Apêndice

299. Anexos

300. Referências

301. Notas

302. Glossário

303. Índice

304. Apêndice

305. Anexos

306. Referências

307. Notas

308. Glossário

309. Índice

310. Apêndice

311. Anexos

312. Referências

313. Notas

314. Glossário

315. Índice

316. Apêndice

317. Anexos

318. Referências

319. Notas

320. Glossário

321. Índice

322. Apêndice

323. Anexos

324. Referências

325. Notas

326. Glossário

327. Índice

328. Apêndice

329. Anexos

330. Referências

331. Notas

332. Glossário

333. Índice

334. Apêndice

335. Anexos

336. Referências

337. Notas

338. Glossário

339. Índice

340. Apêndice

341. Anexos

342. Referências

343. Notas

344. Glossário

345. Índice

346. Apêndice

347. Anexos

348. Referências

349. Notas

350. Glossário

351. Índice

352. Apêndice

353. Anexos

354. Referências

355. Notas

356. Glossário

357. Índice

358. Apêndice

359. Anexos

360. Referências

361. Notas

362. Glossário

363. Índice

364. Apêndice

365. Anexos

366. Referências

367. Notas

368. Glossário

369. Índice

370. Apêndice

371. Anexos

372. Referências

373. Notas

374. Glossário

375. Índice

376. Apêndice

377. Anexos

378. Referências

379. Notas

380. Glossário

381. Índice

382. Apêndice

383. Anexos

384. Referências

385. Notas

386. Glossário

387. Índice

388. Apêndice

389. Anexos

390. Referências

391. Notas

392. Glossário

393. Índice

394. Apêndice

395. Anexos

396. Referências

397. Notas

398. Glossário

399. Índice

400. Apêndice

401. Anexos

402. Referências

403. Notas

404. Glossário

405. Índice

406. Apêndice

407. Anexos

408. Referências

409. Notas

410. Glossário

411. Índice

412. Apêndice

413. Anexos

414. Referências

415. Notas

416. Glossário

417. Índice

418. Apêndice

419. Anexos

420. Referências

421. Notas

422. Glossário

423. Índice

424. Apêndice

425. Anexos

426. Referências

427. Notas

428. Glossário

429. Índice

430. Apêndice

431. Anexos

432. Referências

433. Notas

434. Glossário

435. Índice

436. Apêndice

437. Anexos

438. Referências

439. Notas

440. Glossário

441. Índice

442. Apêndice

443. Anexos

444. Referências

445. Notas

446. Glossário

447. Índice

448. Apêndice

449. Anexos

450. Referências

451. Notas

452. Glossário

453. Índice

454. Apêndice

455. Anexos

456. Referências

457. Notas

458. Glossário

459. Índice

460. Apêndice

461. Anexos

462. Referências

463. Notas

464. Glossário

465. Índice

466. Apêndice

467. Anexos

468. Referências

469. Notas

470. Glossário

471. Índice

472. Apêndice

473. Anexos

474. Referências

475. Notas

476. Glossário

477. Índice

478. Apêndice

479. Anexos

480. Referências

481. Notas

482. Glossário

483. Índice

484. Apêndice

485. Anexos

486. Referências

487. Notas

488. Glossário

489. Índice

490. Apêndice

491. Anexos

492. Referências

493. Notas

494. Glossário

495. Índice

496. Apêndice

497. Anexos

498. Referências

499. Notas

500. Glossário

501. Índice

502. Apêndice

503. Anexos

504. Referências

505. Notas

506. Glossário

507. Índice

508. Apêndice

509. Anexos

510. Referências

511. Notas

512. Glossário

513. Índice

514. Apêndice

515. Anexos

516. Referências

517. Notas

518. Glossário

519. Índice

520. Apêndice

521. Anexos

522. Referências

523. Notas

524. Glossário

525. Índice

526. Apêndice

527. Anexos

528. Referências

529. Notas

530. Glossário

531. Índice

532. Apêndice

533. Anexos

534. Referências

535. Notas

536. Glossário

537. Índice

538. Apêndice

539. Anexos

540. Referências

541. Notas

542. Glossário

543. Índice

544. Apêndice

545. Anexos

546. Referências

547. Notas

548. Glossário

549. Índice

550. Apêndice

551. Anexos

552. Referências

553. Notas

554. Glossário

555. Índice

556. Apêndice

557. Anexos

558. Referências

559. Notas

560. Glossário

561. Índice

562. Apêndice

563. Anexos

564. Referências

565. Notas

566. Glossário

567. Índice

568. Apêndice

569. Anexos

570. Referências

571. Notas

572. Glossário

573. Índice

574. Apêndice

575. Anexos

576. Referências

577. Notas

578. Glossário

579. Índice

580. Apêndice

581. Anexos

582. Referências

583. Notas

584. Glossário

585. Índice

586. Apêndice

587. Anexos

588. Referências

589. Notas

590. Glossário

591. Índice

592. Apêndice

593. Anexos

594. Referências

595. Notas

596. Glossário

597. Índice

598. Apêndice

599. Anexos

600. Referências

601. Notas

602. Glossário

603. Índice

604. Apêndice

605. Anexos

606. Referências

607. Notas

608. Glossário

609. Índice

610. Apêndice

611. Anexos

612. Referências

613. Notas

614. Glossário

615. Índice

616. Apêndice

617. Anexos

618. Referências

619. Notas

620. Glossário

621. Índice

622. Apêndice

623. Anexos

624. Referências

625. Notas

626. Glossário

627. Índice

628. Apêndice

629. Anexos

630. Referências

631. Notas

632. Glossário

633. Índice

634. Apêndice

635. Anexos

636. Referências

637. Notas

638. Glossário

639. Índice

640. Apêndice

641. Anexos

642. Referências

643. Notas

644. Glossário

645. Índice

646. Apêndice

647. Anexos

648. Referências

649. Notas

650. Glossário

651. Índice

652. Apêndice

653. Anexos

654. Referências

655. Notas

656. Glossário

657. Índice

658. Apêndice

659. Anexos

660. Referências

661. Notas

662. Glossário

663. Índice

664. Apêndice

665. Anexos

666. Referências

667. Notas

668. Glossário

669. Índice

670. Apêndice

671. Anexos

672. Referências

673. Notas

674. Glossário

675. Índice

676. Apêndice

677. Anexos

678. Referências

679. Notas

680. Glossário

681. Índice

682. Apêndice

683. Anexos

684. Referências

685. Notas

686. Glossário

687. Índice

688. Apêndice

689. Anexos

690. Referências

691. Notas

692. Glossário

693. Índice

694. Apêndice

695. Anexos

696. Referências

697. Notas

698. Glossário

699. Índice

700. Apêndice

701. Anexos

702. Referências

703. Notas

704. Glossário

705. Índice

706. Apêndice

707. Anexos

708. Referências

709. Notas

710. Glossário

711. Índice

712. Apêndice

713. Anexos

714. Referências

715. Notas

716. Glossário

717. Índice

718. Apêndice

719. Anexos

720. Referências

721. Notas

722. Glossário

723. Índice

724. Apêndice

725. Anexos

726. Referências

727. Notas

728. Glossário

729. Índice

730. Apêndice

731. Anexos

732. Referências

733. Notas

734. Glossário

735. Índice

736. Apêndice

737. Anexos

738. Referências

739. Notas

740. Glossário

741. Índice

742. Apêndice

743. Anexos

744. Referências

745. Notas

746. Glossário

747. Índice

748. Apêndice

749. Anexos

750. Referências

751. Notas

752. Glossário

753. Índice

754. Apêndice

755. Anexos

756. Referências

757. Notas

758. Glossário

759. Índice

760. Apêndice

761. Anexos

762. Referências

763. Notas

764. Glossário

765. Índice

766. Apêndice

767. Anexos

768. Referências

769. Notas

770. Glossário

771. Índice

772. Apêndice

773. Anexos

774. Referências

775. Notas

776. Glossário

777. Índice

778. Apêndice

779. Anexos

780. Referências

781. Notas

782. Glossário

783. Índice

784. Apêndice

785. Anexos

786. Referências

787. Notas

788. Glossário

789. Índice

790. Apêndice

791. Anexos

792. Referências

793. Notas

794. Glossário

795. Índice

796. Apêndice

797. Anexos

798. Referências

799. Notas

800. Glossário

801. Índice

802. Apêndice

803. Anexos

804. Referências

805. Notas

806. Glossário

807. Índice

808. Apêndice

809. Anexos

810. Referências

811. Notas

812. Glossário

813. Índice

814. Apêndice

815. Anexos

816. Referências

817. Notas

818. Glossário

819. Índice

820. Apêndice

821. Anexos

822. Referências

823. Notas

824. Glossário

825. Índice

826. Apêndice

827. Anexos

828. Referências

829. Notas

830. Glossário

831. Índice

832. Apêndice

833. Anexos

834. Referências

835. Notas

836. Glossário

837. Índice

838. Apêndice

839. Anexos

840. Referências

841. Notas

842. Glossário

843. Índice

844. Apêndice

845. Anexos

846. Referências

847. Notas

848. Glossário

849. Índice

850. Apêndice

851. Anexos

852. Referências

853. Notas

854. Glossário

855. Índice

856. Apêndice

857. Anexos

858. Referências

859. Notas

860. Glossário

861. Índice

862. Apêndice

863. Anexos

864. Referências

865. Notas

866. Glossário

867. Índice

868. Apêndice

869. Anexos

870. Referências

871. Notas

872. Glossário

873. Índice

874. Apêndice

875. Anexos

876. Referências

877. Notas

878. Glossário

879. Índice

880. Apêndice

881. Anexos

882. Referências

883. Notas

884. Glossário

885. Índice

886. Apêndice

887. Anexos

888. Referências

889. Notas

890. Glossário

891. Índice

892. Apêndice

893. Anexos

894. Referências

895. Notas

896. Glossário

897. Índice

898. Apêndice

899. Anexos

900. Referências

901. Notas

902. Glossário

903. Índice

904. Apêndice

905. Anexos

906. Referências

907. Notas

908. Glossário

909. Índice

910. Apêndice

911. Anexos

912. Referências

913. Notas

914. Glossário

915. Índice

916. Apêndice

917. Anexos

918. Referências

919. Notas

920. Glossário

921. Índice

922. Apêndice

923. Anexos

924. Referências

925. Notas

926. Glossário

927. Índice

928. Apêndice

929. Anexos

930. Referências

931. Notas

932. Glossário

933. Índice

934. Apêndice

935. Anexos

936. Referências

937. Notas

938. Glossário

939. Índice

940. Apêndice

941. Anexos

942. Referências

943. Notas

944. Glossário

945. Índice

946. Apêndice

947. Anexos

948. Referências

949. Notas

950. Glossário

951. Índice

952. Apêndice

953. Anexos

954. Referências

955. Notas

956. Glossário

957. Índice

958. Apêndice

959. Anexos

960. Referências

961. Notas

962. Glossário

963. Índice

964. Apêndice

965. Anexos

966. Referências

967. Notas

968. Glossário

969. Índice

970. Apêndice

971. Anexos

972. Referências

973. Notas

974. Glossário

975. Índice

976. Apêndice

977. Anexos

978. Referências

979. Notas

980. Glossário

981. Índice

982. Apêndice

983. Anexos

984. Referências

985. Notas

986. Glossário

987. Índice

988. Apêndice

989. Anexos

990. Referências

991. Notas

992. Glossário

993. Índice

994. Apêndice

995. Anexos

996. Referências

997. Notas

998. Glossário

999. Índice

1000. Apêndice

1001. Anexos

1002. Referências

1003. Notas

1004. Glossário

1005. Índice

1006. Apêndice

1007. Anexos

1008. Referências

1009. Notas

1010. Glossário

1011. Índice

1012. Apêndice

1013. Anexos

1014. Referências

1015. Notas

1016. Glossário

1017. Índice

1018. Apêndice

1019. Anexos

1020. Referências

1021. Notas

1022. Glossário

1023. Índice

1024. Apêndice

1025. Anexos

1026. Referências

1027. Notas

1028. Glossário

1029. Índice

1030. Apêndice

1031. Anexos

1032. Referências

1033. Notas

1034. Glossário

1035. Índice

1036. Apêndice

1037. Anexos

1038. Referências

1039. Notas

1040. Glossário

1041. Índice

1042. Apêndice

1043. Anexos

1044. Referências

1045. Notas

1046. Glossário

1047. Índice

1048. Apêndice

1049. Anexos

1050. Referências

1051. Notas

1052. Glossário

1053. Índice

1054. Apêndice

1055. Anexos

1056. Referências

1057. Notas

1058. Glossário

1059. Índice

1060. Apêndice

1061. Anexos

1062. Referências

1063. Notas

1064. Glossário

1065. Índice

1066. Apêndice

1067. Anexos

1068. Referências

1069. Notas

1070. Glossário

1071. Índice

1072. Apêndice

1073. Anexos

1074. Referências

1075. Notas

1076. Glossário

1077. Índice

1078. Apêndice

1079. Anexos

1080. Referências

1081. Notas

1082. Glossário

1083. Índice

1084. Apêndice

1085. Anexos

1086. Referências

1087. Notas

1088. Glossário

1089. Índice

1090. Apêndice

1091. Anexos

1092. Referências

1093. Notas

1094. Glossário

1095. Índice

1096. Apêndice

1097. Anexos

1098. Referências

1099. Notas

1100. Glossário

1101. Índice

1102. Apêndice

1103. Anexos

1104. Referências

1105. Notas

1106. Glossário

1107. Índice

1108. Apêndice

1109. Anexos

1110. Referências

1111. Notas

1112. Glossário

1113. Índice

1114. Apêndice

1115. Anexos

Sumário :

1. Intróito;
2. Incongruências;
 - 2.1. Situação do menor;
 - 2.2. Momento de aquisição da personalidade jurídica;
 - 2.3. Inalienabilidade do nome empresarial;
 - 2.4. Pessoa jurídica como sócia-administradora;
 - 2.5. Sociedade entre cônjuges;
 - 2.6. Teoria *ultra vires societatis*;
 - 2.7. Aval parcial e endosso;
 - 2.8. Parte geral dos títulos de crédito e os títulos virtuais.

1. INTRÓITO

Está em período de *vacatio legis* a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que, entre os operadores do direito, está sendo mais conhecida como o "Novo" Código Civil, sendo certo que, se nenhuma alteração for feita, entrará plenamente em vigor em janeiro de 2003.

Este diploma legal, apesar de "novo", acabará revogando várias leis, inclusive, a primeira parte da Lei nº 556/1850 (Código Comercial).

Não há dúvidas de que, em pleno século XXI, a Lei nº 10.406 retrata a falta de visão e capacidade jurídica do Poder Legislativo, vez que dá ensejo a várias incongruências, a começar pelo fato de o Direito empresarial e Cambiário (parte geral) constar no Código Civil. Será que o legislador procurou a difícil unificação do direito Privado? Qual a finalidade desta disciplina? Será que, para o direito brasileiro adotar a teoria da empresa, deveria esta estar disciplinada no Código Civil? Não seria melhor uma reforma total no Código Comercial do século XIX ?

Bom, certo é que o "Novo Código Civil" deixa de enfrentar algumas questões bastantes controvertidas na doutrina e na jurisprudência e, às vezes, acaba optando pela posição menos aconselhável.

2. INCONGRUÊNCIAS

2.1 - SITUAÇÃO DO MENOR

Atualmente, em razão do disposto no artigo 9º, p. único, do Código Civil de 1916, a menoridade civil cessa aos 21 (vinte e um) anos completos, sendo que uma das hipóteses de o menor emancipar-se é o fato de o mesmo estabelecer-se comercialmente com economia própria, havendo controvérsia sobre o limite etário mínimo, ou seja, se a partir dos dezesseis ou dezoito anos. Neste contexto, levando-se em consideração o art. 3º, inciso II, do Decreto-lei nº 7.661/1945, que admite a falência do menor desde que tenha mais de dezoito anos, e a maioridade penal, que começa aos dezoito anos, filiamo-nos à posição que defende o limite etário mínimo de dezoito anos, com fundamento em uma interpretação sistemática.

A questão torna-se problemática no momento em que o denominado "Novo Código Civil", no artigo 5º, altera a maioridade civil para dezoito anos de idade completos, sendo que no parágrafo único, inciso V, passa admitir expressamente a emancipação do menor, desde que devidamente estabelecido comercialmente, tenha economia própria e *dezesseis anos de idade completos*.

Desta forma, poderíamos concluir que o legislador civilista, sem analisar a atual Lei de Falências (art. 3º, inciso II, do Decreto-Lei nº 7.661/1945), passou a admitir a emancipação aos dezesseis anos? E em sendo positiva a resposta, a falência poderá ser decretada?

Não há dúvidas de que urge que a Lei de Falências seja reformada, valendo registrar que está em tramitação no Poder Legislativo um projeto de Lei de Falências e Concordatas, que já foi chamado de projeto de Lei de Liquidação Judicial e Recuperação. No entanto, este projeto, dificilmente, tornar-se-á lei antes da entrada em vigor do "Novo Código Civil". Ademais, mesmo que entre em vigor, de toda sorte haverá uma incongruência do "Novo Código Civil" com o Código Penal, vez que, mesmo que o menor venha a emancipar-se com dezesseis anos de idade e seja admissível o decreto falimentar, mesmo assim, em eventual cometimento de crime falimentar, este menor emancipado não poderá ser responsabilizado criminalmente, diante do critério biológico adotado quanto à menoridade penal.

Nesta linha de raciocínio, o menor emancipado pela atividade empresarial aos dezesseis anos terá capacidade civil plena, capacidade falimentar, após a reforma da legislação falimentar, mas, penalmente, será inimputável. E se o menor der um "rombo" no mercado? Nada sofrerá ou responderá a processo sócio-educativo junto ao r. Juízo da Infância e da Juventude?

Ora, das duas uma: ou se altera o "Novo Código Civil" ou terá que ser alterada a maioridade penal!

Ainda sobre a questão do menor, o "Novo Código Civil" deixou de analisar a possibilidade de o menor poder ser sócio de uma sociedade, ressaltando que,

atualmente, a questão é controvertida na doutrina e na jurisprudência no tocante às sociedades limitadas. Já no tocante às sociedades reguladas no Código Comercial, este diploma legal veda expressamente, no artigo 308, a participação do menor como sócio da sociedade.

Mas e com o "Novo Código Civil"? Da mesma forma que o Código Civil de 1916, o novel diploma legislativo, no artigo 104, preceitua que, como um dos requisitos de validade do negócio jurídico, no caso o contrato social, tem-se a capacidade do agente, fazendo crer que o menor não emancipado, por ser incapaz, não poderá ser sócio de sociedade. No entanto, aquela controvérsia, apesar dos longos anos, continuará subsistindo no século XXI, até porque o Código Civil de 1916 também exigia agente capaz para o contrato ser válido (art. 81) e, mesmo assim, tem-se a divergência doutrinária e jurisprudencial.

2.2 - MOMENTO DA AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Atualmente, antes da entrada em vigor do "Novo Código Civil", há controvérsia quanto a aquisição da personalidade jurídica pela sociedade comercial, predominando o entendimento de que tal ocorre com o devido arquivamento do ato constitutivo na junta empresarial (arts. 16 e 18, ambos do Código Civil de 1916). No entanto, há quem defenda que, com a simples constituição, elaboração do ato constitutivo, já há a aquisição da personalidade jurídica, sendo que o registro é importante para que a sociedade possa funcionar de forma regular.

Após décadas, esta controvérsia continuará sendo atual, mesmo após janeiro de 2003, vez que o artigo 985 do "Novo Código Civil", de forma expressa, dispõe que a sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos; além do mais, o artigo 45 do mesmo diploma legal, de forma categórica, preceitua que a existência legal das sociedades privadas começa com a inscrição. Portanto, tal diploma legal faz crer, aparentemente, que a personalidade jurídica é adquirida com o registro.

No entanto, o próprio legislador civilista, quando dispõe sobre as sociedades em comum (leia-se irregulares ou de fato) no artigo 990, de forma também categórica, preceitua que os sócios destas sociedades têm responsabilidade solidária e ilimitada, sendo que está excluído do benefício de ordem (em outras palavras, não possuirá responsabilidade subsidiária) apenas aquele sócio que contratou pela sociedade, apresentando-a. Em sendo assim, os demais sócios que não contrataram pela sociedade terão responsabilidade subsidiária, o que significa dizer que os credores da sociedade deverão executar primeiramente o patrimônio desta e, se for o caso, executarão, de forma ilimitada, os bens dos sócios. Há, portanto, benefício de excussão, o que evidencia a existência de autonomia patrimonial, isto é, o patrimônio da sociedade não se confunde com os patrimônios dos sócios, salvo o do sócio que contratou pela sociedade. Assim, objetivamente, o legislador civilista acabou acolhendo a teoria da personalidade jurídica, prevista atualmente no artigo 20 do Código Civil de 1916.

Portanto, apesar de o “Novo Código Civil” procurar fazer crer que as sociedades em comum são despersonalizadas, pois exige o registro para a aquisição da personalidade jurídica e acaba por tratá-las no capítulo “Da Sociedade Não Personalizada”, acaba por admitir a autonomia patrimonial, que é o substrato da teoria da personificação.

Ademais, no tocante à sociedade em conta de participação, que é uma sociedade sem personalidade jurídica, o próprio “Novo Código Civil”, no artigo 993, admite que a mesma possa ser registrada, mas preceitua que tal registro não irá conferir personalidade jurídica.

Conclui-se, assim, que a controvérsia subsistirá em pleno século XXI !

2.3 - INALIENABILIDADE DO NOME EMPRESARIAL

O nome empresarial é o elemento de identificação do empresário individual ou coletivo, que admite duas espécies, quais sejam : firma ou denominação.

Nosso ordenamento jurídico, de forma expressa, no artigo 34 da Lei nº 8.934/1994, acolheu o sistema da autenticidade ou veracidade das firmas, em que, para formar a firma individual ou coletiva, deve-se observar o nome da pessoa natural (empresário individual) ou dos sócios (sociedade empresária). Do contrário, o nome será inautêntico.

Já com relação à denominação, que identifica a sociedade anônima e pode identificar as sociedades por quotas de responsabilidade limitada (ou simplesmente limitada) e as sociedades em comandita por ações, não se adota o sistema da autenticidade. Em sendo assim, se for transferida uma sociedade, esta poderá continuar com a mesma denominação, não havendo óbice na alienação da denominação, até porque não há que se cogitar de autenticidade nem, muito menos, de caráter personalíssimo.

No entanto, o “Novo Código Civil”, nos arts. 1.155 ao 1.168, resolveu disciplinar o nome empresarial: no artigo 1.155, de forma clara e abrangente, preceitua que o “nome empresarial” pode ser firma ou denominação e, no art. 1.164, de forma cristalina, preceitua que o “nome empresarial não pode ser objeto de alienação” (grifei).

Ora, deve-se compatibilizar tal dispositivo com o sistema da autenticidade das firmas, devendo-se indagar : Qual a razão de se vedar a alienação da denominação se esta não tem caráter personalíssimo?

2.4 - PESSOA JURÍDICA COMO SÓCIA-ADMINISTRADORA

É certo e sabido que a sociedade empresária, em regra, deve ser formada por duas ou mais pessoas, sendo a pluralidade de sócios um pressuposto de existência da sociedade, não havendo dúvidas de que o sócio pode ser pessoa natural ou jurídica, dependendo do tipo societário, até porque o art. 2º, § 3º, da

Lei nº 6.404/1976, admite, expressamente, que a sociedade anônima possa ter por objeto a participação em outras sociedades.

Desta forma, não há controvérsia quanto à possibilidade de uma pessoa jurídica ser sócia de uma sociedade empresária (limitada e por ações). No entanto, no tocante à possibilidade de ser sócia-administradora (presentante), a questão não é tão simples.

No caso da sociedade em nome coletivo, esta é formada apenas por pessoas naturais (art. 1039 do NCC), o que demonstra que o legislador não quis que pessoa jurídica fosse sócia-administradora.

Em relação à sociedade em comandita simples, os sócios-administradores são os comanditados, necessariamente pessoas naturais (art. 1045 do NCC).

Ademais, estas sociedades, em caso de omissão, passam a ser disciplinadas pelas regras das sociedades simples (arts. 1040 e 1045, ambos do NCC). Em sendo assim, aplica-se-lhes, se for o caso, o disposto no artigo 977, inciso VI, do "Novo Código Civil", que exige que a administração seja feita por pessoas naturais.

Mas e no caso da sociedade limitada?

Atualmente, a questão é controvertida, havendo entendimentos nos dois sentidos. Porém, o "Novo Código Civil", ao invés de enfrentar a questão, acabou omitindo-se pois, no artigo 1.060, fez constar apenas que a sociedade limitada é administrada por uma ou mais *pessoas*, sem esclarecer se natural e/ou jurídica, como fez com as demais sociedades.

Cremos que o entendimento mais acertado é pela admissibilidade da gestão por sócio pessoa jurídica, mas por que o "Novo Código Civil" não colocou uma "pá de cal" na questão?

2.5 - SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES

A mulher casada, com o advento da Lei nº 4.121/1962, passou a ser plenamente capaz, podendo exercer a atividade empresária como empresária individual sem a necessidade da autorização do marido. Após, o artigo 5º da Constituição da República, de forma categórica, também admitiu igualdade de direitos entre homens e mulheres. Portanto, a mulher casada pode ser empresária individual e pode também falir (art. 3º do Decreto-lei nº 7.661/1945), assim como pode ser sócia de sociedade empresária.

Porém, quanto à possibilidade de ser constituída sociedade empresária entre cônjuges, o entendimento prevalente na doutrina e na jurisprudência é de que não há qualquer óbice para ocorrer tal constituição, não havendo qualquer violação ao regime matrimonial de bens, mesmo que este seja o da comunhão universal, até porque o art. 3º da Lei nº 4.121/1962 destaca bem os patrimônios dos cônjuges.

No entanto, o "Novo Código Civil", no artigo 977, de forma expressa, passará a admitir a constituição de sociedade apenas entre cônjuges, porém de forma condicionada, ou seja, desde que o regime matrimonial de bens não seja da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória de bens.

Diante da redação do art. 3º da Lei nº 4.121/1962, que destaca bem o patrimônio dos cônjuges, mesmo que o regime matrimonial de bens seja o da comunhão universal, do ponto de vista jurídico, despidiendola a subordinação à condição. Com a devida vênia, disse demais. Pergunta-se: Por que?

2.6 - TEORIA *Ultra Vires Societatis*

Esta teoria surgiu na jurisprudência inglesa, no século XIX, segundo a qual, se o administrador, ao praticar atos de gestão, violar o objeto social (objeto-atividade e objeto-lucro) delimitado no ato constitutivo, este ato *ultra vires societatis* não poderá ser imputado à sociedade, sendo considerado, segundo alguns autores, inválido e, para outros autores, ineficaz.

Portanto, a sociedade fica isenta de responsabilidade perante terceiros, salvo se tiver se beneficiado com a prática do ato, quando então, passará a ter responsabilidade na medida do benefício auferido.

A aplicação desta teoria tem sido afastada por grande parte dos países, pois tem-se procurado prestigiar a proteção ao terceiro de boa-fé, adotando-se a teoria da aparência.

Entretanto, quanto à incidência desta teoria no nosso ordenamento jurídico, a questão suscita controvérsias, sendo certo que filio-mê à posição que defende a não aplicação desta teoria, pois deve-se admitir a responsabilidade da sociedade, até porque esta possui direito regressivo com relação ao sócio que praticou indevidamente atos de gestão, sendo que este sócio, ao praticar o ato *ultra vires societatis*, o fez com aparência de licitude, não se podendo exigir que terceiros sempre venham consultar o ato constitutivo para saber se o ato está ou não dentro do objeto social delimitado, até porque o Direito Comercial e as relações comerciais são dinâmicas por natureza. Ademais, o artigo 10 do Decreto-lei nº 3708/19, de forma categórica, prevê o direito de regresso da sociedade com relação ao sócio.

No entanto, o "Novo Código Civil", consubstanciando idéias retrógradas, no artigo 1.015, parágrafo único, inciso III, quando trata da sociedade simples, acabou acolhendo a teoria, podendo a mesma ser aplicada à sociedade limitada caso esta tenha regência supletiva pelas normas sobre as sociedades simples (art. 1053 do "Novo Código Civil").

2.7 - AVAL PARCIAL E ENDOSSO

O aval é uma declaração cambiária sucessiva e eventual, em que uma pessoa natural ou jurídica põe sua assinatura em um título de crédito, garantindo o cumprimento da obrigação cambiária.

Portanto, segundo o entendimento prevalente, configura uma garantia cambiária fidejussória, sendo um ato de liberalidade.

Atualmente, o ordenamento jurídico admite que o avalista garanta totalmente a obrigação cambiária ou apenas uma parte dela. No entanto, o “Novo Código Civil”, no art. 897, parágrafo único, de forma expressa, veda o aval parcial.

Ora, se o aval é uma garantia e um ato de liberalidade, por que proibir o aval parcial? Sob a ótica do credor, é melhor possuir uma garantia por parte da obrigação ou não possuir garantia alguma? Será que a admissão do aval parcial obstaculariza a circulação do título? Certamente que não.

Uma outra “pisada na bola” por parte do legislador foi o fato de, no art. 914 do “Novo Código Civil”, tratar o endosso da mesma forma que a cessão ordinária de crédito (art. 296 do NCC), ou seja, o endossante, ao transferir a titularidade do direito de crédito e o respectivo título, não garante o cumprimento da obrigação caso o devedor direto não o faça, salvo se constar na cártula uma cláusula em garantia. Ora, qual foi a finalidade desta alteração? Não seria melhor continuar como está, ou seja, o endossante é garantidor, salvo cláusula expressa em contrário?

2.8 – PARTE GERAL DOS TÍTULOS DE CRÉDITO E OS TÍTULOS VIRTUAIS

Depois de séculos, o legislador infraconstitucional resolveu “inovar”, consubstanciando uma parte geral dos títulos de crédito, e pior, no “Novo Código Civil”, acabando, inclusive, por conceituar título de crédito no artigo 887, repetindo, com impropriedades, o célebre conceito preconizado pelo mestre CESARE VIVANTE.

Dentro desta parte geral, o “Novo Código Civil”, ao mesmo tempo que procura fazer alterações, como, por exemplo, na disciplina do endosso e do aval, acaba deixando claro que devem prevalecer as regras previstas na legislação extravagante, diante da redação do artigo 903 do “NCC”.

Portanto, na grande maioria dos casos, a questão ficará como está, pois prevalecerá a legislação especial, apesar de anterior ao “Novo Código Civil”. Daí, pergunta-se: para que a parte geral conforme prevista no NCC?

A mesma perplexidade pode-se extrair do confronto entre os artigos 889, § 3º e 223, parágrafo único, ambos do “Novo Código Civil”. Ora, no primeiro dispositivo, de forma tímida, admite os denominados títulos virtuais, mas, ao mesmo tempo, no segundo dispositivo legal, acaba exigindo que o título de crédito, em regra, seja exibido em seu original, não tendo o meio de prova força para suprir a ausência do título. Ademais, o artigo 887 do mesmo diploma legal, ao conceituar os títulos de crédito, acabou por consubstanciar, com bastante força o princípio da cartularidade. Portanto, em pleno século XXI, o legislador civilista regulou, de forma tímida, os títulos virtuais, apesar de estarmos na era da Informática.

Certamente há outras incongruências no “Novo Código Civil”; porém, o presente trabalho tem por escopo ventilar aos operadores do Direito que, quando da análise da novel legislação, procurem fazê-la de forma crítica, a fim de contribuir para a elaboração de uma legislação mais moderna e adequada ao meio social em que vivemos.

Ademais, não se pode perder de vista que, nas próximas eleições para os Poderes Legislativos, devemos refletir mais diante das inúmeras incongruências legislativas (Exemplo: Leis dos Crimes Hediondos e a Lei de Tortura; Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais e a esfera estadual; Lei de Tóxicos e diversas outras alterações pontuais), se os atuais integrantes do Congresso Nacional, apesar de legitimados, estão atingindo o anseio social.

⁽¹⁾ CLAUDIO CALO SOUSA é Promotor de Justiça/RJ, Professor da Fundação Getúlio Vargas (FGV); da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ), da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), professor-contratado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), dos Cursos preparatórios para concursos “Master Juris Professores Associados/RJ”, “CEPAD/RJ”.

MESA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

COORDENADOR: DAMÁSIO DE JESUS

PARTICIPAÇÃO:

GIANPAOLLO POGGIO SMANIO, FERNANDO CAPEZ, RICARDO CUNHA CHIMENTI, VÍCTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES, VÍTOR FREDERICO KÜMPEL, ANDRÉ ESTEFAM ARAÚJO LIMA E DAMÁSIO DE JESUS.

Apresentação

Nos dias 15 e 23 de janeiro de 2003, às 18h30, no 11.º andar do Complexo Jurídico Damásio de Jesus – Unidade I, situada na Praça Almeida Júnior, 72, bairro Liberdade, na cidade de São Paulo, reuniram-se os Drs. Gianpaollo Poggio Smanio, Fernando Capez, Ricardo Cunha Chimenti, Víctor Eduardo Rios Gonçalves, Vítor Frederico Kümpel e André Estefam Araújo Lima, professores do CJDJ¹, sob a coordenação do Prof. Damásio de Jesus, em sessões da Mesa de Ciências Criminais, para análise dos reflexos da nova maioria civil, firmada aos 18 anos de idade pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (novo Código Civil), nos Códigos Penal e de Processo Penal. Após os debates, o grupo, por unanimidade, firmou entendimentos, a seguir expostos em relatório elaborado pelo coordenador.

Introdução

O antigo Código Civil², nos arts. 5.º e 6.º, classificava as pessoas em absoluta e relativamente incapazes:

“Art. 5.º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de 16 (dezesseis) anos;

¹ Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

² Lei n. 3.071, de 1.º de janeiro de 1916.

(...).

Art. 6.º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um);
(...)”.

O novo Código Civil ³, em seu art. 3.º, determina:

“São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de 16 (dezesseis) anos;”

Art. 4.º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos;”

Art. 5.º A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.”

Em face da nova legislação, as pessoas classificam-se em:

- a) absolutamente incapazes (menores de 16 anos de idade);
- b) relativamente incapazes (entre 16 e 18 anos);
- c) capazes (a partir dos 18 anos de idade).

O art. 5.º do novo Código Civil, reduzindo a maioridade civil de 21 para 18 anos de idade, ab-rogou ou derrogou disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal ⁴?

Há opiniões em vários sentidos, considerando uns que houve derrogação tácita de certas disposições penais e processuais penais; outros, entendendo que os efeitos dependem de leis novas ⁵.

³ Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003.

⁴ Inicialmente, para estudo da matéria, valemo-nos da relação de artigos apresentada por MARCUS VINICIUS DE VIVEIROS DIAS (“Nova maioridade reflete também no âmbito penal”. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 9 jan. 2003. Disponível em: <<http://www.conjur.uol.com.br/view.cfm>>). Posteriormente, aumentamos o rol de dispositivos criminais atingidos pelo art. 5.º do novo CC.

⁵ MARCUS VINICIUS DE VIVEIROS DIAS entende que os efeitos penais e processuais penais do novo Código Civil dependem de leis novas, não tendo havido ab-rogação ou derrogação tácitas (“Nova maioridade reflete também no âmbito penal”. Artigo citado). Para ele, a sistemática do novo Código Civil produz efeitos no âmbito criminal, mas há necessidade de leis novas alterando o Código Penal e o Código de Processo Penal, tendo em vista que “uma lei civil não pode intervir numa penal” (“Código Civil muda situação penal de menor de 21 anos”. *O Estado de S. Paulo*, 14 jan. 2003. Cidades, p. C4). Em sentido contrário, FERNANDO FULGÊNCIO FELICÍSSIMO considera que os dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal atinentes à matéria foram tacitamente

Para o grupo, cumpre distinguir efeitos no Código de Processo Penal e no Código Penal.

Reflexos no Código de Processo Penal

Como a imputabilidade penal por maioria inicia-se aos 18 anos e, na antiga legislação, o menor de 21 anos de idade, sendo maior de 18, não possuía plena capacidade para realizar pessoalmente os atos da vida civil, o Código de Processo Penal determinava a nomeação de curador para lhe exercer assistência no procedimento criminal. JOSÉ FREDERICO MARQUES anotava que “o acusado menor de 21 anos e maior de 18, em razão de sua idade, não possui capacidade para a prática de atos processuais. Para o menor de 21 anos, obrigatória é a nomeação de um curador, que a ele assista em todo o transcurso do processo. Segundo estatui o art. 263 do Código de Processo Penal, ao acusado *menor* dar-se-á *curador*. Em consequência dessa regra genérica, manda o art. 15, por seu turno, que a autoridade policial nomeie curador ao indiciado que for menor, enquanto o art. 194 prescreve: *se o acusado for menor, proceder-se-á ao interrogatório na presença de curador*. Por fim, o art. 564, III, c, diz que ocorrerá nulidade por falta de nomeação de curador ao menor de 21 anos”⁶. Em outras situações, permitia que o ato fosse realizado por ele ou por seu representante legal, como o exercício do direito de queixa e de representação.

Hoje, como o menor de 21 anos e maior de 18 não é mais relativamente incapaz, podendo exercer todos os atos da vida civil, desapareceram a necessidade de *curador* e a figura de seu *representante legal*. De modo que devem ser considerados ab-rogados ou derogados, conforme o caso, todos os dispositivos do Código de Processo Penal que se referem ao menor de 21 anos de idade (e maior de 18) e à nomeação de curador (arts. 15, 194, 262, 449 e 564, III, c)⁷. Nas hipóteses em que as disposições fazem referência a *representante legal*, sem mencionar a figura do menor de 21 anos e maior de 18, não houve ab-rogação ou derrogação, devendo ser empregada simples interpretação do texto

te derogados pelo novo estatuto civil (“A redução da maioridade civil e seus reflexos no sistema jurídico-penal”. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 17 set. 2002. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. www.ibccrim.org.br, 17.9.2002).

⁶ *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. vol. II, p. 64, n. 255. SERGIO DEMORO HAMILTON, abordando o tema do fundamento da exigência de curador ao indiciado ou réu menor, afirma que “a providência tem por fim suprir a relativa incapacidade do menor, já imputável penalmente (art. 27 do CP), mas ainda incapaz perante a lei civil (art. 6.º, I, do Código Civil)” (“Reflexões sobre o exercício da curadoria no processo penal”. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1996. (*Ensaio Jurídico*, vol. II, p. 26)). A função do curador no interrogatório do réu menor, considerou o STF, “consiste em complementar a vontade do acusado, relativamente incapaz, para decidir sozinho sobre os seus próprios atos” (RTJ 103/993). Sobre a função do curador do menor: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. vol. II, p. 329, verbete n. 312).

⁷ Essas disposições guardam relação com o processo, “não se vinculando ao ato delitivo” (SERGIO DEMORO HAMILTON, artigo citado, p. 27).

legal (arts. 14, 34, 38, 50, parágrafo único, 52 e 54). O que mudou foi o conceito (significado) da expressão “representante legal”. Convém observar ser possível que a pessoa possua mais de 18 anos de idade, caso em que não existe mais a figura do representante legal. Mas é admissível que a vítima seja, por exemplo, um doente mental, caso em que subsiste o representante legal.

Assim:

“Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”⁸ (grifo nosso).

Cuida-se de simples interpretação da expressão “representante legal”⁹, não tendo sido a disposição ab-rogada ou derogada pelo art. 5.º do novo CC. De maneira que, tratando-se de ofendido menor de 21 anos de idade e maior de 18, caberá somente a ele requerer diligência policial, não havendo mais a figura de seu representante legal.

“Art. 15. Se o indiciado for menor, ser-lhe-á nomeado curador pela autoridade policial” (grifo nosso).

A disposição foi ab-rogada pelo art. 5.º do novo CC, uma vez que não existe mais *indiciado menor*.

“Art. 34. Se o ofendido for menor de 21 e maior de 18 anos, o direito de queixa poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal” (grifo nosso).

Foi ab-rogado pelo art. 5.º do novo CC. Hoje, se o ofendido for menor de 21 e maior de 18 anos, o direito de queixa somente poderá ser exercido por ele, que não possui mais representante legal.

Convém observar a Súmula n. 594 do STF, sobre a autonomia dos prazos decadenciais, com a seguinte redação:

“Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal”.

⁸ Nos textos legais, colocamos em itálico as partes em discussão.

⁹ Lia-se, antes do novo Código Civil, “civilmente menor”.

De acordo com o Pretório Excelso, operada a decadência em relação ao ofendido, o direito de queixa continua com a titularidade de seu representante legal, se não soube da autoria do crime. Significa a existência de dois prazos: um para o ofendido e outro para o seu representante legal ¹⁰. Adotado nosso entendimento, de observar-se ter a Súmula n. 594 perdido o sentido em relação ao ofendido maior de 18 e menor de 21 anos de idade, que não tem mais representante legal.

“Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá do direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia” (grifo nosso).

Hipótese de simples interpretação da expressão “representante legal”, não tendo havido ab-rogação ou derrogação. De modo que, tratando-se de ofendido maior de 18 e menor de 21 anos, só a ele caberá exercer o direito de queixa ou de representação. Mas ele poderá ser um doente mental ou menor de 18 anos, caso em que subsiste o representante legal.

“Art. 50. A renúncia expressa constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais.”

“Parágrafo único. A renúncia do representante legal do menor que houver completado 18 anos não privará este do direito de queixa, nem a renúncia do último excluirá o direito do primeiro” (grifo nosso).

O parágrafo único foi derogado. Não há mais *representante legal daquele que completou 18 anos de idade* ¹¹.

“Art. 52. Se o querelante for menor de 21 e maior de 18 anos, o direito de perdão poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal, mas o perdão concedido por um, havendo oposição do outro, não produzirá efeito” (grifo nosso).

¹⁰ STF, RHC n. 49.052, RTJ 60/358. No mesmo sentido: RT 402/110, 407/91 e 437/409.

¹¹ Não existe mais “renúncia do representante legal daquele que completou 18 anos de idade”.

A disposição foi ab-rogada pelo art. 5.º do novo CC, uma vez que, se o ofendido for maior de 18 anos de idade, só ele poderá conceder o perdão.

"Art. 54. Se o querelado for menor de 21 anos, observar-se-á, quanto à aceitação do perdão, o disposto no art. 52" (grifo nosso).

Foi ab-rogado, tendo em vista que, se o querelado (ofendido) for maior de 18 anos de idade, só ele poderá aceitar o perdão.

"Art. 194. Se o acusado for menor, proceder-se-á ao interrogatório na presença de curador" (grifo nosso).

O dispositivo disciplinava o interrogatório do menor de 21 e maior de 18 anos de idade. Como se entendia, "a presença do curador nos atos processuais é evitar qualquer cerceamento ao menor", o que acarretaria ausência de ampla defesa, anulando-os. "Ele supre, com sua presença e proteção, a falta de capacidade plena do curatelado".¹²

O artigo foi ab-rogado, à semelhança do art. 15 do mesmo diploma legal, pois o acusado maior de 18 e menor de 21 anos não é mais relativamente incapaz, podendo realizar todos os atos da vida civil (art. 5.º do novo CC), dispensando curador.

"Art. 262. Ao acusado menor dar-se-á curador" (grifo nosso).

A disposição cuidava do relativamente incapaz perante o CPP. Foi ab-rogada, uma vez que não existe mais o *menor* de 21 anos de idade (e maior de 18). O agente, aos 18 anos de idade, torna-se maior.

*"Art. 279. Não poderão ser peritos:
(...)*

III – os analfabetos e os menores de 21 anos" (grifo nosso).

O legislador, permitindo a atuação da pessoa como perito criminal a partir dos 21 anos de idade, pretendeu fixar o critério da maturidade, experiência, tanto que se preocupou, na ausência de peritos oficiais, com as qualidades do leigo substituto¹³. Como dizia JOSÉ FREDERICO MARQUES, "sendo auxiliar do juízo

¹² RT 720/492. Na observação de SERGIO DEMORO HAMILTON, "a posição do curador consiste, assim, na fiscalização do ato" (do interrogatório), "cabendo-lhe aconselhar o menor, denunciando, nos autos, qualquer ilegalidade ou abuso de poder" (artigo citado, p. 28).

¹³ CPP, art. 159, § 1.º.

e, portanto, órgão da Justiça Penal, o perito deve atuar com imparcialidade e perfeita exação, visto que lhe cabem tarefas de suma importância para perfeito esclarecimento do *thema probandum*. Daí impedir a lei que sejam peritos... os menores de 21 anos”¹⁴.

O inciso III, parte final, em que menciona *os menores de 21 anos*, não foi modificado pelo art. 5.º do novo CC, tendo em vista que não disciplina a antiga menoridade relativa no processo penal.

“Art. 434. O serviço do Júri será obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos *maiores de 21 (vinte e um) anos*, isentos os maiores de 60 (sessenta)” (grifo nosso).

O dispositivo, em sua segunda parte, não foi alterado pelo art. 5.º do novo CC, uma vez que não trata da antiga menoridade relativa processual penal (pessoas de idade entre 18 e 21 anos)¹⁵. Subsiste.

“Art. 449. Apregoado o réu, e comparecendo, perguntar-lhe-á o juiz o nome, a idade e se tem advogado, *nomeando-lhe curador, se for menor* e não o tiver, e defensor, se maior. Em tal hipótese, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido” (grifo nosso).

O artigo foi derogado pelo art. 5.º do novo CC na parte que trata do curador do réu menor de 21 anos e maior de 18, hipótese que não existe mais.

“Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
(...) ”

III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:
(...) ”

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de *curador ao menor de 21 anos;*” (grifo nosso).

A alínea c, que cuidava do curador do réu menor de 21 anos de idade, foi derogada, pois a hipótese não subsiste em face do art. 5.º do novo CC. Fica, pois, superada a questão de ser absoluta ou relativa a nulidade proveniente da ausência de nomeação de curador ao menor de 21 anos de idade.

¹⁴ *Op. cit.*, vol. II, p. 325, n. 506.

¹⁵ Tanto é que o menor de 21 anos, casado, e o emancipado civil não podiam ser jurados (RT 596/314).

Reflexos no Código Penal

De acordo com o art. 65 do CP, “são circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I – ser o *agente menor de 21*, na data do fato, ou maior de 70 anos, na data da sentença;” (grifo nosso).

A menoridade, como atenuante genérica, sempre foi fixada em nossa legislação penal no limite de 21 anos ¹⁶, não sendo a consideração dessa idade uma criação do Código Civil de 1916. Assim, o art. 18 do Código Criminal do Império de 1830 determinava:

“São circunstancias attenuantes dos crimes:

(...)

n. 10. Ser o delinquente menor de 21 annos”.

E o art. 39 do Código Penal de 1890 previa:

“São circunstancias attenuantes:

(...)

§ 11. Ser o delinquente menor de 21 annos”.

Como ensinava ANÍBAL BRUNO, apreciando a capacidade penal relativa do agente, “de 18 a 21 anos incompletos, a lei não lhe reconhece uma maturidade mental concluída e, embora o considere imputável, concede-lhe em caso de fato definido na lei como crime, a atenuante da menoridade. A essa razão de imputabilidade deficiente, embora não propriamente ausente ou diminuída a ponto de justificar a exclusão da pena ou a sua sensível redução, vem juntar-se o interesse da ordem jurídica em que se poupe o menor à ação perversora da prisão, encurtando-lhe quanto possível o período do seu internamento” ¹⁷. ROGÉRIO GRECO observa que “em várias de suas passagens, o Código Penal se preocupa em dar um tratamento diferenciado aos agentes em razão da idade deles. Cuida de modo especial daqueles que, ao tempo da ação ou omissão, eram menores de 21 anos, uma vez que ainda não estão completamente amadurecidos e vivem uma das fases mais complicadas do desenvolvimento humano, que é a adolescência. Estão, na verdade, numa fase de mudança, saindo da adolescência e ingressando na fase adulta” ¹⁸. Em face disso, *i.e.*, em razão de

¹⁶ Sobre o assunto: MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. I, p. 266.

¹⁷ *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. vol. II, p. 135. Como decidiu o TJSP, o delinquente menor não está em condições iguais ao delinquente adulto para suportar o rigor da condenação (RT 427/379).

¹⁸ *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 561.

sua “imaturidade”, necessitam de “tratamento especial”¹⁹, o que vem sendo recomendado pelas legislações modernas.

Na verdade, a atenuante da menoridade atua como coeficiente de menor culpabilidade, reduzindo o juízo de censura em razão da falta de pleno amadurecimento da pessoa²⁰, sendo a diminuição da pena medida de política criminal. E, como vimos, o legislador de 1940, como o do Código Criminal de 1830 e o do Código Penal de 1890, não se atrelou ao limite de idade do Código Civil. Por essas razões, o art. 65, I, do CP, não foi alterado pelo art. 5.º do novo CC. subsiste.

“Redução dos prazos de prescrição

Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, *menor de 21 anos*, ou, na data da sentença, maior de 70 anos” (grifo nosso).

As razões que levaram o legislador à redução do prazo prescricional são as mesmas da atenuação genérica da pena em face da menoridade²¹. Como explica ROGÉRIO GRECO, “a imaturidade daqueles que ainda não estão com a sua personalidade completamente formada, como acontece com aqueles que estão saindo da adolescência e entrando na fase adulta, pode conduzir à prática de atos ilícitos impensados. Além disso, a convivência carcerária do menor de 21 anos com criminosos perigosos acabará por perturbar a sua personalidade, razão pela qual, como medida despenalizadora, a lei penal reduz pela metade o cômputo do prazo prescricional”²².

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 229. No sentido do fundamento da “imaturidade”: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 356, n. 339; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. São Paulo: RT, 2000. p. 252, n. 78.

²⁰ Nesse sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: RT, 1997. p. 838, n. 520; REALE JUNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 183, § 7.º, n. 18.

²¹ Nesse sentido: LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. II, p. 367, n. 58. MELO MATOS, no preâmbulo do Decreto de 24 de fevereiro de 1933, que incluiu em nossa legislação a redução dos prazos prescricionais em face da menoridade relativa do agente, afirmava: “... Há uma idade de transição entre a adolescência e a maioridade penal, que vai dos 18 aos 21 anos feitos, na qual a responsabilidade do delinquente é atenuada, sendo diminuídas as penas previstas pelas leis penais (Código Penal, art. 42, § 11; Código de Menores, art. 76); atendendo a que, se as leis assim determinam nesse período de transição, por ainda não ser completo o desenvolvimento mental e moral do indivíduo pelas suas condições psicológicas e éticas, é lógico e justo que, do mesmo modo que ele não é punido com todo o rigor da pena, também sejam diminuídos os prazos da ação e da condenação; atendendo a que, por esse ato de clemência, o Estado proporciona ao indivíduo, em plena maioridade, libertar-se mais depressa das más consequências da infração da lei, por ele praticada na menoridade, quando era ainda fortemente influenciável no sentido do bem e do mal, por falta de reflexão perfeita e de plena força de resistência aos maus impulsos.”

²² *Op. cit.*, p. 725.

O art. 115 do CP, pelos mesmos fundamentos relacionados ao art. 65, I, não foi abrogado ou derogado pelo art. 5.º do novo CC.

"Rapto consensual

Art. 220. Se a raptada é maior de 14 (catorze) e menor de 21 (*vinte e um*), e o rapto se dá com seu consentimento:" (grifo nosso).

Os objetos jurídicos do crime de rapto consensual são o pátrio poder e a autoridade tutelar exercidos em relação à mulher maior de 14 e menor de 21 anos de idade. Como, de acordo com o novo Código, a mulher maior de 18 anos pode exercer todos os atos da vida civil, não se encontrando mais sob o pátrio poder, de entender-se que o art. 220 do CP foi derogado pelo art. 5.º do novo CC. Em razão disso, para efeito de aplicação do art. 220 do CP, deve ser considerada a ofendida maior de 14 e menor de 18 anos (e não maior de 14 e menor de 21 anos de idade).

Bibliografia

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRUNO, Aníbal. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. vol. II.

FELICÍSSIMO, Fernando Fulgêncio. "A redução da maioridade civil e seus reflexos no sistema jurídico-penal". *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, 17 set. 2002. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. vol. II.

_____. *Lições de Direito Penal: Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

HAMILTON, Sergio Demoro. "Reflexões sobre o exercício da curadoria no processo penal". Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1996. (*Ensaios Jurídicos*, vol. II).

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. II.

MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. I.

- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. vol. II.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. São Paulo: RT, 2000.
- REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- VIVEIROS DIAS, Marcus Vinicius de. "Nova maioria reflete também no âmbito penal." *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 9 jan. 2003. Disponível em: <<http://www.conjur.uol.com.br/view.cfm>>.
- _____. "Código Civil muda situação penal de menor de 21 anos". *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 14 jan. 2003. Caderno Cidades, p. C4.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: RT, 1997.

ABREVIATURAS

- art(s). – artigo(s)
- CC – Código Civil
- CP – Código Penal
- CPP – Código de Processo Penal
- i.e. – *id est* (isto é)
- n. – número(s)
- op. cit. – *opus citatum* (obra citada)
- p. – página(s)
- RHC – Recurso em *Habeas Corpus*
- RT – Editora Revista dos Tribunais
- RT – *Revista dos Tribunais*
- RTJ – *Revista Trimestral de Jurisprudência*
- STF – Supremo Tribunal Federal
- TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo
- vol. – volume

A Fundação Escola do Ministério Público e o Centro de Aperfeiçoamento Funcional: sua posição, vínculos, características e papel institucional.

DENISE FREITAS FABIÃO GUASQUE (*)

1. *Introdução.*
2. *A posição do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional dentro da estrutura dos Ministérios Públicos.*
- 2.1. *O apoio administrativo no atendimento a seus membros.*
3. *A necessidade de reformulação da atuação dos Procuradores de Justiça.*
- 3.1. *As possibilidades de desenvolvimento e atuação da Fundação de Apoio.*
4. *Conclusão.*

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988, ao fazer do Ministério Público uma quarta função essencial à soberania do Estado, buscou capacitá-lo a se desenvolver cientificamente, de forma a ter ampla possibilidade de lutar pela efetividade de todos os direitos subjetivos públicos assegurados na Constituição, não só face a sua maior legitimação para agir frente ao Judiciário, mas, principalmente, para que possa desenvolver ações que, de todas as formas, lhe possibilitem a eficiência imposta pelo artigo 37 da Constituição da República.

O desafio imposto ao *Parquet* pelo dever que lhe comete o art. 127 da CR – de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis – pressupõe a existência de uma estrutura de desenvolvimento científico e operacional que interrelacione suas ações com a sociedade civil organizada, emprestando rápido embasamento científico às suas postulações e agilidade em seu atuar, de forma a que possa, através de ações preventivas e interativas com a sociedade, solucionar, com eficiência, suas necessidades.

Nesse sentido, o desenvolvimento científico e institucional do Ministério Público começa a ser delineado pelo artigo 35 da sua Lei Orgânica Nacional, de nº 8.625, de 12/2/93, que prevê a existência de um Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, estabelecendo que:

"O Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional é órgão auxiliar do Ministério Público destinado a realizar cursos, seminários, congressos, simpósios, pesquisas, atividades, estudos e publicações visando ao aprimoramento profissional e cultural dos membros da instituição, de seus auxiliares e funcionários, bem como a melhor execução de seus serviços e racionalização de seus recursos materiais. **Parágrafo Único:** A Lei Orgânica estabelecerá a organização, funcionamento e demais atribuições do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional."

Como se infere da norma federal, de caráter nacional, o CEAF tem por escopo definir a política científica institucional do Ministério Público através de metodologias diversas que se dirigem a atender uma instituição heterogênea, composta de Procuradores de Justiça, Promotores, Estagiários e Funcionários.

Dentro desse universo, podemos dizer que ao CEAF incumbe acompanhar tecnicamente os Promotores de Justiça que ingressam na Instituição, e realizam, durante dois anos (artigo 38, inciso I), o estágio supervisionado e deve, através dele, adaptar o novo Promotor a um perfil institucional, buscando a eficiência, analisando as falhas e suprindo-as à medida que oferece uma supervisão constante e acadêmica durante o efetivo exercício da função.

Para acompanhar o Promotor de Justiça iniciando a carreira, a melhor metodologia é a formação de Grupos de Estudos de temática específica, nos quais seja adotada uma dinâmica de trabalho própria, dirigida a atender aos questionamentos iniciais no desempenho do "munus público".

Considerando o aspecto acadêmico, faz-se necessário ensinar ao Promotor a ética profissional e o objetivo constitucional da nossa Instituição, de forma a dar um suporte prático para o profissional que ingressa no Ministério Público.

Com a introdução de uma nova ordem jurídica constitucional, o Constituinte Originário de 1988 redefiniu o papel do Estado, como sendo o garantidor de uma sociedade livre, justa e solidária, compromissado com um desenvolvimento nacional capaz de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais de um país de dimensão continental.

O Estado deixou de ter o papel de investidor e passou a atuar de forma a regular a ordem econômica, preocupado em atender os princípios gerais da atividade elencados no artigo 170 da CR.

Na estrutura do Estado Liberal, o monopólio e a intervenção passam a ser exceções, enquanto que a atividade empresarial toma a dimensão de regra geral.

Para se adaptar a esse perfil de Estado, o legislador infraconstitucional delineou, para o Ministério Público, a possibilidade de racionalizar os seus recursos materiais através da Fundação de Apoio. Esta, por se tratar de pessoa

jurídica de direito privado, pode atuar no mercado, contratando profissionais, auxiliando a organização e a melhor execução dos serviços do Ministério Público.

Atendendo a execução de tal finalidade, o CEAF deve projetar os cursos necessários de adaptação funcional para os Promotores, Procuradores e funcionários, dando ênfase para a formulação de peças básicas e ainda ortografia.

Toda essa dinâmica pode ser desenvolvida através de encontros com os supervisores, imprimindo uma metodologia diversa de acordo com a natureza e forma de atuação dos vários grupos, submetendo o Promotor a uma constante avaliação, que será, ao final do Estágio Confirmatório, motivo de relatório, que poderá subsidiar o Conselho Superior do Ministério Público na análise da confirmação na carreira e, ainda, nas promoções por merecimento.

Dessa forma, poderemos ter uma radiografia completa do Promotor que inicia na Instituição, procurando formar profissionais responsáveis e conscientes da nossa missão.

2. A POSIÇÃO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL DENTRO DA ESTRUTURA DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS.

A Lei Orgânica Federal definiu o CEAF como órgão auxiliar e estabeleceu, como um dos seus objetivos, aprimorar a execução e a racionalização dos recursos materiais do Ministério Público de cada Estado da Federação.

Para tanto, deve:

- Organizar sua estrutura operacional e de desenvolvimento científico dentro da concepção de Estado Liberal, onde as Fundações de Apoio são os braços operacionais do CEAF, podendo celebrar convênios e contratos com pessoas jurídicas de direito privado, a fim de atender as necessidades da Instituição.

- Durante todo o período do estágio, acompanhar os Promotores de Justiça recentemente ingressos na instituição em conjunto com a Corregedoria.

Paralelo a isso, deve :

- Desenvolver projetos de estudos para os Promotores de Justiça que exerçam atividades

extrajudiciais e judiciais, voltados para um aprofundamento das dificuldades com vistas a estabelecer as prioridades de busca de melhorias para o desenvolvimento da atuação ministerial.

— Detectar as necessidades técnicas e caminhar para soluções através de convênios ou contratos a serem firmados pela Fundação de Apoio.

— Ministrar cursos e *work shops* para atender aos funcionários do Ministério Público que atuam distantes do objetivo da nossa Instituição, sem um perfil delineado, desconhecendo a finalidade constitucional do Ministério Público e a operacionalidade do funcionamento próprio da Administração.

2.1. O APOIO ADMINISTRATIVO NO ATENDIMENTO A SEUS MEMBROS.

Há também a questão do apoio administrativo no atendimento dos Promotores de Justiça. Esta situação nos leva, indubitavelmente, a uma constatação: o Ministério Público necessita crescer para cumprir a sua missão constitucional, mas não possui quadro suficiente, o que irá ocasionar contratação de pessoal num momento político em que o contribuinte exige do Estado a cobrança de menos impostos e sua reestruturação com menos gastos para a Administração.

Dentro do modelo do Estado Liberal, não há viabilidade econômica para o crescimento do quadro de apoio administrativo em nossa instituição, pois vivemos a realidade de um Estado em retração, que procura desenvolver as políticas públicas em parceria com a sociedade civil, colocando-se como fiscal e incentivador das mesmas, mas agindo através dos *inputs* de reivindicações dos grupos, classes e categorias.

O crescimento administrativo e sua reestruturação trazem a necessidade da existência de uma Fundação de Apoio economicamente forte e, principalmente, ágil, possibilitando a contratação de profissionais para trabalho temporário ou mesmo voluntário, através de contratos de trabalho ou convênios com outras fundações ou associações civis.

Por outro lado, caberá à Fundação de Apoio concretizar a política traçada pelo CEAF, contratando com a Procuradoria-Geral de Justiça a realização dos cursos e seminários necessários para atender a formação profissional dos Promotores, Procuradores e funcionários de apoio administrativo.

Dinâmica semelhante deve ser adotada no que tange aos estagiários, que, por força do artigo 37, *caput*, da lei federal, são classificados como “auxiliares das Promotorias de Justiça”.

Dessa forma, a seleção dos mesmos passa a ser feita pela Fundação de Apoio, que, através de convênio com outras entidades, poderá remunerar o profissional e prepará-lo, em atendimento ao plano de estudo criado e fiscalizado pelo CEAf.

Os cursos desenvolvidos pelo CEAf em parceria com a Fundação de Apoio servirão como título nas promoções por merecimento, atendendo a um requisito objetivo descrito no artigo 61, inciso II da Lei no. 8625/93.

Quanto aos estagiários, a obrigatoriedade do aperfeiçoamento pode fundar-se numa exigência feita através de Deliberação do órgão colegiado, como também de ato administrativo da Administração Superior.

Numa democracia participativa, o cidadão vê no Ministério Público a possibilidade de ter seus direitos coletivos e/ou difusos respeitados, o que determina grande necessidade de eficiência na atuação de seus órgãos e de integração de seus membros com a sociedade civil organizada, que, através de ONGS ou Fundações, deverão auxiliar o desempenho do Ministério Público, interagindo com ele.

Sob esse aspecto, surge a necessidade de desenvolver as formas de atitudes de seus membros através da ética do profissional.

Para atender a essa expectativa, faz-se necessário organizar o Ministério Público como uma função do Estado que atua em conjunto com uma empresa sem fins lucrativos, que é a sua Fundação de Apoio, onde a eficiência seja a meta a ser alcançada.

Como instituição, a formação e reciclagem acadêmica, ética e psíquica de seus profissionais passa a ser fundamental, desenvolvendo o espírito de equipe entre os colegas, de forma a permitir uma verdadeira integração de seus órgãos.

A avaliação do trabalho dos operadores e dos Promotores passa a ser finalística, objetivando uma análise quanto ao atendimento das atribuições delineadas na Constituição, trazendo, para a classe, a discussão do alcance ou não de sua finalidade.

A dialética institucional não pode mais ficar limitada aos órgãos da Administração Superior, devendo, necessariamente, ser discutida com cada operador da instituição, de forma a tornar transparente o atendimento aos ditames constitucionais.

Toda essa complexidade de relações deve ser projetada e fiscalizada pelo CEAf, que constitui um órgão auxiliar do Procurador-Geral e deve ser desenvolvido pela Fundação de Apoio, seu braço operacional.

3. A NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DA ATUAÇÃO DOS PROCURADORES DE JUSTIÇA.

Trabalho semelhante deve ser desenvolvido para os Procuradores, que, no segundo grau de jurisdição, precisam ser estimulados a defender os princípios constitucionais junto às Cortes Superiores, como continuidade do trabalho

desenvolvido pelo Promotor de Justiça, que, fatalmente, se sentirá apoiado e estimulado pelo prosseguimento da luta institucional.

Em conclusão, cabe às Procuradorias de Justiça a tarefa de efetivar acompanhamento das respostas dos Tribunais às posturas assumidas pelo Ministério Público, bem como a manutenção de diálogo político permanente com os órgãos superiores do Poder Judiciário.

Deve haver uma sintonia entre o trabalho e a luta do Promotor e do Procurador de Justiça, e tal harmonia só pode ocorrer através de encontros e avaliações feitas pelos Procuradores, que podem, por atuarem em grau de recurso, analisar quais os pontos que podem ser melhorados.

Aos Procuradores de Justiça deve ser preparada uma programação de eventos que estimule a criação de um pensamento científico institucional, sem caráter vinculativo.

Tal programação, necessariamente, deve ser feita após consulta ao Coordenador Institucional das Procuradorias de Justiça, que é o mais apto a falar sobre as dificuldades diárias no exercício da função.

A harmonia entre o trabalho do Promotor e do Procurador de Justiça será alcançada, na medida em que o CEAF e a Coordenadoria do 2º grau possam fazer essa ponte.

Deve, ainda, ser desenvolvida divisão de atribuições vinculada aos processos a serem distribuídos pela Central de Atendimento dos Procuradores, desvinculando-se da tradicional relação do Procurador a uma Câmara e sim ao processo, observando-se, na segunda instância, o princípio do promotor natural, que, desta feita, se dá em relação aos processos distribuídos.

Na verdade, o segundo grau de jurisdição foi concebido na lei federal, como órgãos da administração do Ministério Público, com o fim de dar continuidade às atribuições do *Parquet*, analisar a eficiência do Promotor de Justiça que se apresenta nos processos e fixar orientações jurídicas, a serem encaminhadas ao Procurador-Geral (artigo 19, parágrafo 2º e artigo 20 da Lei nº. 8625/93).

A operacionalidade do projeto de desenvolvimento do pensamento científico elaborado pelo CEAF em parceria com o Coordenador Institucional cabe à Fundação de Apoio, que acena com sua autonomia e agilidade financeira, suprimindo necessidades sem a criação de quadros suplementares de apoio.

Por força do artigo 129, inciso II da CR, é obrigação do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, devendo promover todas as medidas necessárias a sua garantia.

Nota-se que essas medidas não se limitam às ações processuais de primeira instância, mas, também, na interposição de recursos que não deve ser considerada atribuição do Procurador-Geral, fato que limita e diminui o atuar do Procurador de Justiça e acarreta um asseio de processos nas assessorias, e por via de consequência, o esvaziamento de Promotores e

Procuradores nos órgãos de execução, gerando acumulações constantes e uma dificuldade na realização do rodízio mensal.

A eficiência dos Procuradores só pode ser analisada através dos Recursos interpostos, para que possamos questionar junto à Corte própria que, no nosso caso, é o Supremo Tribunal Federal, pois nossa legitimação e atribuições vêm determinadas na lei maior, que fundamenta toda as questões discutidas e delineadas ao longo do processo.

Após fazer o mapeamento do desenvolvimento científico institucional, cabe-me apresentar quais as possibilidades da Fundação de Apoio se tornar forte, ágil e uma verdadeira escola para o Ministério Público.

3.1. AS POSSIBILIDADES DE DESENVOLVIMENTO E ATUAÇÃO DA FUNDAÇÃO DE APOIO.

Primeiramente, deve haver uma consciência institucional da importância de se ter uma Escola Preparatória para o ingresso no Ministério Público, atualizando permanentemente seus membros e associada a uma vontade política de estimular o pensamento institucional.

A escola de acesso para o Ministério Público deve ser tratada como sendo a primeira apresentação da nossa Instituição, onde a disciplina, respeito, vinculação aos princípios e, sobretudo, um acompanhamento acadêmico com provas trimestrais, associado a um permanente sistema de avaliação dos alunos e dos professores.

Para atingir um patamar de seriedade, devemos, também, garantir a presença de Procuradores a título de Professor convidado, para que possa falar aos alunos da escola sobre temas de especialidade própria, buscando apresentar o pensamento institucional ao aluno que pretende ingressar na carreira.

Ao fixarmos avaliações rígidas trimestrais, controle curricular e média global, poderemos, então, encaminhar ao órgão colegiado a proposta de uma maior pontuação para conclusão do curso preparatório, permitindo existir um valor para quem conclui o curso de duração previamente determinada e, ainda, para quem conclui o curso modular e foi, ao final, aprovado com média global superior a cinco, aumentando o valor do título caso a média varie de cinco a seis; de seis a sete e assim por diante.

Para que tal proposta seja atendida, melhor seria que todas as escolas da Federação estabelecessem uma sintonia no que tange ao tempo de duração do curso com a respectiva carga horária, tipos de módulos a serem desenvolvidos, criando uma uniformização de ação entre as escolas, o que, fatalmente, as fortalecerá.

Pergunta-se: como poderemos fazer um controle de qualidade do ensino ministrado pelas nossas escolas?

A meu ver, o órgão que poderia atuar assessorando e apoiando as fundações de ensino seria o Colégio de Diretores de Escolas dos Ministérios Públicos do Brasil.

Outro aspecto importante é a criação de seminários sobre direitos fundamentais assegurados na Constituição, aos quais o Ministério Público tem o dever de possibilitar a efetivação dos mesmos.

Essas iniciativas têm por finalidade apresentar à sociedade civil organizada as possibilidades do Ministério Público interagir com ela, de forma a realização conjunta de campanhas de resgate da auto-estima da população em relação a determinado problema de não efetividade de acesso a direitos garantidos na lei maior.

Ações educativas de desenvolvimento de projetos de participação da sociedade na mobilização para a tutela desses direitos em parceria com o Ministério Público, que, por sua ampla legitimação constitucional, pode provocar o Estado para atuar em conjunto com a sociedade civil.

Para que a escola possa desenvolver esse trabalho de ponta, faz-se necessário que haja profissionais bem formados, cientificamente preparados para atender aos cursos dirigidos ao público externo e interno.

Penso que a Fundação de Apoio poderá atuar diretamente na formação dos nossos profissionais, obtendo, através de convênios com outras entidades, bolsas de estudos para cursos no exterior, buscando, ainda, um intercâmbio no mundo científico, cabendo ao Promotor de Justiça que adquirir a bolsa um Termo de Compromisso vinculando o valor do curso ao número de carga horária que dará na Fundação quando do seu retorno. Com isso, poderemos atualizar nossos colegas, vinculando-os a transmitir todos os conhecimentos adquiridos através dos cursos da Fundação.

Acredito que, dessa forma, a Fundação de Apoio e o CEAF poderão, juntos, inspirar no coração do jovem Promotor o desejo de uma entrega de vida mais radical à Instituição, iluminando-os na missão de defender o Estado Democrático de Direito, evangelizando a sociedade brasileira na necessidade de participar das ações que buscam direitos e garantias protegidas pela Constituição.

4. CONCLUSÃO.

Como se depreende do desenvolvimento das idéias deste trabalho, deve o Ministério Público ter consciência de que a sociedade é a sua única e exclusiva clientela, sendo a sua satisfação condição necessária para a existência do seu trabalho.

133

O escalonamento funcional e a atuação do Promotor de Justiça no segundo grau de jurisdição

EMERSON GARCIA (*)

I. Introdução. II. Sistema da Lei Complementar nº 75/93. III. Sistema da Lei nº 8.625/93. III.I. Alcance do art. 32, I, da Lei nº 8.625/93. IV. A falta de atribuição e a ratificação dos atos praticados. V. Síntese conclusiva.

I. Introdução

1. Mantendo a tradição dos textos constitucionais pretéritos, Imperial e Republicanos, a Carta de 88 passou ao largo da disciplina do escalonamento funcional dos diferentes órgãos de execução do Ministério Público. Limitou-se em traçar as diretrizes básicas do Ministério Público da União e dos Estados, dispondo, ainda, sobre algumas atribuições e a forma de escolha da Chefia da Instituição ¹.

2. No que concerne ao Poder Judiciário, ao revés, mais minudente foi a disciplina dispensada. A competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, como não poderia deixar de ser, foi objeto de trato específico e exauriente, sendo relegada ao legislador infraconstitucional, unicamente, a liberdade de delimitar a competência dos demais tribunais, sempre com estrita observância dos limites impostos pela Constituição. Ressalte-se que, excepcionada a possibilidade de os tribunais estabelecerem a organização e a competência de seus órgãos internos ², todos os demais órgãos do Poder Judiciário foram previstos na Constituição, sendo defesa a criação de outros mais, ressalvada, obviamente, a manifestação do Constituinte derivado. Além dos tribunais, foram previstos múltiplos outros órgãos de hierarquia funcional inferior, o que, observada a sistemática constitucional e legal, consagra os princípios da pluralidade de instâncias e da recorribilidade das decisões judiciais, permitindo que os órgãos superiores revejam as decisões dos inferiores.

¹ Art. 128 da CR/88.

² Art. 96, I, a, da CR/88.

3. Adotado o sistema de jurisdição única ³ e sendo o Ministério Público uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado ⁴, torna-se possível afirmar que o escalonamento funcional dos agentes ministeriais é uma inafastável necessidade de organização e eficiência, possibilitando que cada órgão exerça suas relevantes atribuições em um círculo delimitado e normalmente superposto aos diferentes escalonamentos do Poder Judiciário (1ª e 2ª instâncias e tribunais superiores). Frise-se, no entanto, que a assertiva anterior está alicerçada em um imperativo de ordem lógica, não em uma imposição do Constituinte originário. Assim, nada impediria que o legislador infraconstitucional, ao dispor sobre a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público ⁵, observada uma certa linha de razoabilidade, encampasse solução diversa.

4. A partir da liberdade de conformação deixada pelo Constituinte originário, foram editadas a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. A primeira dispõe sobre as normas gerais a serem respeitadas pelos Estados na edição das leis orgânicas dos respectivos Ministérios Públicos e, a segunda, veicula a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público da União.

II. Sistema da Lei Complementar nº 75/93

5. Consoante o art. 128, I, da Constituição da República, o Ministério Público da União é subdividido em quatro ramos: Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Tais ramos, que aglutinam plexos de atribuição em conformidade com a especificidade das áreas de atuação, encontram na Lei Complementar nº 75/93 sua organização e disciplina. Ante os estreitos limites deste estudo e a similitude com o escalonamento funcional dos demais ramos, direcionaremos nossa atenção ao Ministério Público Federal.

6. São órgãos do Ministério Público Federal, que atuam junto ao Poder Judiciário⁶, o Procurador-Geral da República (Chefe da Instituição), os Subprocuradores-Gerais da República, os Procuradores Regionais da República e os Procuradores da República. As atribuições do Procurador-Geral da República são exercidas junto ao Tribunal Superior Eleitoral, ao Supremo Tribunal Federal e, em alguns casos, junto ao Superior Tribunal de Justiça ⁷, podendo ser delegadas aos Subprocuradores-Gerais da República ⁸ ou mesmo aos Procuradores Regionais em caso de vaga ou afastamento destes por prazo superior a trinta dias ⁹. Os Subprocuradores-Gerais da República, além das

³ Art. 5º, XXXV, da CR/88.

⁴ Art. 127, *caput*, da CR/88.

⁵ Art. 128, § 5º, da CR/88.

⁶ Art. 43 da LC nº 75/93.

⁷ Arts. 46 e 48 da LC nº 75/93.

⁸ Arts. 47, *caput* e § 1º e 48, parágrafo único e 66, § 1º, da LC nº 75/93.

⁹ Art. 47, § 2º, da LC nº 75/93.

delegações, exercem suas atribuições regulares junto ao Superior Tribunal de Justiça ¹⁰. Os Procuradores Regionais oficiam junto aos Tribunais Regionais Federais ¹¹ e os Procuradores da República junto aos Juízes Federais e aos Tribunais Regionais Eleitorais, onde não tiver sede a Procuradoria Regional da República ¹².

7. Sensível à necessidade de se conferir maior maleabilidade à estrutura organizacional do Ministério Público Federal, além de instituir o escalonamento funcional dos órgãos de execução, previu o legislador, de forma expressa, a possibilidade de os Subprocuradores-Gerais da República, Procuradores Regionais e Procuradores da República serem designados para officiar junto a órgãos jurisdicionais diferentes dos previstos para a categoria, designação esta dependente de prévia autorização do Conselho Superior ¹³. Assim, inexistia óbice a que os Procuradores da República sejam designados para atuar junto aos Tribunais Regionais Eleitorais ou os Procuradores Regionais junto aos Juízes Federais. Trata-se de projeção direta da autonomia funcional e administrativa assegurada pelo art. 127, § 2º, da Constituição de 1988 ao Ministério Público.

III. Sistema da Lei nº 8.625/93

8. Segundo a Lei nº 8.625/93 ¹⁴, são órgãos de execução do Ministério Público dos Estados, que atuam perante o Poder Judiciário, o Procurador-Geral de Justiça (Chefe da Instituição), os Procuradores de Justiça e os Promotores de Justiça. O Procurador-Geral de Justiça, regra geral, exercerá junto aos tribunais estaduais as atribuições previstas em lei ¹⁵; no entanto, em determinadas situações, detém atribuição para atuar em primeira instância ¹⁶. Aos Procuradores de Justiça cabe “exercer as atribuições junto aos Tribunais, desde

¹⁰ Art. 66, *caput* e § 1º, da LC nº 75/93.

¹¹ Art. 68, *caput*, da LC nº 75/93.

¹² Art. 70, *caput*, da LC nº 75/93.

¹³ Arts. 66, § 2º, 68, parágrafo único e 70, parágrafo único, da LC nº 75/93.

¹⁴ Art. 7º.

¹⁵ Art. 29, I, II, III, V e VI, da Lei nº 8.625/93.

¹⁶ Segundo o art. 29, VIII, da Lei nº 8.625/93, compete ao Procurador-Geral de Justiça “exercer as atribuições do art. 129, II e III, da Constituição Federal, quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembléia Legislativa ou os Presidentes dos Tribunais, bem como quando contra estes, por ato praticado em razão de suas funções, deva ser ajuizada a competente ação”. Tratando-se de ação civil pública (art. 129, III, da CR/88), o STF há muito sedimentou sua jurisprudência no sentido de que é inaplicável o foro por prerrogativa de função existente em relação ao julgamento dos crimes e dos mandados de segurança, sendo o juízo monocrático competente para julgar os agentes públicos demandados: AGRG em Petição nº 693-4, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 12.08.93, DJ de 1º.03.96, p. 5.013 (Presidente da República); AGRG em Reclamação nº 1.110-1, rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.11.99, DJ de 07.12.99, p. 58 (Senadores); Inq. nº 1.205-5, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 21.02.97, DJ de 04.03.97, p. 4.800-1 (Deputados Federais). A Corte Especial do STJ já decidiu do mesmo modo: Rec. nº 591, rel. Min. Nílson Naves, j. em 1º.12.99, DJ de 15.05.00 (membros dos Tribunais Regionais do Trabalho). Assim, nas hipóteses do art. 29, VIII, da Lei nº 8.625/93, deterá o Procurador-Geral de Justiça atribuição para officiar em primeira instância, o que não chega a ser propriamente uma novidade, pois de longa data prevista no art. 28 do CPP.

que não cometidas ao Procurador-Geral de Justiça, e inclusive por delegação deste”¹⁷. Os Promotores de Justiça, por sua vez, têm suas atribuições previstas, em linhas gerais, no art. 32 da Lei nº 8.625/93, *in verbis*:

“Art. 32 - Além de outras funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e demais leis, compete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições:

I - impetrar *habeas-corpus* e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante aos Tribunais locais competentes;

II - atender a qualquer do povo, tomando as providências cabíveis;

III - oficiar perante a Justiça Eleitoral de primeira instância, com as atribuições do Ministério Público Eleitoral previstas na Lei Orgânica do Ministério Público da União que forem pertinentes, além de outras estabelecidas na legislação eleitoral e partidária”.

9. A leitura do art. 32 da Lei nº 8.625/93 permite concluir que a atuação dos Promotores de Justiça não foi restrita à primeira instância da Justiça Comum, havendo, inclusive, previsão expressa de que poderiam impetrar *habeas corpus*, mandado de segurança e requerer correição parcial (*rectius*: reclamação) perante os tribunais locais. É importante frisar que a atribuição dos Procuradores de Justiça para exercer suas atribuições junto aos tribunais, conferida pelo art. 31 da Lei nº 8.625/93, e a ausência de previsão tão extensa em relação aos Promotores de Justiça, somente havendo consagração expressa quanto às medidas previstas no art. 32, I, não deve ser interpretada como um “silêncio eloquente”, acarretando a supressão de qualquer outra intervenção perante os tribunais que não aquelas previstas. Conclusões como esta certamente estariam dissociadas do próprio sistema, pois o art. 22, III, da Lei nº 8.625/93 é expresso ao dispor que compete às Procuradorias de Justiça “solicitar ao Procurador-Geral de Justiça, em caso de licença de Procurador de Justiça ou afastamento de suas funções junto à Procuradoria de Justiça, que convoque Promotor de Justiça da mais elevada entrância ou categoria para substituí-lo”¹⁸, o qual será indicado pelo Conselho Superior¹⁹.

10. É importante que não seja relegada a plano secundário a natureza jurídica da Lei nº 8.625/93: é instrumento veiculador de *normas gerais*²⁰. Tratando-se de diploma de caráter geral, nada impede que o legislador estadual,

¹⁷ Art. 31 da Lei nº 8.625/93.

¹⁸ A LC nº 40/81 (antiga Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) proibia o exercício das funções de Procuradores de Justiça por Promotores (*vide*, dentre outros, o art. 10).

¹⁹ Art. 15, V, da Lei nº 8.625/93.

²⁰ Art. 61, § 1º, II, d, da CR/88.

respeitando as diretrizes traçadas, institua a disciplina que melhor se adeque às peculiaridades locais. Assim, os Procuradores de Justiça somente deverão exercer suas atribuições perante os tribunais, não havendo margem de liberdade, ante a taxatividade do art. 31 da Lei nº 8.625/93, para que sua atuação seja estendida à primeira instância. Os Promotores de Justiça, diversamente, deverão atuar, primordialmente, junto aos órgãos do Poder Judiciário que não foram contemplados com a intervenção de outros órgãos do Ministério Público, que são justamente os de primeira instância; todavia, não há impedimento a que atuem, nas hipóteses previstas nas leis orgânicas estaduais, perante os tribunais. Esta atuação, aliás, se refletirá em uma *substituição temporária* ou no exercício de uma *função de auxílio* ²¹ - com a necessária concordância do titular ²² -, o que melhor se adequará ao sistema, isto em razão da previsão de agentes específicos - os Procuradores de Justiça - para atuar em segunda instância. O art. 32, III, da Lei nº 8.625/93 em muito corrobora esta conclusão, pois somente restringe a atuação dos Promotores de Justiça à primeira instância quando no exercício da função eleitoral, nitidamente afeita ao Ministério Público da União ²³, não em relação às suas demais atribuições.

11. Tratando-se de atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça, a delegação, a outro membro do Ministério Público, de suas funções de órgão de execução ²⁴, haverá de observar uma linha de coerência com o sistema: atribuições a serem exercidas junto a órgãos jurisdicionais de primeira instância deverão ser delegadas preferencialmente a agentes que neste nível atuem, o mesmo devendo ser observado em relação às atribuições exercitáveis em segunda instância. Com isto, é possível afirmar que os Procuradores de Justiça exercerão atividades delegadas em segunda instância, conclusão que está em perfeita harmonia com o disposto no art. 31 da Lei nº 8.625/93; enquanto que os Promotores de Justiça poderão receber tal delegação em primeira ou em segunda instâncias.

III.I. Alcance do art. 32, I, da Lei nº 8.625/93.

12. Como visto, inexistente óbice a que as leis orgânicas dos diferentes Estados da Federação venham a disciplinar os casos em que se dará a atuação dos Promotores de Justiça em segunda instância, observada, em qualquer caso, a regra do art. 32, I, da Lei nº 8.625/93 (impetrar *habeas-corpus* e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes). Neste passo, resta analisar o alcance dessa regra.

²¹ O art. 59 da Lei Complementar Estadual nº 28/82 (Lei Orgânica do Ministério Público do Rio de Janeiro), com a redação determinada pela LC nº 92/00, admite expressamente essa possibilidade, não a condicionando a qualquer deliberação do Conselho Superior:

“Os Promotores de Justiça poderão ser designados para exercício, em auxílio, nas Procuradorias de Justiça, nas Curadorias e Promotorias de Justiça na Comarca da Capital e nos órgãos de execução indicados nos incisos III e IV do art.49.”

²² Art. 10, IX, f, da Lei nº 8.625/93.

²³ Arts. 72 e 78 da LC nº 75/93.

²⁴ Art. 29, IX, da Lei nº 8.625/93.

13. Uma interpretação literal do art. 32, I, da Lei nº 8.625/93 de logo afasta qualquer conclusão de que o Promotor de Justiça teria legitimidade para se utilizar dos instrumentos ali previstos em todo e qualquer caso, o que conduziria a inúmeras situações de colidência com o sistema, a começar pela inexistência de interesse público a justificar a intervenção do Ministério Público em inúmeras matérias. O *caput* do preceito é claro no sentido de que o Promotor de Justiça deve utilizar tais instrumentos “dentro de suas esferas de atribuições”. Assim, à literalidade do preceito devem ser acrescidos os elementos teleológico e sistemático, o que permitirá que seja conferida uma certa dose de harmonia aos diferentes fatores que convergem para a solução da questão.

14. O Promotor de Justiça, como órgão presentante do Ministério Público, haverá de ter sua atuação direcionada à consecução das atividades finalísticas inerentes à Instituição, o que será normalmente feito junto aos órgãos jurisdicionais de primeira instância. Assim, é possível estabelecer a premissa de que os instrumentos previstos no art. 32, I, da Lei nº 8.625/93, além de veicularem fatos diretamente relacionados à sua esfera de atribuição, devem destinar-se à correção de irregularidade perpetrada pelos agentes que mantenham um vínculo direto com a atividade por ele desenvolvida.

15. Tratando-se de *habeas corpus* ou de mandado de segurança, ainda que a autoridade coatora possua foro por prerrogativa de função, não haverá obstáculo à atuação do Promotor de Justiça, devendo ser observada, unicamente, a relação com a sua esfera de atribuições e a existência de vínculo direto entre a autoridade coatora e a atividade por ele desenvolvida, a qual não deve ser cometida a outro órgão do Ministério Público. Uma prisão ilegal, quer seja determinada pelo Juiz de Direito, pelo Delegado de Polícia ou mesmo pelo Secretário de Segurança Pública, poderá motivar a impetração de *habeas corpus*, por Promotor de Justiça, junto ao tribunal estadual competente, isto porque a ilegítima privação da liberdade lesa um direito fundamental e indisponível do cidadão, sendo dever do Ministério Público zelar pela sua observância²⁵, crescendo-se, ainda, que o exercício de tal função não é da alçada exclusiva de outro órgão da Instituição. Igual possibilidade será dividida em se tratando de ilegalidade a ser sanada via mandado de segurança²⁶. Diversa será a solução em sendo a autoridade coatora um Desembargador, pois, ainda que a ilegalidade tenha reflexo na esfera de atribuições do Promotor, tais agentes não mantêm qualquer relação direta,

²⁵ Art. 127, *caput*, da CR/88.

²⁶ “*Recurso ordinário de mandado de segurança. Legitimidade para a impetração do mandamus. Promotor de Justiça. Lei nº 8.625/92.* O Promotor de Justiça possui legitimidade para impetrar mandado de segurança perante os tribunais locais. Distinção entre postular ao tribunal (art. 32, inciso I da LONMP) e postular no tribunal (art. 31 da LONMP). Precedentes. Recurso cabível e provido para apreciação”. (STJ, 5ª T., ROMS nº 5.376/SP, rel. Min. Félix Fischer, j. em 10.11.97, DJ de 15.12.97, p. 66460). “*Mandado de segurança. Promotor de Justiça. Legitimidade para propor mandado de segurança contra ato do Juiz de Direito. Recurso Provido.*” (STJ, 4ª T., ROMS nº 8.026/SP, rel. Min. Bueno de Souza, j. em 06.04.99, DJ de 12.02.01, p. 115). No mesmo sentido: 6ª T., ROMS nº 5.285/SP, rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 20.10.98, DJ de 12.04.99, p. 194; 6ª T., ROMS nº 5.131/SP, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 28.04.95, DJ de 05.06.95, p. 16.689; 6ª T., ROMS nº 1.719/SP, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. em 04.05.93, DJ de

devendo-se acrescentar que a atividade ministerial a ser desenvolvida junto aos tribunais estaduais é da alçada dos Procuradores de Justiça²⁷. Disto resulta a célebre distinção entre *postular ao tribunal* e *postular no tribunal*. Ao Promotor é dado postular ao tribunal, mas não tem atribuição para perquirir os desvios dos órgãos internos deste, tarefa dos Procuradores de Justiça²⁸.

16. É importante frisar que com a impetração do mandado de segurança ou do *habeas corpus*, ou mesmo com o requerimento de correição parcial, se exaure a atribuição do Promotor de Justiça, pois, ainda que o Ministério Público tenha interesse a ser resguardado por uma possível irresignação recursal, somente os Procuradores de Justiça podem insurgir-se contra as decisões proferidas pelos órgãos internos dos tribunais²⁹. Como visto, em muito diferem as atividades de formular uma pretensão ao tribunal e de atuar como órgão agente ou interveniente nos feitos da alçada deste. Aqui, não se chega a ter uma exceção à regra segundo a qual o legitimado a postular o é igualmente para recorrer, pois a variação dos órgãos com atribuição em nada altera a condição do verdadeiro legitimado: o Ministério Público. Trata-se de uma singela divisão de tarefas, o que acarreta a possibilidade de o Promotor de Justiça, a partir de uma posição de inércia do tribunal, a ele postular; mas erige-se como óbice absoluto à atuação do agente ministerial quando o ponto de partida for

27.09.93, RSTJ nº 51/479; 6ª T., ROMS nº 1.720/SP, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 09.02.93, DJ de 17.05.93, p. 9.360; 4ª T., ROMS nº 5.370/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 02.05.95, DJ de 29.05.95, p. 15.517, RSTJ nº 78/256.

²⁷ Obviamente, a ausência de atribuição do Promotor de Justiça não será óbice à cessação da ilegalidade, pois qualquer cidadão tem legitimidade para impetrar a ordem, não olvidando-se o fato de que esta pode ser concedida de ofício (art. 654, *caput* e § 2º, do CPP).

²⁸ Neste sentido: “*Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Ato praticado por Desembargador de Tribunal. Mandado de Segurança. Promotor de Justiça. Ilegitimidade. Falece ao membro do Ministério Público que oficia perante o primeiro grau de jurisdição legitimidade para impetrar mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça contra ato praticado por um de seus Desembargadores. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.*” (STJ, 3ª T., ROMS nº 13.568/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 03.12.01, DJ de 18.02.02, p. 404).

²⁹ No mesmo sentido: HUGO NIGRO MAZZILLI, *Regime Jurídico do Ministério Público*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 304. O STJ, do mesmo modo, tem sufragado este entendimento: “*Processual Penal. Habeas Corpus. Recurso interposto por Promotor de Justiça. Ausência de legitimidade. Não conhecimento.* Estabelece o art. 32, I, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) que a atuação dos Promotores de Justiça perante os tribunais estaduais limita-se à impetração do pedido de *habeas corpus* ou mandado de segurança. O acompanhamento e a eventual interposição de recurso é atribuição dos Procuradores de Justiça, a teor do art. 31 da mesma norma legal”. (STJ, 5ª T., RHC nº 4.730/GO, rel. Min. Fláquer Scartezzini, DJ de 25.09.95, p. 31.118, RSTJ nº 083/287). E ainda: “*Mandado de segurança. Embargos de declaração.* O Ministério Público é uno e indivisível. A pluralidade de órgãos não afeta a característica orgânica da Instituição. Ao membro do Ministério Público, como ao Juiz, é vedado atuar fora dos limites de sua designação. Há, por isso, órgãos que atuam em 1ª instância e outros em 2ª instância. O Promotor não atropela o Procurador. O órgão que atua em 1ª instância pode solicitar prestação jurisdicional em 2º grau. Exemplificativamente, a interposição de apelação, no juízo que atua. O Recurso Especial, porém, no mesmo processo, será manifestado pelo órgão que oficia junto ao tribunal. Distingue-se, pois, postular ao tribunal do postular no tribunal. O Promotor tem legitimidade para impetrar mandado de segurança, descrevendo, na causa de pedir, ilegalidade ou abuso de poder do Juiz de Direito”. (STJ, 6ª T., EDROMS nº 8.802/SP, rel. p/ acórdão Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 29.10.98, DJ de 15.03.99 - a 6ª Turma, assim, reviu, em sede de embargos de declaração, a posição que adotara por ocasião do

justamente um ato do tribunal ou dos órgãos que o integram, o que transfere a atribuição aos Procuradores de Justiça.

17. À luz do exposto, vê-se que perderam a atualidade antigas decisões do Superior Tribunal de Justiça que reconheciam, até mesmo, a impossibilidade de os Promotores de Justiça dirigirem-se aos tribunais ³⁰.

18. Em que pese a obviedade, é importante que não seja confundida a atuação do Promotor de Justiça, na condição de presentante do Ministério Público e com o fim de realizar a atividade finalística deste, com a atuação do agente que ocupa o cargo de Promotor de Justiça visando à proteção dos direitos e prerrogativas que lhe são inerentes. Neste caso, poderá o agente postular ao tribunal ³¹ - qualquer que seja, a depender da autoridade coatora - e apresentar a irresignação recursal que entenda pertinente ³², isto porque os Procuradores de Justiça são presentes do Ministério Público, não do agente que ocupa o cargo de Promotor de Justiça. Como afirmou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, "a legitimidade *ad causam* no mandado de segurança pressupõe que o impetrante se afirme titular de um direito subjetivo próprio, violado ou ameaçado por ato de autoridade; no entanto, segundo assentado pela doutrina mais autorizada (CF. JELLINEK, MALBERG, DUGUIT, DABIN, SANTI ROMANO), entre os direitos públicos subjetivos incluem-se os chamados direitos-função, que tem por objetivo a posse e o exercício da função pública pelo titular que a desempenha, em toda a extensão das competências e prerrogativas que a substantivem: incensurável, pois, a jurisprudência brasileira, quando reconhece a legitimação do titular de uma função pública para requerer segurança contra

juízo do ROMS nº 8.802/SP, sendo relator o Min. Fernando Gonçalves, onde restara assentado que "falta legitimidade ao Promotor de Justiça para impetrar, perante a segunda instância, mandado de segurança visando atribuir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito, porquanto semelhante providência, a par de inserida nas atribuições do Procurador de Justiça, se apresenta como simples tarefa de acompanhamento, j. em 17.03.98, DJ de 11.05.98, p. 156). No mesmo sentido: 6ª T., ROMS nº 5.562/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 19.12.95, DJ de 13.05.96.

³⁰ *Processual civil. Mandado de segurança. Ministério Público. Legitimidade. Capacidade postulatória.* 1. Da decisão que denega, indefere, considera prejudicado ou julga extinto o mandado de segurança, cabe o recurso ordinário. 2. O Ministério Público tem legitimidade para impetrar mandado de segurança no âmbito de sua atuação e em defesa de suas atribuições institucionais. 3. A Constituição (art. 103, par. 1º) dispõe que tem competência privativa para oficiar perante Supremo Tribunal Federal, exclusiva e unicamente, o Procurador-Geral da República, seja como *custos legis*, seja como parte. Perante este Superior Tribunal de Justiça atuam o Procurador-Geral da República e os Subprocuradores-Gerais, com proibição de outro órgão do Ministério Público. Assim, cabe ao Procurador-Geral de Justiça exercer as suas atribuições junto aos Tribunais de Justiça, podendo delegá-las aos Procuradores de Justiça. Os Promotores de Justiça carecem de capacidade postulatória junto aos tribunais e, pois, para requererem em mandado de segurança perante órgão superior de jurisdição. 4. Incensurável a decisão recorrida entendendo carecer o representante do Ministério Público, no primeiro grau, legitimação ativa *ad causam* para postular, via mandado de segurança, na segunda instância, no resguardo de competência decorrente da aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente". (STJ, 5ª T., ROMS nº 1.456/SP, rel. Min. Jesus Costa Lima, j. em 16.05.94, DJ de 30.05.94, p. 13.490). No mesmo sentido: 5ª T., ROMS nº 5.322/RS, rel. Min. Jesus Costa Lima, j. em 30.08.95, DJ de 25.09.95, p. 31.120; e 5ª T., ROMS nº 1.722/SP, rel. Min. Jesus Costa Lima, j. em 08.09.93, DJ de 07.03.94, p. 3.667.

³¹ Vide STF, Pleno, MS nº 22.495/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 14.05.97, DJ de 18.05.01, p. 434.

³² Vide STJ, 6ª T., ROMS nº 12.485/SE, rel. Min. Vicente Leal, j. em 06.02.01, DJ de 05.03.01, p. 240.

ato do detentor de outra, tendente a obstar ou usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou competências: a solução negativa importaria em 'subtrair da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito'.³³

IV. A falta de atribuição e a ratificação dos atos praticados

19. Como demonstramos, ressaltados os casos de substituição temporária ou auxílio, os Promotores de Justiça não têm atribuição para *postular no tribunal*. No entanto, caso o façam, *quid iuris*? Por certo, a conclusão simplista de que devem ser considerados nulos os atos praticados pelo agente destituído de atribuição nem sempre estará em harmonia com o interesse público que se buscou tutelar; basta mencionarmos, a título de exemplo, a situação de um Promotor de Justiça que, a poucos dias do término do prazo decadencial, tenha conhecimento de ato, praticado por Desembargador, que lese direito líquido e certo situado em sua esfera de atribuições, vindo a impetrar mandado de segurança perante o Tribunal. Tomando conhecimento da impetração, deverá o Procurador de Justiça simplesmente suscitar a falta de atribuições e pugnar pelo não conhecimento do *writ*? Ao nosso ver, a resposta merece maior reflexão.

20. Para o deslinde da proposição acima, afigura-se-nos relevante tecer algumas breves considerações a respeito do instituto da *convalidação* ou *sanatória*.³⁴ Na lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO³⁵, "convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que foi praticado". Acrescenta, ainda, que a convalidação é ato discricionário³⁶, cabendo à Administração, a partir do caso concreto, verificar se a manutenção dos efeitos já produzidos melhor atende ao interesse público, deixando de anular o ato viciado. Além de não ser admissível a convalidação dos atos que causem prejuízos a terceiros ou produzidos de má-fé, é necessário verificar se a natureza do vício admite tal providência.

³³ STF, Pleno, MS nº 21.239/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 05.06.91, DJ de 23.04.93, p. 6.920.

³⁴ Para aqueles que negam a existência dos atos anuláveis, é inadmissível a supressão retroativa da ilegalidade de um ato administrativo, pois "não se convalida o que é inválido" (DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 100). O STJ, no entanto, já decidiu que "a regra enunciada no verbete nº 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência" (1ª T., REsp. nº 63.451-2/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 07.06.95, DJ de 28.08.95, RSTJ nº 78/120). O art. 55 da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo federal, contemplou expressamente a possibilidade de convalidação dos atos administrativos: "Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração".

³⁵ *Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 203.

³⁶ Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 236), encampando a posição de WEIDA ZANCANER (*Convalidação e Invalidação dos Atos Administrativos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993), é possível exprimir que "(I) sempre que a Administração esteja perante ato suscetível de convalidação e que não haja sido impugnado pelo

21. Dentre os vícios que atingem o ato e no que interessa especificamente ao objeto deste estudo, está o de incompetência do agente, o qual, em algumas situações, é um vício passível de ser sanado³⁷. Neste caso, a doutrina é uníssona em admitir a convalidação³⁸, que recebe a denominação de *ratificação*³⁹. A ratificação deve ser realizada pelo agente competente para a prática do ato, somente sendo admissível nos casos em que a competência não seja exclusiva, admitindo delegação ou avocação. Sendo legítimo que o agente delegue a prática do ato, nada mais justo do que admitir a ratificação dos atos praticados sem a referida delegação. Somente são ratificáveis e, por via reflexa, convalidáveis, os atos que possam ser regularmente editados.

22. Como óbice à convalidação dos atos anuláveis, costuma-se sustentar a sua inadmissibilidade sempre que o vício já tiver sido impugnado, judicial ou extrajudicialmente. Tratar-se-ia de um imperativo de segurança jurídica, evitando-se que a extinção dos efeitos ilegítimos de um ato administrativo deixasse de ser uma determinação legal para transmudá-la em livre opção da Administração, tornando inútil a arguição do vício⁴⁰.

23. Feitas estas considerações preliminares, resta analisar a proposição formulada no item 19. No exemplo sugerido, a falta de atribuição do Promotor de Justiça é patente. Do mesmo modo, é igualmente inequívoco que o Procurador de Justiça detém atribuição para impetrar mandado de segurança, presentes os pressupostos necessários, contra ato de Desembargador. Acresça-se, ainda, que, em havendo concordância do Procurador de Justiça titular do órgão com atribuição, a prática do ato poderia ser "*delegada*" pela Instituição ao Promotor de Justiça, vale dizer, poderia ele praticar todos os atos próprios do agente que atua em segunda instância, desde que designado em auxílio. Assim, se nos afigura perfeitamente legítima a conduta do Procurador de Justiça que, corroborando a narrativa lançada na impetração e entendendo ser ela consentânea com o interesse público, venha a ratificá-la, convalidando o ato e

interessado estará na obrigação de convalidá-lo, ressalvando-se, como dito, a hipótese de vício de competência em ato de conteúdo discricionário; (II) sempre que esteja perante ato insuscetível de convalidação terá a obrigação de invalidá-lo, a menos, evidentemente, que a situação gerada pelo ato viciado já esteja estabilizada pelo Direito. Em tal caso, já não mais haverá situação jurídica inválida ante o sistema normativo e, portanto, simplesmente não se põe o problema".

³⁷ Na lição de CARVALHO FILHO (in *Processo Administrativo Federal*, Rio: Lumen Juris, 2001, p. 263), "sanáveis são os vícios de menor gravidade que, por isso mesmo, não obrigam à anulação direta do ato e, ao contrário, permitem, em determinadas hipóteses, sua confirmação e o aproveitamento dos efeitos pretéritos." (...) "Vícios sanáveis são, normalmente, os relacionados à competência, à forma e ao objeto (neste último caso, nem sempre). Insanáveis são, como regra, os pertinentes à finalidade e ao motivo."

³⁸ Neste sentido: MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *op. cit.*, p. 203; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 7ª ed., Rio: Lumen Juris, 2001, p. 128; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 235.

³⁹ "Ratificação é o acto administrativo pelo qual o órgão competente decide sanar um acto inválido anteriormente praticado, suprimindo a ilegalidade que o vicia" (MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 9ª ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1972, p. 557).

⁴⁰ Cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 234.

extirpando o vício de atribuição que se formara em seu nascedouro. Ao nosso ver, a convalidação será um ato eminentemente discricionário, tendo o Procurador de Justiça, ante o princípio da independência funcional ⁴¹, total liberdade para valorar os termos do *writ*. A ratificação, aliás, sequer precisa ser expressa ⁴².

24. Encampando-se os mesmos pressupostos exigidos para a convalidação no âmbito administrativo, a solução diversa chegaríamos em se tratando de ato de atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça praticado por Promotor de Justiça junto ao tribunal. Neste caso, salvo disposição expressa da lei estadual, ter-se-ia a impossibilidade de serem delegadas ao Promotor de Justiça as atribuições originárias do Chefe da Instituição. Tratando-se de atribuição exclusiva e sendo ilegítima a delegação aos agentes que atuem em primeira instância, não haveria que se falar em convalidação de um ato que jamais poderia ter sido legitimamente praticado. Apesar disto, tem prevalecido posição diversa nesta seara, exigindo-se, como requisito básico da ratificação, que o órgão que detenha atribuição entenda ser esta medida pertinente ⁴³ e que o ato a ser ratificado não tenha cunho decisório, não tendo qualquer influência o fato de o interessado ter suscitado o vício. Chega-se a esta conclusão a partir do estudo da teoria das nulidades no direito processual, sendo prestigiada a instrumentalidade das formas e o princípio de que os atos processuais viciados devem ser aproveitados na medida em que não causem prejuízo ao *ex adverso*. Partindo dessa premissa, o Supremo Tribunal Federal não visualizou qualquer nulidade no oferecimento de denúncia em matéria de atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça, por agente que detinha tão-somente delegação implícita, com ulterior ratificação pelo Chefe da Instituição ⁴⁴.

25. A jurisprudência, em inúmeras oportunidades, tem decidido pela possibilidade de ratificação dos atos maculados por vício de atribuição ou de competência, desde que não tenham cunho decisório. A ratificação, aliás, tem sido admitida em uma amplitude muito mais ampla que a sugerida, alcançado

⁴¹ Art. 127, § 1º, da CR/88.

⁴² "*Habeas Corpus. Nulidades. Ausência de ratificação da denúncia anteriormente ofertada. Juízo sentenciante incompetente. Vara especializada da Justiça Estadual*. 1. Ao destacar a existência de denúncia já ofertada nos autos e pedir pelo prosseguimento do feito, ratificou tacitamente o Promotor de Justiça a peça vestibular. 2. Em face do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, mesmo que o Juiz absolva o réu da infração que lhe deu a *vis attractiva*, continuará competente para o julgamento das demais infrações. 3. Habeas corpus conhecido; pedido indeferido". (STJ, 5ª T., HC nº 14.164/PE, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 06.02.01, DJ de 19.03.01, p. 125).

⁴³ "*Habeas Corpus. Denúncia oferecida por órgão incompetente*. Pode a nulidade ser sanada pela ratificação do órgão competente. No caso, a sanação ocorreu antes do recebimento da denúncia. Acusações que atingem a dignidade funcional do juiz devem ser cumpridamente provadas na ação penal instaurada com a representação do ofendido". (STF, 2ª T., HC nº 63.819/PR, rel. Min. Carlos Madeira, j. em 18.04.86, DJ de 09.05.86, p. 7.627).

⁴⁴ "... Estando o Promotor de Justiça já promovido ao cargo de Procurador de Justiça, no exercício das respectivas funções, e, além disso, com implícita delegação do Procurador-Geral, podia, em lugar deste, oferecer denúncia, perante o Tribunal de Justiça, contra o Prefeito Municipal, sobretudo em se verificando, depois, a confirmação da delegação, com a ratificação do ato praticado, sem qualquer prejuízo, ademais,

até mesmo órgãos componentes de estruturas organizacionais distintas (v.g.: Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual). Assim, ressalvados os atos decisórios, é possível a ratificação, por Juiz de Direito, dos atos praticados por Juiz Federal ⁴⁵; a ratificação, pelo Ministério Público Federal, de denúncia oferecida pelo Ministério Público Estadual ⁴⁶; a ratificação, pelo Promotor Natural de denúncia oferecida por outros integrantes da carreira que, no caso, não detinham tal condição ⁴⁷; a ratificação, pelo Procurador-Geral de Justiça, de denúncia oferecida por Promotor de Justiça em face de autoridade que goza de foro por prerrogativa de função ⁴⁸; a ratificação, pelo Procurador-Geral de Justiça, de denúncia oferecida por Promotor de Justiça em face de autoridade que, à época, não gozava de foro por prerrogativa de função ⁴⁹; a ratificação, pelo Tribunal de Justiça, do recebimento de denúncia

para o denunciado..." (STF, 1ª T., HC nº 73.429/RO, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 06.08.96, DJ de 13.09.96).

⁴⁵ "**Competência. Tráfico de Entorpecentes. Nulidade.** A teor do disposto no art. 27, da Lei nº 6.368/76, a competência para o processo e julgamento do crime de tráfico com o exterior é do Juízo de Direito, se o lugar em que tiver sido praticado for município que não seja sede de Vara da Justiça Federal. Hipótese em que desatendida essa regra competencial. Nulidade dos atos decisórios praticados pelo Juízo Federal, na conformidade do art. 567, do CPP. Os demais atos são passíveis de ratificação, inclusive a homologação da prisão em flagrante. Ordem deferida". (STJ, 6ª T., RHC nº 1.814/SP, rel. Min. Costa Leite, j. em 17.03.92, RSTJ nº 34/92).

⁴⁶ "**Processo Penal. Habeas Corpus. Citação editalícia. Réu foragido. Validade. Declaração de incompetência da Justiça Estadual. Ratificação da denúncia pelo MPF. Inexistência de nulidade. Ordem denegada.** I. Não se reconhece qualquer vício na citação procedida por Edital se há provas atestando que, quando da tentativa de citação pessoal, estava o réu foragido. II. Não há nulidade na ratificação de recebimento de denúncia, após declaração de incompetência de justiça e remessa dos autos, por não se tratar de convalidação de 'ato decisório' que pudesse cercear a defesa. III. Ordem denegada." (STJ, 5ª T., HC 8627/SP, rel. Min. Gílson Dipp, j. em 06.05.99, DJ de 31.05.99, p. 160).

⁴⁷ "**Processual Penal. Violação ao princípio do promotor natural. Não ocorrência. Ratificação da denúncia e demais atos processuais.** Não ocorre violação ao princípio do promotor natural na hipótese em que o titular da ação penal ratifica a petição inicial e os demais atos praticados, no processo criminal, pelos seus colegas. Precedente. Recurso ordinário desprovido." (STJ, 6ª T., RHC nº 10.519/SE, rel. Min. Vicente Leal, j. em 26.02.02, DJ de 18.03.02). "... A ratificação, pelo promotor oficiente, da denúncia ofertada por promotor de outra comarca não ofende o princípio do promotor natural." (STJ, 5ª T., HC nº 13612/SP, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 13.12.00, DJ de 05.03.01, p. 193). No mesmo sentido: STF, 1ª T., HC nº 80.797/SP, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 07.08.01, DJ de 11.10.01, p. 005.

⁴⁸ "... Ratificação de denúncia apresentada por autoridade ministerial incompetente. Não há necessidade de oferecimento de nova inicial, se a denúncia do Promotor foi ratificada pelo Procurador-Geral de Justiça. A ratificação da denúncia, validamente recebida pelo pleno do Tribunal de Justiça, é suficiente para afastar a alegação de ilegitimidade da parte..." (STF, HC nº 72.904/PB, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 30.04.96, DJ de 03.12.99, p. 3).

⁴⁹ STF, 2ª T., HC nº 77.985/PB, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 13.10.98, DJ de 12.11.99, p. 091 e 1ª T., HC nº 72.298/SP, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 21.05.96, DJ de 06.09.96, p. 31.850. O STF, inclusive, já decidiu pela desnecessidade de ratificação expressa: "**Habeas Corpus. Prefeito denunciado por Promotor perante Juiz de Direito, nas sanções do art. 1º, II e par. 1º, do Decreto-lei nº 201/67. Competência superveniente do Tribunal de Justiça, art. 29, VIII, da Constituição Federal de 1988.** Desnecessidade de ratificação expressa da denúncia pelo Procurador-Geral de Justiça, mormente quando, nas razões finais, pede a condenação, demonstrando que estava de acordo com a denúncia. Nulidade inexistente. É inestimável a importância das formalidades processuais como garantias da liberdade pessoal e da segurança jurídica. Mas a homenagem a esse princípio não há de chegar ao feiticismo, e não deve ser

realizado pelo Juiz de Direito ⁵⁰.

V. Síntese conclusiva

26. A Constituição da República não disciplinou o escalonamento funcional dos membros do Ministério Público, tarefa que foi relegada ao legislador infraconstitucional. Preenchendo o espaço de conformação deixado pelo Constituinte originário, foram editadas a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público da União) e a Lei nº 8.625/93, que traça as normas gerais do Ministério Público dos Estados.

27. No âmbito do Ministério Público dos Estados, são órgãos de execução que atuam perante o Poder Judiciário: o Procurador-Geral de Justiça, os Procuradores de Justiça e os Promotores de Justiça. O Procurador-Geral de Justiça exercerá suas atribuições, nas situações previstas em lei, em primeira e em segunda instâncias. Os Procuradores de Justiça somente atuarão em segunda instância, exercendo atribuições próprias ou delegadas pelo Chefe da Instituição. Os Promotores, por sua vez, atuarão primordialmente em primeira instância, mas poderão, igualmente, substituir ou auxiliar os Procuradores de Justiça. As delegações do Procurador-Geral de Justiça deverão recair, preferencialmente, sobre agentes que exerçam suas atribuições perante a instância em que se deva dar a intervenção: Promotores em primeira e Procuradores em segunda instância.

28. Além da função de auxílio ou substituição dos Procuradores de Justiça, os Promotores poderão postular aos tribunais estaduais nas situações mencionadas no art. 32, I, da Lei nº 8.625/93: “impetrar *habeas-corpus* e mandado de segurança e requerer correição parcial”. Neste caso, devem ser veiculados fatos diretamente relacionados às suas esferas de atribuição, sendo igualmente necessário que tais instrumentos se destinem à correção de irregularidade perpetrada por agentes que mantenham um vínculo direto com a atividade desenvolvida pelos Promotores de Justiça, não devendo tal atribuição ser cometida a outro órgão do Ministério Público. Disto resulta a distinção entre *postular ao tribunal* e *postular no tribunal*, sendo esta última tarefa afeita aos Procuradores de Justiça, o que alcança a apresentação de irresignações recursais contra atos do tribunal ou de seus órgãos.

levada a exageros inúteis para se proclamar nulidade, pois, os atos praticados pelo Promotor de Justiça, quando praticados, foram rigorosamente legais, e os atos praticados pelo Juiz, quando praticados, foram irretocavelmente legais, não havendo razão para que deixem de sê-lo porque, por lei posterior, a competência passou a ser do Tribunal. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido”. (STF, 2ª T., HC nº 69.906/MG, rel. Min. Paulo Brossard, j. em 15.12.92, DJ de 16.04.93, p. 6.434, RTJ nº 146/244).

⁵⁰ “... Deferimento parcial do pedido para reconhecer, quanto ao paciente, a competência originária do Tribunal de Justiça, mantido o recebimento da denúncia, por ser ato suscetível de ratificação (RHC-58.410, RTJ 102/63)”. (STF, Pleno, HC nº 65.132/DF, rel. Min. Octávio Gallotti, j. em 12.08.87, DJ de 04.09.87, p. 18.286).

29. Somente é admissível que o Promotor de Justiça maneje os instrumentos previstos no art. 32, I, da Lei nº 8.625 a partir de uma posição de inércia do tribunal, não tendo atribuição para utilizá-los quando o ponto de partida for justamente um ato do tribunal ou dos órgãos que o integram, o que transfere a atribuição aos Procuradores de Justiça. Constatada a prática de um ato que desborde as atribuições do Promotor de Justiça, poderá o Procurador de Justiça, no exercício de sua independência funcional, em corroborando a narrativa lançada e entendendo ser ela consentânea com o interesse público, *ratificar* o pleito apresentado, convalidando o ato e extirpando o vício que o maculava.

Janeiro de 2002.

⁹³ EMERSON GARCIA é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Direito e poder: análise histórica de algumas infrações penais no Brasil do século XIX

FERNANDO GALVÃO DE ANDRÉA FERREIRA (*)

SUMÁRIO:

I - Introdução; II - Observações iniciais; III - Da mendicância e da vadiagem; IV - Da capoeiragem; V - Conclusão; VI - Referência Bibliográfica

I - INTRODUÇÃO

O presente estudo, que tem por objeto a análise histórica da tipificação das infrações penais referentes à polícia de costumes (v.g. *vadiagem*; *mendicância* e *capoeiragem*), existentes no ordenamento jurídico brasileiro do século XIX (*Código Penal do Império de 1830* e *Código Penal de 1890*), foi fruto de investigações realizadas em processos, constantes dos arquivos judiciais dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro e, também, de pesquisas efetuadas em obras e revistas, especializadas ou não, que, de alguma forma, abordassem o referido assunto.

Ao invés de restringir o trabalho à leitura e à compreensão dos textos frios das leis, procurou-se pensar a matéria a partir de uma questão maior, que é a da relação entre o Direito, Poder e História, dentro de um novo paradigma, que implica observação de aspectos que, em geral, são desconsiderados por pesquisas deste gênero.

Neste sentido, privilegiou-se a perspectiva do homem comum, do homem simples, da rua, em detrimento da visão voltada exclusivamente para a contribuição das "ilustres figuras", pertencentes à classe de pessoas famosas, cujos nomes povoam nossos livros, uma vez que, apesar de oficialmente anônimo, é aquele que, efetivamente, dia a dia, constrói a História.

Trata-se, em verdade, de abordagem que, ao valorizar a vida cotidiana, como assinala MARY DEL PRIORE, invocando lição do historiador LUCIEN FEBVRE, proporciona "uma certa democratização da história, no sentido de dar voz aos humildes" ¹.

¹ PRIORE, Mary del. "História do Cotidiano e da Vida Privada". In *Domínios da Vida Privada: Ensaios de Teoria e Metodologia*. Org. CARDOSO, Ciro Flamarion et alii, p. 262.

Ainda dentro desta linha, buscou-se enfocar tanto o aspecto referente à formação das regras de Direito Penal, quanto o relativo à sua aplicação, pensando-se o Direito em sua vivência, isto é, o Direito como experiência. Daí a valorização do estudo dos casos concretos, através da análise dos processos judiciais.

II - OBSERVAÇÕES INICIAIS

Primeiramente, cabe observar que foi constatado, durante as investigações realizadas entre os processos referentes à polícia de costumes existentes nos arquivos judiciais de São Paulo e do Rio de Janeiro, elevado número de feitos instaurados durante o período do Império, que estavam catalogados sob a rubrica *infrações por irregularidade de conduta*.

Assim, entre os vários casos analisados, encontrou-se, por exemplo: a condenação de João Florentino Moreira ², por perturbação da tranqüilidade pública, a trinta dias de prisão, no ano de 1888, na província de Parati; as condenações de Domingos Dias de Moura e de José Luiz de Azevedo ³, ambas do ano de 1844, naquela mesma localidade, por estarem correndo a cavalo, em excesso de velocidade; o processo contra João Borges, por estacionar carroça em local proibido, na província de São Paulo ⁴; a condenação de Mathildeo Gomes Leitão, por estar vendendo mercadoria (*toucinho*) sem a devida licença ⁵, na província de Parati.

Acontece que o crime de *irregularidade de conduta*, estabelecido no artigo 166 do Código Criminal de 1830, era uma das espécies de *infração contra a Administração Pública*, cujo sujeito ativo era o empregado público, e que tinha, como pena, a perda do respectivo cargo.

Ora, vislumbra-se aqui aparente contradição entre a catalogação dos processos no arquivo judicial e os ditames do Código Criminal, na medida em que nenhum dos feitos encontrados se refere a ato praticado por funcionário público.

A questão é interessante e merece esclarecimentos, que devem ser formulados a partir de elementos extraídos do ordenamento jurídico da época.

Na vigência da Constituição brasileira de 1824, foi promulgada a *Lei do 1º de outubro de 1828*, chamada Regimento das Câmaras Municipais do Império - verdadeira lei orgânica, como bem anota CAMPANHOLE ⁶ - que, apesar de retirar das províncias as atribuições judiciais ⁷, previu, como sendo de sua

² Arquivo Judiciário do Estado do Rio de Janeiro - caixa 777.

³ Arquivo Judiciário do Estado do Rio de Janeiro - caixa 777.

⁴ Arquivo Judiciário do Estado de São Paulo - catálogo nº 1229 (cópia em anexo).

⁵ Arquivo Judiciário do Estado do Rio de Janeiro - caixa 777.

⁶ CAMPANHOLE, Hilton. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2001 - p. 827.

⁷ Cf. artigo 24 da referida lei, que, expressamente, retirou estas atribuições das Câmaras municipais, alterando a legislação anterior.

competência, o estabelecimento de posturas municipais, visando a manutenção da tranqüilidade, da segurança e da saúde dos habitantes, com a possibilidade de cominação de penas de até 30 dias de prisão e multa, nos termos do artigo 72 daquele diploma legal.

Com amparo na Lei do 1º de outubro de 1828, foi aprovado, por exemplo, o “Código de Posturas da Câmara Municipal do Rio de Janeiro”, que, em sua edição de 1875, estabelecia:

“Titulo II

§ 12. Os confeiteiros que pintarem seus doces com oxydos ou saes de metaes venenosos, como cobre, chumbo, mercurio etc, *soffrerão a pena de oito dias de cadeia, e 30\$00 de multa, verificando-se pela analyse chimica a sua existencia.*

.....

Titulo IV

§ 1º. É proibido fazer vozerias, alaridos e dar gritos nas ruas, sem ser por objecto de necessidade
sob pena de 48 horas de prisão e 4\$000 de multa

.....

Titulo VII

§ 1º Todo individuo que fôr encontrado fazendo negocio fraudulento ou illusorio,....., *será multado em 30\$000, e soffrerá oito dias de cadeia, sendo posto em custodia até a decisão do auto, e depois remettido ao chefe de policia.*

§ 2º. Toda pessoa de qualquer cor, sexo ou idade, que for encontrada *vadia*, ou como tal reconhecida, sem occupação honesta ou sufficiente para sua subsistencia, *será multada em 10\$00, e soffrerá oito dias de cadeia, sendo posta em custodia até a decisão do auto, e depois remettida ao chefe de policia para lhe dar destino.*”

Percebe-se, com facilidade, nos exemplos acima apontados, a grande imbricação que havia, no século XIX, entre o Direito Administrativo e o Direito Penal. Ademais, fica esclarecida a existência daqueles processos, encontrados nos arquivos judiciários, catalogados como referentes à irregularidade de condutas, e que, em verdade, são infrações ao Código de Posturas.

III - DA VADIAGEM E DA MENDICÂNCIA

O problema da vadiagem e da mendicância é, seguramente, dos mais antigos, tendo sido utilizado, ao longo do século XIX, como expediente para sua solução, a *repressão penal*. Neste sentido, a sua prática, que já era punida pelas Ordenações Filipinas (*Livro V, Título LXVIII*), foi tipificada, nos artigos 295 e 296 do Código Criminal do Império, como crime, sendo, posteriormente, pelo Código Penal de 1890, transformada em mera contravenção penal (*artigos 391 a 401*).

Prevalencia, à época, o entendimento de que a *vadiagem* e a *mendicância* deviam ser penalizadas, uma vez que constituíam modo de vida contrário aos bons costumes, ameaçador da ordem social (era entre os vadios e mendigos (*casta perigosa*), que se recrutava grande contingente de criminosos). Acreditava-se então que o vagabundo, por ser descumpridor de sua obrigação social (*trabalho*), era um parasita da sociedade, sendo latente a nocividade do seu viver. Daí ser necessária a *intervenção do Estado* para o combate à ociosidade (*forma de inadimplência social*), como modo salutar de exercício de polícia preventiva.

Nesta linha, cabe citar a fundamentação utilizada pelo ilustre penalista NELSON HUNGRIA, em célebre sentença prolatada em processo referente à prática de vadiagem:

"A vadiagem não é, em si mesma, um malefício, isto é, a lesão concreta de um direito ou de um bem jurídico, mas simplesmente, a adoção de um gênero de vida que pode eventualmente conduzir à prática de um malefício: é apenas um fato antinômico ou perigoso às condições mesológicas dos direitos, interesses ou bens precípuos e especialmente protegidos pela lei penal. Punindo-a, a lei atende, exclusivamente, à finalidade de uma tutela preventiva da esfera genérica de tais direitos ou bens." ⁸

Acontece que, durante este mesmo século, iniciou-se movimento contestatório de política criminal, movido pela preocupação com as injustiças já perpetradas e que, absorvendo os ensinamentos oriundos da Medicina ⁹, procurava diferenciar e classificar os diversos tipos de vadios ou vagabundos.

Neste sentido, começaram a ser realizados estudos em pessoas condenadas por estas infrações, a fim de se verificar sua real condição. Em trabalho de 1845, por exemplo, citado por EVARISTO DE MORAES ¹⁰, BRIERRE DE BOISMONT já indicava que diversos presos sofriam, em verdade, de moléstias nervosas. Tal observação foi corroborada, posteriormente, pelos trabalhos de TISSIE DE BORDEAUX, de 1887,

⁸ *Revista Criminal*, Rio de Janeiro, 1928, op. 55.

⁹ Observe-se que não se trata do movimento de "biologização" ou "medicinização" do Direito, tão combatido por TOBIAS BARRETO.

¹⁰ MORAES, Evaristo. *Ensaio de Pathologia Social*, Rio de Janeiro: Editora Leite Ribeiro, 1921, p. 11.

e, principalmente, por estudos feitos, em 1888, pelo ilustre Professor CHARCOT, de mérito e fama mundialmente reconhecidos, e com quem FREUD veio a estudar¹¹.

Ainda nesta mesma linha, devem ser mencionados os famosos Congressos Penitenciários Internacionais de 1885, em Roma, e de 1895, em Paris, onde foi aclamada a classificação dos tipos de pessoa que poderiam ser consideradas vadias, a saber: a) vadios inválidos ou doentes, que precisam de ajuda médica; b) vadios acidentais, que são os desempregados (*questão sócio-econômica, decorrente principalmente do êxodo rural*) e c) vadios profissionais ou voluntários. Segundo as conclusões daqueles conclave, os dois primeiros tipos precisariam da assistência, médica ou social, do Estado, enquanto o último tipo deveria ser por ele reprimido, diante do perigo social que representava, uma vez que, movido por suas necessidades ou pela ociosidade, o vagabundo seria levado, *ipso facto*, a cometer delitos¹².

Daí representar a prisão dos dois primeiros tipos de vadios grave risco, na medida em que, além de degradar os indivíduos, tornava-os presas fáceis dos verdadeiros criminosos, com quem iriam dividir o cárcere.

Dentro do contexto brasileiro, destacou-se, como legítimo representante deste movimento, EVARISTO DE MORAES, que, após realizar profundos estudos sobre o assunto, escreveu importante obra¹³, tendo, como uma de suas principais motivações, o advento, durante a vigência do Código de 1890, da chamada lei "Alfredo Pinto", cuja aplicação abusiva e desarrazoada gerava inúmeras injustiças, vez que permitia que qualquer suspeito de vadiagem pudesse ser processado e condenado sem que tivesse sido visto pelo Juiz da causa. Os absurdos eram maiores à proporção que o procedimento, conduzido pela autoridade policial, era pautado por fórmulas já preestabelecidas, onde *"garatujavam declarações de testemunhas, todas pertencentes à polícia, sendo então encaminhado para o Juiz pretor, que diante da mera regularidade formal, determinava a aplicação da pena"*¹⁴.

Como exemplo destas iniquidades, além daqueles encontrados nos arquivos judiciários¹⁵, deve ser mencionado, como emblemático, o caso do preso, descoberto pelo próprio EVARISTO DE MORAES, que assim narra o episódio:

"Entre vinte presos que encontramos amontoados em um cubículo, se nos deparou um mais digno de interesse, por ser aleijado: - typo de mestiço brasileiro, alto, esquelético, olhar desconfiado, barba hirsuta, dispondo apenas de um

¹¹ *Op.cit.*, p. 12.

¹² *Op.cit.*, pp. 33 e 34.

¹³ MORAES, Evaristo. *Ensaio de Pathologia Social*, Rio de Janeiro: Editora Leite Ribeiro, 1921

¹⁴ *Op.cit.*, p. 7.

¹⁵ Neste sentido, por exemplo, o processo, catalogado sob o nº 2480, do Arquivo Judiciário de São Paulo, de 1893, que resultou na condenação de Maria Angelina de Jesus.

braço, o esquerdo, e este mesmo evidentemente atrofiado. Interrogamol -o Respondeu, com voz, cavernosa, que, sendo já maneta, fora preso, processado e condenado como vagabundo, por sentença de um juiz pretor..... como só tivesse o braço esquerdo, vira-se coagido a se servir delle, trabalhando forçadamente. Sobreviera a moléstia à qual se seguira a atrophia do braço. Cumprida a pena, deram-lhe liberdade. Incapaz de trabalhar, vagueava nas immediações do Campo de Santa'Anna, quando, de novo, o levaram para uma delegacia. Sendo analphabeto, sua presença tinha sido dispensada durante o rápido processo Conseguimos despertar o espírito generoso do juiz, poupando-lhe, aliás, o remorso que, lhe occasionaria o saber que a anterior condemnação do maneta tinha sido causa direta da inutilisação do braço restante...."

Ainda sobre a questão das injustiças que estão normalmente presentes nos processos referentes à vagabundagem, é interessante mencionarmos, a título de curiosidade, que, na década de 1980, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, conforme notícia WALDYR ABREU¹⁶, declarou a inconstitucionalidade de duas leis sobre vadiagem, uma do estado da Flórida e outra da Califórnia, por entender que ambas davam azo ao abuso e à arbitrariedade policiais.

IV – DA CAPOEIRAGEM

Fenômeno dos mais intrigantes, que marcou a vida social durante todo o século XIX - principalmente na cidade do Rio de Janeiro, onde impunha pânico à população - foi o da capoeira, que, curiosamente, somente veio a ser tipificado como infração penal no Código Penal de 1890 (*artigo 402*), isto é, no final daquela centúria.

Diante desta constatação, surgem algumas indagações, a começar pelo próprio sentido do termo "capoeira": o que ele efetivamente designa? Seria uma forma de luta, de dança ou autêntico folclore¹⁷? Por outro lado, era a capoeira combatida ou apoiada pela classe dirigente, durante o Império? Quais eram suas relações com o Poder, naquela época?

São exatamente questões como estas, subjacentes a todo esse movimento desafiador da ordem pública e, ao mesmo tempo, agente de manutenção da ordem social, que vão ser objeto da presente análise, na busca da relação, como já salientado, entre a história do cotidiano, Direito e Poder.

¹⁶ ABREU, Waldyr. *O Submundo do Jogo de Azar, Prostituição e Vadiagem*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.

¹⁷ Cf. recente artigo "Die Capoeira: Tanz, Kampfsport und Volkstheater", publicado na revista *Tópicos:Deutsch-Brasilianische Hefte* (cf. bibliografia).

Durante a exposição, privilegiou-se, entre as várias fontes consultadas, a tese ¹⁸ desenvolvida, por CARLOS EUGÊNIO SOARES, a partir de dados obtidos em fichas dos presos da Casa de Detenção, em que são traçados os contornos fundamentais não só da capoeira como, também, de seus praticantes.

Primeiramente, dentro desta linha, é importante observar que, dos vários significados ligados ao termo “capoeira” - entre os quais, o de luta de escravos foragidos, utilizada como forma de resistência - deve-se, segundo CARLOS SOARES ¹⁹, preferir aquele vinculado à etimologia tupi ²⁰, denotando, então, os escravos que, durante o período colonial, trabalhavam nos portos, carregando e descarregando mercadorias com ajuda de grandes cestos (*i.e. espécie de estivadores*) e que, nas horas de lazer, jogavam capoeira, ou seja, faziam a dança do escravo carregador de “capu”. Assim, pode-se concluir ser a origem da capoeira eminentemente urbana, a despeito de várias especulações em sentido contrário.

Prosseguindo em nossa investigação, devemos lembrar, mais uma vez, que as primeiras décadas do século XIX foram marcadas pelo terror da capoeira, principalmente na cidade do Rio de Janeiro, onde, no período compreendido entre a chegada da Família Real e o ano da abdicação de D. Pedro I (1831), foi a mesma considerada o flagelo das autoridades responsáveis pela manutenção da ordem pública.

Chama a atenção, neste período, a brutalidade do castigo aplicado àqueles que eram presos por estarem, de alguma forma, envolvidos com a capoeira, evidenciando, assim, a preocupação e o temor que as autoridades demonstravam em relação a este fenômeno.

Neste sentido, é de se mencionar o caso de Pedro Cabinada ²¹, escravo, que, tendo sido preso por capoeira e por dar uma pedrada em Francisco José da Cunha, foi condenado a 200 açoites.

Mesmo aqueles que ficavam encarregados apenas de avisar a chegada da polícia eram punidos ²². Assim, por exemplo, o caso do escravo João Angola, que foi preso por estar junto de outros, assobiando, como capoeira. ²³

Esta situação permaneceu praticamente inalterada nas décadas seguintes, cabendo apenas mencionar que, a partir de 1850, com o fim do tráfico negreiro, a grande imigração de portugueses humildes para o Brasil acabou determinando

¹⁸ SOARES, Carlos Eugênio Libanio. *A Negregada Instituição: Os Capoeiras no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Cultura, 1994.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 21.

²⁰ A palavra capoeira seria resultado da justaposição dos termos CA (coisa que vem da mata ou da floresta) + PU (que, em tupi, significa cesto) + EIRO (sufixo que designa trabalhador de determinado ofício).

²¹ Codice 403, volume I, n° 72101, 05/04/1815.

²² É interessante observar a semelhança entre este fato e aquilo que ocorre, hoje, nos morros, principalmente no Rio de Janeiro, onde há aqueles encarregados de avisar a chegada da polícia às favelas, para combater o tráfico de drogas (os chamados *fogueiteiros*).

²³ Codice 403, volume II, n° 73692, 25/8/1819.

a elevação do número de não-escravos participantes da capoeiragem, com a introdução de novos elementos, como a navalha ²⁴.

Com o início do Segundo Império, cresce a repressão contra os praticantes da capoeira, principalmente a partir da chamada "Era da Conciliação", que foi o regime inaugurado com o gabinete do Marquês do Paraná, em 1853.

Esta postura oficial, de caráter repressor, modifica-se radicalmente, contudo, com a eclosão da Guerra do Paraguai (1865-1870) e o fim do período conciliatório, sob influência direta de Duque de Caxias, que, a pretexto de fortalecer a posição do Brasil na guerra, despojou os liberais do poder, assumindo importância direta sobre os destinos da nação.

Naquele momento, o Exército brasileiro, que havia sido relegado a segundo plano, desde 1831, em favor da Guarda Nacional - instrumento privilegiado da aristocracia na contenção de revoltas internas - teve sua posição, dentro do contexto sócio-político, alterada, em razão da deflagração daquele conflito internacional.

Ocorre que, como seus efetivos eram pequenos, foi necessário que se recorresse aos chamados "**Voluntários da Pátria**", ou seja, que se recrutasse, ainda que à força, qualquer pessoa para ingressar nas Forças Armadas, inclusive escravos, para quem *havia a promessa de alforria, o que transformou os quartéis militares em ponto final das rotas de cativos foragidos* ²⁵.

Sintomaticamente, neste período, compreendido entre os anos de 1866 e 1871, não foi registrada nenhuma prisão de praticantes de capoeira ²⁶, que, em virtude de sua decisiva participação na campanha vitoriosa, deixaram de ser encarados como facínoras e celerados para serem aclamados com verdadeiros heróis nacionais.

Acontece que, com o fim da Guerra do Paraguai e o retorno dos *Voluntários da Pátria*, a Corte assistiu ao ressurgimento das *malts* de capoeiras ²⁷, que acabariam se tornando o maior problema da ordem pública urbana.

Nesta linha, deve-se mencionar importante relatório do chefe de polícia da Corte, de 1871 ²⁸, onde é ressaltado o impacto da presença dos capoeiras, heróis

²⁴ A participação maciça de portugueses nas *malts* de capoeiras é sinal de um forte processo de intercâmbio cultural entre a população mais pobre da cidade e os imigrantes lusos, favorecido pelo fato de compartilharem as mesmas condições precárias de vida e de trabalho (moravam nos mesmos cortiços e morriam das mesmas doenças).

²⁵ Segundo censo oficial, fornecido pelo Ministério da Guerra, e citado por CARLOS SOARES (*Op. cit.* - p. 189), mais de 3000 escravos foram libertados ao final do conflito.

²⁶ SOARES, Carlos. *Op. cit.*, p. 189.

²⁷ A *malta* de capoeiras, partido aguerrido, no dizer de LIMA CAMPOS (cf. bibliografia, p. 193), é a unidade fundamental de atuação dos praticantes de capoeiragem. Formada por até cem indivíduos, a *malta* era a forma associativa entre escravos e homens livres pobres no Rio de Janeiro, na segunda metade do século XIX. A partir de 1850, a geografia das *malts* já estava bastante sofisticada, comportando uma elaborada denominação pitoresca, ligada geralmente aos mais importantes marcos de referência da cidade, como, por exemplo, igrejas, monumentos etc.

²⁸ *Op. cit.*, p. 194.

da Guerra do Paraguai, no cotidiano da cidade:

" A capoeiragem não é um crime previsto no Código Criminal, e somente podem ser capitulados como crime as ofensas físicas, ferimentos e homicídios cometidos por capoeiras, quer em reunião, quer isolados.

É pois evidente a dificuldade que encontra a autoridade de proceder contra eles principalmente por não poderem serem em generalidade considerados como vagabundos, por serem guardas nacionais, praças escusas, ou reformados do Exército.

.....
Tenho entretanto exercido sobre estes turbulentos, na órbita das minhas atribuições, e continuo a exercer, a mais severa vigilância, a mais decidida perseguição, a despeito de mil contrariedades, e sobretudo da exigüidade da força policial a minha disposição".

A dimensão da ligação entre a capoeiragem e o Exército pode ser, ainda que modestamente, demonstrada pelo caso ocorrido em 1882, em que um capoeira, após matar um policial com uma navalhada, conseguiu lograr fuga, graças à intervenção de soldados do Exército, que impediram a ação policial, que objetivava a sua captura ²⁹.

Sobre este ponto, cabe também invocar a lição do insígne OLIVEIRA LIMA, em seu clássico *Formação Histórica da Nacionalidade Brasileira* ³⁰, sobre o fato do Exército ter se recusado a perseguir escravos fugitivos no Rio e em São Paulo, apesar da determinação do Imperador, o que, além abalar o princípio indispensável da obediência, acabou gerando a chamada "questão militar" - os integrantes do Exército sentiram-se obrigados a participar do debate sobre a campanha abolicionista, uma vez que a guerra havia ombreado brancos, negros e mulatos, em condições de igualdade e de mútuo respeito.

Não bastasse isso, o problema da capoeira se agrava drasticamente com a fusão das maltas em duas grandes nações: os **nagoas** (nome de origem africana, e que era representada pela cor branca, sendo, então, identificada com a tradição escrava africana da capoeira) e os **guaiamus** (nome tupi, cor vermelha, ligados a uma raiz nativa e mestiça, próxima dos libertos e pardos), estabelecendo-se, então, uma nova divisão territorial - a capoeira era uma forma de leitura do espaço urbano, a partir de uma identidade grupal - resultante da aglutinação das freguesias, que representavam as áreas de atuação das maltas isoladas.

A formação destas duas grandes nações, **nagoas** e **guaiamus**, foi, de acordo com a tese defendida por CARLOS SOARES, o reflexo direto do conflito político,

²⁹ SOARES, Carlos - *Op. cit.*, p. 76.

³⁰ LIMA, Oliveira. *Formação Histórica da Nacionalidade Brasileira*, Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

existente entre liberais e conservadores, que teria se cristalizado nesta clivagem. A partir deste momento, a capoeira se transformou em verdadeiro braço armado dos dois pólos principais do poder, o que garantiu sua própria sobrevivência, em face de quaisquer perseguições, principalmente as de natureza policial.

Como exemplo capaz de demonstrar o relacionamento entre as maltas de capoeiras e os interesses políticos de liberais e conservadores, pode-se citar o importante papel exercido pela malta *Flor da Gente* ³¹ (*nagoa*) durante as eleições de 1872, assegurando a vitória dos conservadores sobre os liberais e a dissidência conservadora escravista.

Observe-se que, dentro do cenário político da época, a grande questão, às vésperas das eleições, era a reação oposicionista contra o gabinete do Ventre Livre (*nome dado ao gabinete do Visconde do Rio Branco*) e a possibilidade de derrota dos conservadores, o que poderia significar um futuro sombrio para a lei emancipacionista.

Diante desta possibilidade, Duque-Estrada Teixeira, membro do Partido Conservador, comanda, na qualidade de padrinho da malta *Flor da Gente*, a atuação dos capoeiras, que, agredindo e intimidando os eleitores de oposição, contribuem, decisivamente, para a vitória dos conservadores. Consolida-se, desse modo, a aliança entre as maltas de capoeiras da nação *nagoa* e o Partido Conservador, que será consagrada, algum tempo depois, no episódio da chamada "Guarda Negra".

A partir de 1873, iniciam-se conflitos nas ruas entre republicanos e capoeiras (*nagoas*), que vão perdurar até o eclipse da Monarquia. Tornam-se, então, freqüentes ataques abertos contra manifestações republicanas, em momentos de reunião pública ³².

Saliente-se que estes conflitos, como, por exemplo, o de fevereiro de 1873, não eram apurados pela polícia, já que as maltas contavam com o beneplácito das autoridades e de seus padrinhos, entre os quais estava o próprio Imperador, D. Pedro II.

A situação permaneceu a mesma, até que, em janeiro de 1878, o Partido Liberal volta ao Poder, iniciando-se nova perseguição aos capoeiras pela polícia. Tal campanha, entretanto, encabeçada pelo Ministro da Justiça Lafayette Rodrigues, fracassa, vez que não conseguiu acabar com a força político-eleitoreira das maltas.

No limiar da década de 1880, instaura-se a crise do governo liberal, que tem, como marco inicial, a chamada *Revolta do Vintém* – revolta urbana de grandes proporções, na qual os moradores da cidade se insurgiram contra o aumento das passagens dos bondes, determinado pelo Ministro da Fazenda.

Com a derrota do Partido Liberal, nas eleições seguintes, assume o poder o Ministério conservador de Cotejipe, com a firme determinação de reprimir, a

³¹ Esta malta de capoeira dominava, à época, a freguesia da Glória, no Rio de Janeiro.

³² Trata-se, portanto, de fenômeno diferente do uso de capangagem em época de eleições.

qualquer custo, os militantes abolicionistas, diante da crise política acirrada pelo projeto de libertação dos escravos sexagenários.

Daí haver, por exemplo, em 1885, o episódio da invasão da redação do jornal *Gazeta da Tarde*, de cunho abolicionista, por capoeiras, da nação *guaianã*, com a destruição de máquinas e a agressão a jornalistas. Inicia-se aí um conflito, entre abolicionistas e não-abolicionistas, que irá se prolongar pelos próximos anos, vindo a se potencializar.

Neste mesmo ano, os capoeiras inimigos da causa abolicionista são incorporados à ação do governo, deixando a capoeiragem de ser apenas tolerada pelas autoridades para passar a integrar a estrutura policial, conforme noticiam os jornais da época.

No início de 1888, com a queda do gabinete de Cotegeipe, assume o conservador João Alfredo Correia de Oliveira, ligado à ala abolicionista, e amigo pessoal de Duque-Estrada Teixeira, que era, como já salientado, padrinho da malta *Flor da Gente* (nação *nagoa*).

À sombra desta mudança, e diante do perigo de convulsão social, após a promulgação da Lei Áurea, surge a famosa “*Guarda Negra*”³³, que era uma milícia de capoeiras, que tinha como objetivo explícito combater a campanha contra a monarquia, que se espalhava pelo país, após o 13 de maio, vindo a se tornar célebre por seus ataques violentos aos republicanos.

Dentro da linha referente à íntima relação existente entre o Poder e a capoeiragem, é interessante mencionar que, segundo os registros policiais da época, houve, em julho de 1888, a prisão de todos os integrantes da malta do Campo do Santana (*nagoas*), que, por pressões políticas, acabaram sendo soltos, no mesmo dia. Poucos meses depois, como ressalta CARLOS SOARES³⁴, os mesmos nomes reapareceriam como membros da Guarda Negra.

Tal conjuntura somente se modificou com o ocaso do Segundo Império e a proclamação da República, dando-se, então, o rompimento definitivo das maltas de capoeiras com o Poder.

No ano de 1890, o promotor Sampaio Ferraz, nomeado Chefe de Polícia pelo Marechal Deodoro da Fonseca, lidera a repressão aos capoeiras, prendendo e expulsando, em seguida, todos os chefes das maltas para Fernando de Noronha³⁵.

Ainda neste mesmo ano, a repressão consegue a sua maior vitória, com a prisão de José Elysio dos Reis, o célebre Juca Reis, português, filho do conde de São Salvador, e, seguramente, o mais afamado capoeira da cidade do Rio de Janeiro³⁶.

³³ No dia 10/7/88, o jornal de JOSE DO PATROCINIO, *A Cidade do Rio de Janeiro*, anunciou, com grande alarde, a formação da “Guarda Negra da Redentora”, para o combate à campanha republicana.

³⁴ *Op. cit.*, p. 125.

³⁵ Só neste ano foram presos mais de 30 capoeiras. Cf. *op. cit.*, p. 129.

³⁶ Tal fato, aliado à prisão de outros portugueses, pertencentes a famílias abastadas, sob a acusação de serem integrantes das maltas de capoeiras, gerou incidente internacional, envolvendo o governo português e o Ministro das Relações Exteriores da época, Quintino Bocayuva. Cf. *Op. cit.*, p. 152.

Em 11 de outubro daquele ano, entra em vigor o novo Código Penal, que, finalmente, estabelece, como infração penal, em seus artigos 402 e seguintes, a capoeiragem ³⁷.

Percebe-se, assim, que a capoeira, ao longo de cem anos, passou de briga de rua à instrumento do poder, culminando com sua tipificação no Código Penal, e que seus participantes, durante este mesmo período, foram considerados: facínoras, heróis, militantes partidários e, por fim, criminosos.

É interessante observarmos que, ao lado deste processo de incriminação, surge movimento cultural de resgate da capoeira, comandado por nossos maiores literatos, como, por exemplo, MACHADO DE ASSIS e ALUÍSIO DE AZEVEDO, que advogava a idéia de ser a capoeiragem uma forma de folclore nacional, que deveria, por isso, ser enaltecida.

V - CONCLUSÃO

No presente estudo, procurou-se analisar algumas infrações penais, referentes à polícia de costumes, existentes no ordenamento jurídico brasileiro do século XIX (v.g. *vadiagem*, *mendicância* e *capoeiragem*), a partir de uma perspectiva que não ficasse restrita à mera compreensão formal dos textos frios das leis. Buscou-se, desse modo, investigar o assunto, levando-se em consideração a relação entre o Direito, Poder e História, dentro de um novo paradigma, que valoriza a observação do cotidiano de pessoas comuns.

Dentro desta linha, enfocou-se o Direito em sua vivência diária, isto é, o Direito como experiência, dentro de uma visão crítica, tentando debuxar os contornos da imbricação – Direito/ Poder.

Neste sentido, seguindo o pensamento de FOUCAULT, trabalhou-se em dois níveis de pesquisa: um primeiro, referente à arqueologia dos saberes, onde é feita a análise dos discursos; e um segundo, da genealogia dos poderes, onde se investiga as práticas não discursivas (sociais, políticas etc.), diagramando-se as forças (*proveniência*), que, em luta, permitiram o aparecimento daquelas imagens (*emergência*).

Assim, por exemplo, em relação ao fenômeno da *capoeira*, constatou-se que, durante o século XIX, foi o mesmo estigmatizado, pela sociedade em geral, como caso de polícia; consagrado como motivo de júbilo nacional, em razão da vitória na Guerra do Paraguai; utilizado pelos governantes como instrumento de manutenção do poder e, ainda, venerado por alguns de nossos maiores escritores como manifestação do folclore nacional.

³⁷ Dois dias depois da entrada em vigor do Código, foi preso Manuel Francisco de Paulo, 35 anos, preto, primeira pessoa a ser acusada da prática desta infração, conforme registros da Casa de Detenção. Livro de Matrícula da Casa de Detenção, nº 4048, ficha 3559, de 13/10/90.

VI – REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ABREU, Waldyr. *O submundo do jogo de Azar, prostituição e Vadiagem*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.
- ALENCASTRO, Luiz Felipe. "Vida privada e Ordem Privada no Império". In *Historia da Vida privada no Brasil*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1997.
- CAMPANHOLE, Hilton. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2001.
- CARDOSO, Ciro Flamarion. *Os Métodos da História*. Rio de Janeiro: Graal, 1990.
- CARNEIRO, Edison. *Antologia do Negro Brasileiro*, Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.
- COROACY, Vivaldo. *Memórias da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: USP, 1988.
- DUARTE, José. *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- FONSECA, Guido. *História da Prostituição em São Paulo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1982.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, Rio de Janeiro: Graal, 1993.
- HOLLOWAY, Thomas. *Polícia no Rio de Janeiro: Repressão e resistência numa cidade do século XIX*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.
- LIMA, Oliveira. *Formação Histórica da Identidade Nacional*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.
- MACEDO, Ubiratan. *A Liberdade no Império*. São Paulo: Convívio, 1977.
- MORAES, Evaristo. *Ensaio de Pathologia Social*. Leite Ribeiro: Rio de Janeiro, 1921.
- PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Brasília: Senado Federal, 1978.
- PRIORE, Mary del. "História do Cotidiano e da Vida Privada". In *Domínios da Vida Privada: Ensaio de Teoria e Metodologia*. Org. CARDOSO, Ciro Flamarion.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *As Barbas do imperador*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras.

SOARES, Carlos Eugenio Libanio. *A Negregada Instituição: Os Capoeiras no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Cultura, 1994.

SOENTGEN, Jens. "Die Capoeira: Tanz, Kampfsport und Volkstheater". In *Tópicos: Deutsch-Brasilianische Hefte*. Bonn, 2000, nº 4, pp. 29/30.

^(*) FERNANDO GALVÃO DE ANDRÉA FERREIRA é membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela UERJ e Doutorando em Direito pela USP. Professor da PUC/RJ e das Faculdades São José.

Reflexões sobre o procedimento da ação coletiva stricto sensu no Direito Processual Civil brasileiro

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO (*)

Procuramos, neste trabalho, apresentar a ação coletiva em sentido estrito, enquanto espécie do gênero ação coletiva *lato sensu*, prevista em diversos diplomas legais que formam a chamada jurisdição coletiva, bem como examinar alguns pontos controvertidos de tal medida judicial.

Começemos, pois, pela sua origem e âmbito de utilização.

Assim como o direito individual homogêneo, a ação coletiva (que é seu apropriado instrumento de tutela) foi introduzida entre nós pelo Código do Consumidor, especificamente em seu artigo 91 ¹.

Com a criação da ação coletiva, resolveu-se o problema, então existente, acerca do cabimento ou não da ação civil pública para defesa de direito individual homogêneo.

Assim, nos dias atuais, deve-se utilizar a ação civil pública para a tutela dos direitos difusos e coletivos (artigo 81, parágrafo único, incisos I e II do C.D.C.) e a ação coletiva para a defesa do direito individual homogêneo (inciso III).

Entretanto, à época da edição do Código do Consumidor, foi objetado que a ação coletiva (e, por via de consequência, o direito individual homogêneo) só se aplicaria às relações de consumo, isto porque o texto do artigo 89, segundo o projeto original, foi vetado pelo Presidente da República ².

Apesar do veto, a questão acabou sendo solucionada através do artigo 117 ³ da mesma Lei.

¹ "Art. 91 - Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas e seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes".

² O texto vetado do artigo 89 da Lei nº 8.078/90 é o seguinte: "As normas deste Título aplicam-se, no que for cabível, a outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tratados coletivamente".

³ "Art. 117 - Acrescente-se à Lei 7347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: Art. 21 - Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor." É de se ressaltar também que o artigo 110 do Código de Defesa do Consumidor acrescentou o inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347/85, estabelecendo a defesa de "qualquer interesse difuso ou coletivo".

Contudo, vencida esta primeira questão, há que se delimitar com clareza o cabimento da ação coletiva.

Nesse sentido, veja-se que o termo “ação civil pública” já existe em nosso ordenamento desde a edição da Lei nº 7.347/85, que a ela se referiu expressamente.

O termo veio, ainda, a ser utilizado no artigo 129, inciso III da Carta de 1988, e também quando da edição da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989⁴, e da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989⁵, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Somente com a vigência do Código do Consumidor passa-se a falar em ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, pois tais interesses só foram normatizados em nosso ordenamento jurídico a partir da vigência desse Código.

Destarte, é necessário assentar que a ação coletiva⁶ é, tecnicamente, aquela utilizada para a defesa de um direito individual homogêneo.

Esta insistência terminológica se faz necessária porque diversos doutrinadores utilizam o termo ação coletiva como gênero, do qual seriam espécies a ação coletiva *stricto sensu* e a ação civil pública. Outros, a seu turno, sustentam ser a ação civil pública o gênero, do qual seriam espécies a ação civil pública propriamente dita e a ação coletiva.

E de certa maneira a confusão é até compreensível, na medida em que a Lei nº 8.078/90 alterou diversos dispositivos da Lei nº 7.347/85, ao mesmo tempo em que elegeu este diploma como fonte subsidiária a ser aplicada às ações coletivas⁷.

De toda sorte, neste trabalho, iremos nos referir à ação coletiva como o instrumento de tutela do direito individual homogêneo.

⁴ Dispõe sobre a proteção às pessoas portadoras de deficiência. Veja-se especificamente o artigo 3º do Diploma Legal:

“Art. 3º - As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal (...)”.

⁵ Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

“(...) Art. 1º - Sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado, o Ministério Público, de ofício ou por solicitação da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, adotará as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, (...)”.

⁶ ANTONIO GIDI conceitua a ação coletiva como sendo aquela “proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada)”. (GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litigância em Ações Coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16).

⁷ Nesse sentido o artigo 90 do C.D.C.: “Art. 90 - Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de junho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

Vista a abrangência da ação coletiva, falemos um pouco de seu procedimento, até mesmo para que possa ser entendida a importância do direito individual homogêneo.

Uma vez ajuizada, segue ela o mesmo rito da ação civil pública, que por sua vez acaba tendo como base o procedimento comum ordinário do Código de Processo Civil, sendo certo que o rol dos legitimados⁸ encontra-se no artigo 82 do C.D.C.

Admite-se o requerimento de antecipação de tutela, tanto quando o pedido se referir a pagamento de indenização ou ressarcimento, quanto nas hipóteses de obrigação de fazer ou não fazer. Na primeira modalidade, utiliza-se subsidiariamente o artigo 273 do C.P.C.; na segunda, o artigo 84 do C.D.C., que, ao lado do artigo 213 do E.C.A.⁹, constitui verdadeiro antecedente histórico do artigo 461 do C.P.C.

⁸ Há grande controvérsia doutrinária, de cunho processual, acerca da legitimidade para a propositura da ação coletiva; discute-se ser ela ordinária ou extraordinária. A bem da verdade, tal divergência já existia ao tempo da Lei nº 7.347/85. Neste trabalho não abordaremos a questão, mas remetemos o leitor às obras especializadas, tais como MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 1997; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigo*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, e CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. "O Ministério Público e a Lei da Ação Civil Pública – dez anos na defesa dos interesses difusos e coletivos", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 2, p. 148. Este último autor, com o qual concordamos, defende posição contrária à dos outros dois professores, ao sustentar que a legitimidade nessa hipótese é ordinária, e não extraordinária, na medida em que, na ação coletiva, o interesse tutelado é da coletividade, e como tal, todos têm certa ligação com ele, não havendo razão plausível para se falar em tutela em nome próprio de interesse alheio. Isto é um pouco obscuro nas hipóteses de direito individual homogêneo, dada a necessidade de observação de cada caso concreto, mas se torna bastante claro quando se trata de direito difuso ou coletivo. De qualquer sorte, parece-nos realmente que o direito processual coletivo está a reclamar melhor regulamentação e mais atenção do legislador, sobretudo ante sua enorme importância social, não sendo, portanto, recomendável que se tente lhe aplicar "forçosamente" as disposições do direito processual individual, como ocorre, *in casu*, com a suposta incidência do artigo 6º do C.P.C.

⁹ A redação desses dois dispositivos legais é a seguinte: **Artigo 84 do C.D.C.:**

"Art. 84 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º - A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º - A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (artigo 287 do Código de Processo Civil).

§ 3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao Juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu.

§ 4º - O Juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º - Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o Juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial".

Artigo 213 do E.C.A.:

São cabíveis também o litisconsórcio ativo (artigo 5º, § 2º) e o passivo, apesar do silêncio da Lei quanto a este último, bem como o denominado litisconsórcio de Ministérios Públicos (artigo 5º, § 5º), embora esse dispositivo seja bastante criticado, sob o entendimento de ser inconstitucional, o que realmente não nos parece ¹⁰.

Esta ação poderá ser precedida de inquérito civil, cuja instauração é ato privativo do Ministério Público (artigo 129, inciso III da Carta de 1988), e comporta ainda, antes ou após seu ajuizamento, a celebração de termo de ajustamento de conduta ¹¹ entre o réu e a parte autora, sendo esta o Ministério Público ou pessoa jurídica de direito público.

A competência para o processamento do feito vem regulada no artigo 93 do C.D.C., e o dispositivo seguinte determina que, com a instauração da relação processual, deve ser “*publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor*”.

Ultimada a fase postulatória, com a apresentação da resposta do réu, passa-se então, sucessivamente, às providências preliminares, ao julgamento conforme o estado do processo, se for o caso, à instrução probatória, à audiência de conciliação, instrução e julgamento, e, finalmente, à sentença.

Aqui há algumas peculiaridades.

Diz o artigo 95 do mesmo diploma legal que, se o pedido for julgado procedente, deve o Juiz fixar condenação genérica. A partir daí, será iniciada a fase de liquidação de sentença, tal como regulamentada no artigo 608 do Código de Processo Civil, o que será feito individualmente por cada lesado, de acordo com o *quantum* que lhe seja pertinente, sendo certo ainda, que remanesce legitimação subsidiária às pessoas arroladas no artigo 82 também para a ins-

“**Art. 213.** Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu.

§ 2º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 3º A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento”.

¹⁰ Para maiores esclarecimentos sobre a questão, inclusive identificação dos defensores de cada ponto de vista, veja-se TAVARES, Patricia Silveira. MARTINS, Daniela Calandra. RIBEIRO, Deise Barbosa Passos. SAID, Luiz Thomaz. TOSCANO, Thales, A. *Ação Civil Pública*, monografia apresentada à Faculdade de Direito da UERJ, em 04 de novembro de 1997, não publicada.

¹¹ Acerca da real natureza jurídica deste Termo, consulte-se, CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. “A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública”, Tese apresentada e publicada nos Anais do 9º Congresso Nacional do Ministério Público, Bahia, 1992, in *Livro de Estudos Jurídicos* nº 6, do Instituto de Estudos Jurídicos, 1993.

tauração desta fase de liquidação, bem como para a execução ¹².

Por outro lado, impõe-se aqui o exame, mesmo que de forma sucinta, ante os limites objetivos do trabalho, do instituto da coisa julgada na ação coletiva, matéria que vem regulada nos artigos 103 e 104 do C.D.C. ¹³

Como se percebe, o Código se refere à ação coletiva no sentido *lato* ou genérico. Nessa oportunidade, analisaremos apenas a extensão subjetiva e objetiva da coisa julgada na ação coletiva *stricto sensu*.

A regra geral é, portanto, a seguinte ¹⁴:

a) nas hipóteses de extinção do processo sem exame do mérito ou naquelas onde o mérito é tocado, mas o pedido é julgado improcedente por insuficiência de provas, produz-se apenas coisa julgada formal;

¹² Assim dispõem os artigos 97 e 98 do C.D.C.:

“Art. 97 - A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o artigo 82. Parágrafo único - (Vetado) Art. 98 - A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o artigo 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções”.

¹³ É a seguinte a redação desses dispositivos:

“Art. 103 - Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do artigo 81; II - *ultra partes*, mas limitada-mente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do artigo 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do artigo 81.

§ 1º - Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º - Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º - Os efeitos da coisa julgada de que cuida o artigo 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 96 a 99.

§ 4º - Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Art. 104 - As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

¹⁴ Esta regra, aliás, é a mesma aplicada à ação popular (artigo 18 da Lei nº 4.717/65), sendo ainda repetida no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública. Apenas para registro, no mencionado artigo 18 da Lei da Ação Popular, bem como na anterior redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (hoje modificada pela Lei nº 9.494/97) lê-se a expressão “deficiência de provas”.

b) ao revés, se o mérito é examinado e o pedido é julgado procedente ou improcedente por outro motivo que não seja insuficiência de provas, opera-se a coisa julgada material.

Entretanto, nem sempre esta regra é suficiente para a solução das questões que se apresentam na prática.

Isto porque, em não raras vezes, durante o curso da ação coletiva, ou mesmo antes de seu ajuizamento, são instauradas ações individuais por pessoas que foram lesadas em razão do mesmo fundamento que serviu de base à ação coletiva.

Nesses casos, é necessário um exame mais aprofundado sobre os dispositivos do C.D.C.

Em se tratando de direito individual homogêneo, a sentença produzirá efeitos *erga omnes* em caso de procedência do pedido para beneficiar vítimas e sucessores (artigo 103, inciso III do C.D.C.).

Os titulares desses direitos poderão pedir suas indenizações pessoais sem necessidade de se questionar a obrigação de indenizar e o nexo causal entre o dano geral e o ato causador do dano. Simplesmente deverão demonstrar que seu dano particular se prende àquele dano genericamente reconhecido e quantificar sua indenização em processo de liquidação.

Discute-se, neste caso, se a ação coletiva induzirá litispendência em relação às ações individuais propostas com o mesmo fim (artigo 104, 1ª parte, do C.D.C.).

Parece-nos que não ¹⁵, na medida em que as partes serão distintas, a causa de pedir pode ou não ser idêntica e o pedido será sempre diverso, pois na ação coletiva o pedido de condenação é genérico, ao contrário do que ocorre com a ação individual, em que esse é especificado de acordo com as necessidades de cada autor.

Contudo, forçoso reconhecer, ainda atento aos termos do artigo 104 do C.D.C., que o benefício da coisa julgada formada em ação coletiva dependerá do pedido oportuno de suspensão de ação individual quando tramitarem simultaneamente esta e aquela.

Por outro lado, a improcedência do pleito coletivo permitirá aos lesados individualmente que não intervieram no processo coletivo como assistentes litisconsorciais, propor ações individuais, porque uma sentença de improcedência em demanda coletiva opera coisa julgada *erga omnes*, impedindo apenas que outro ou o mesmo legitimado proponha nova demanda coletiva, mas não afastando a ação individual de indenização.

Por fim, os interessados que intervieram como assistentes litisconsorciais

¹⁵ No sentido do texto, GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 207/208; em sentido contrário, GRINOVER, Ada Pellegrini, *Da Coisa Julgada no Código de Defesa do Consumidor*, in *Revista do Advogado*, vol. 33, pp. 13/17.

não poderão ingressar com demanda individual em caso de improcedência, conforme se depreende do artigo 103, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Em suma, podem ocorrer as seguintes hipóteses:

a) o lesado propôs demanda individual antes do ajuizamento da ação coletiva e pediu suspensão do primeiro processo: nesse caso, será ele beneficiado pela procedência da ação coletiva e não será prejudicado no caso de improcedência, podendo aqui prosseguir na ação de indenização a título individual;

b) o lesado propôs demanda individual antes do ajuizamento da ação coletiva e não requereu a suspensão do primeiro processo: aqui, não será ele beneficiado pela procedência da ação coletiva;

c) o lesado ingressou na ação coletiva como assistente litisconsorcial: não poderá propor ação individual em caso de improcedência da ação coletiva, e, neste caso, a coisa julgada na ação coletiva surtirá efeitos em relação ao lesado ¹⁶;

d) o lesado não ingressou na ação coletiva nem propôs ação individual: poderá propor ação individual em caso de improcedência da ação coletiva ou será beneficiado em caso de procedência desta ação coletiva.

De qualquer sorte, vê-se claramente que o objetivo do legislador foi o de permitir que o lesado sempre se beneficie da coisa julgada coletiva ¹⁷⁻¹⁸⁻¹⁹.

¹⁶ Até mesmo em virtude do disposto no artigo 472, 1ª parte do Código de Processo Civil: “Art. 472 - A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada (...)”.

¹⁷ Atente-se para o fato de que em se tratando de direito individual homogêneo, o legislador exige que, tramitando simultaneamente ação coletiva e ação individual, seja a última suspensa até a conclusão da primeira, para que o lesado beneficie-se da procedência da ação coletiva. Ora, se o lesado insiste em prosseguir com a ação individual adere à possibilidade de adir decisão favorável em ação coletiva que não o beneficiará, e somente nesta hipótese poderíamos vislumbrar contrariedade entre o resultado da ação coletiva e da ação individual. O legislador não prevê solução para o caso, ainda que tenha buscado evitá-la com a possibilidade de suspensão da ação individual (artigo 104 do C.D.C.). Ressalte-se, todavia, que deveria ser desenvolvido um sistema que permitisse ao autor do pleito individual tomar inequívoca ciência da existência da demanda coletiva, uma vez que o artigo 94 prevê apenas a publicação de editais.

¹⁸ Anote-se, ainda, que a redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública foi alterada pela Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, para que se introduzisse a expressão “nos limites da competência territorial do órgão prolator”. Compare-se a redação antiga com a hoje vigente: (redação original)

“Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Esta, aliás, deve ser a moderna tendência do direito processual coletivo ²⁰.

Assim sendo, visto o procedimento da ação coletiva, concluímos tratar-se de instrumento dos mais importantes na estrutura processual civil brasileira, uma vez que sua utilização, em sede de direitos individuais homogêneos, é fundamental para a garantia do acesso à justiça na chamada jurisdição coletiva, observado o papel fundamental que o Ministério Público desempenha, ao ocupar o pólo ativo dessas demandas, na qualidade de parte prioritária.

(nova redação)

"Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites de competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".

¹⁹ Buscou-se, assim, limitar a eficácia da sentença e a autoridade da coisa julgada à Comarca onde foi proferida a decisão, evitando-se assim que a determinação de um juiz ultrapassasse os limites políticos de sua jurisdição, já que, não raras vezes, os interesses coletivos *lato sensu* envolvem um grupamento de pessoas pertencentes a diversas cidades ou até mesmo Estados da Federação. É certo, contudo, que a inovação recebeu duras críticas da doutrina especializada por servir de obstáculo ao acesso à justiça e à celeridade e efetividade processuais.

²⁰ Isto se dá, até mesmo porque, como bem ressalta RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO: "*é no plano da jurisdição coletiva que o problema da divergência jurisprudencial fica exacerbado, e isso pela intercorrência de vários fatores: i) sob o prisma do objeto do processo, o interesse material veiculado não se restringe às partes, que aí não estão sustentando posições jurídicas próprias, vindo o interesse tratado em sua dimensão coletiva, substancialmente indivisível pois, como ocorre numa ação civil pública objetivando proibição de publicidade abusiva ou enganosa acerca de certo produto ou serviço; ii) sob o prisma subjetivo, os indivíduos concernentes aparecem indeterminados, absoluta ou relativamente, encontrando-se, no primeiro caso, esparsos pela sociedade civil como um todo*". (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 361).

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

Portar ou guardar arma de fogo desmuniada configura o delito previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97?

JOEL TOVIL (*)

Arma de fogo desmuniada é “arma de fogo” para fins de tipificação do crime previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97 ?

Em outras palavras, é lícita a conduta de quem traz consigo, na rua, por exemplo, um revólver descarregado?

Alguns doutrinadores, há tempos, respondem negativamente a esta pergunta ¹, assim com parte da jurisprudência dos tribunais estaduais ².

Modernamente, sustenta-se, com nítida influência da teoria do “garantismo jurídico”, que tal conduta seria atípica, por contrariar o princípio da lesividade.

LUIZ FLÁVIO GOMES, em recente escrito ³, sustenta que “a conduta como um todo (soma do objeto lesivo mais a disponibilidade) deve ser dotada do risco proibido penalmente relevante. Armas quebradas, armas obsoletas, armas descarregadas não oferecem essa aportação. Podem ser utilizadas como instrumentos intimidadores, sim. Mas no contexto de outro fato típico. Pela teoria da imputação objetiva, de outro lado, o risco criado deve ter relação direta com o âmbito de proteção do tipo penal específico.”

Chega-se mesmo a negar legitimidade ao legislador para criminalizar tais condutas. Vale transcrever, posto que longa, a argumentação do Prof. LENIO LUIZ STRECK no trabalho antes citado:

“Despiciendo dizer que no Estado Democrático de Direito não existe liberdade (ilimitada) de conformação do legislador. Ou seja, o legislador não é livre para estabelecer tipos ao seu bel prazer. Deve, antes, obediência à Constituição, entendida em seu todo principiológico. Despiciendo também lembrar, como diz PAULO BONAVIDES, que princípios valem, regras vigem, sendo a violação de um princípio,

¹ CAPEZ, Fernando. *Arma de Fogo. Comentários à Lei nº 9437 de 20-02-1997*. São Paulo. Saraiva, 1997. MARTINS, André Luiz. “Arma desmuniada: Ausência de lesividade jurídica”, disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>. STRECK, Lenio Luiz. “O ‘crime de porte de arma’ à luz da principiológica constitucional e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da Hermenêutica”. Disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>. 30.04.2002.

² RT 486/319, 588/350, JUTACRIM, 75/401, 94/165.

³ GOMES, Luiz Flávio/ OLIVEIRA, Willian Terra. “A arma de fogo desmuniada configura crime?” Disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>, 26.10.2001.

como bem lembra CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO, mais grave que a violação de uma norma (...). Relembre-se, nesse sentido, e para exemplificar, que o Supremo Tribunal Federal vem aplicando o princípio da proporcionalidade desde o ano de 1951.

Vários princípios, no caso em pauta, estão sendo violados: o princípio da subsidiariedade, variante do princípio da proporcionalidade, o princípio da razoabilidade (afinal, é razoável punir alguém com pena mínima de um ano porque tem, por exemplo, uma espingarda ou um revólver guardados em um armário da sua residência?), além do princípio da secularização (não se esquecer que o Estado não pode punir meras condutas e comportamentos).

Assim, não se pode admitir que o legislador incrimine meras atividades (e comportamentos) como ilícitos, sem exigir um efetivo dano a algum bem jurídico. Dito de outro modo, o art. 10, em algumas de suas modalidades, introduz em nosso direito uma nova modalidade de crime: o crime de dano normativo! Ora, será demais lembrar que somente a lesão concreta ou a efetiva possibilidade de uma lesão imediata a algum bem jurídico é que pode gerar uma intromissão penal do Estado? Caso contrário, estará o Estado estabelecendo responsabilidade objetiva no direito penal, punindo condutas *in abstracto*, violando os já explicitados princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da secularização, conquistas do Estado Democrático de Direito. É de se perguntar: onde o perigo concreto decorrente da atitude/conduta do réu? Mais ainda: onde está a razoabilidade da punição de um cidadão que guarda em sua casa uma espingarda ou um revólver, ainda que sem autorização?"

Data venia, assim não entendemos. Uma arma de fogo, qualquer arma de fogo, clandestinamente guardada ou transportada, à revelia da administração pública, acarreta grande risco para a coletividade e para o próprio usuário.

Da mesma forma, constitui inegável perigo para a paz pública associarem-se mais de três pessoas com o fim de cometer crimes e nunca ninguém sustentou que o art. 288 do Código Penal seria inaplicável, por ofensa ao princípio da lesividade, se o bando ainda não tivesse começado a delinquir.

A propósito, como bem observa o Prof. DAMÁSIO E. DE JESUS, amparado na jurisprudência dominante, *"a quadrilha ou bando é crime independente dos delitos*

que venham a ser praticados pela associação. Para a consumação, não é necessário que o bando tenha cometido algum crime. Nesse sentido, RTJ 102/614, RT 565/409, TJSP, Rcrim 244.836, 2º Gr. de Câms., rel. Des. Hélio de Freitas, RT, 769/560.”⁴

Por outro lado, não convence a invocação do garantismo jurídico dos direitos da pessoa humana, pensado pelo grande LUIGI FERRAJOLI⁵, ou da teoria da “normatividade dos princípios”⁶ para justificar a posse ilegal de instrumentos de morte.

Sejamos francos. Para que servem as armas de fogo? Para matar. Para ferir. Para vulnerar o primeiro e o mais fundamental dos direitos da pessoa humana que é o direito à vida.

Mesmo que se admitisse a alegada ofensa ao princípio da lesividade, este teria de ceder terreno para a tutela do direito à vida, que lhe é superior em importância.

A crônica forense registra inúmeros casos em que a arma, mesmo guardada no interior de uma residência, provocou graves acidentes, com consequências fatais, decorrentes de inexperiente manuseio.

O que dizer, então, do indivíduo que porta uma arma verdadeira na rua? É evidente que, ou já utilizou a munição, tendo assim colocado em risco efetivo a incolumidade pública, ou em algum momento irá carregar o *ferro*, com idêntico resultado potencialmente lesivo para a comunidade.

Mesmo que não o faça, pode valer-se do artefato para ameaçar pessoas e cometer crimes, sendo evidente que a nova lei visa, justamente, evitar que o agente se beneficie do temor causado pelo porte daquele instrumento homicida.

Como Promotor de Justiça, tivemos a oportunidade de submeter a Juízo o seguinte fato delituoso: um cidadão, dizendo-se policial federal e armado com uma pistola que depois se verificou estar sem munição, invadiu um bar em Itaguaí e ali semeou pânico entre os frequentadores durante quase uma hora, revistando-os um a um e ameaçando-os de prisão ou de morte. Uma senhora, que ali se encontrava, passou mal e teve de ser levada para o hospital...

O porte ilegal de arma de fogo, como ressabido, é **crime formal** e de **perigo coletivo e presumido**, que não reclama, destarte, prova da existência concreta do risco para alguém.

Se o uso de simples arma de brinquedo foi agora criminalizado pelo legislador (art. 10 § 1º, II, da Lei nº 9.437/97), como sustentar que o porte de arma verdadeira, potencialmente muito mais perigosa, não acarreta risco para a coletividade?

⁴ Código Penal Anotado, 12ª ed., Saraiva, 2002.

⁵ Consulte-se, a respeito, a obra *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madri, Trotta, 1997.

⁶ BARROSO, Luiz Roberto. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro.” Rio de Janeiro, in *Revista da EMERJ*, vol. IV, nº 15.

E o indivíduo surpreendido a *fabricar* clandestinamente armas de fogo para venda a terceiros? Também não deve ser enquadrado no tipo penal do art. 10 da Lei nº 9.437/97 porque ainda não municiou os produtos manufaturados?

Arma de fogo, segundo o *Dicionário Aurélio*, é toda aquela que funciona mediante a deflagração de uma carga explosiva que dá lugar à formação de gases, sob cuja ação é lançado no ar um projétil.

De consequente, se o artefato está apto a disparar projéteis, é arma para fins penais.

A *contrario sensu*, não podem ser consideradas “armas” os simulacros e aqueles instrumentos que não forem absolutamente capazes de lançar as balas (“*quebradas*”). Somente nestes casos é que falta *ofensividade* aos artefatos, restando excluída, pois, a tipicidade.

É importante diferenciar, aqui, o que muitos equiparam: arma desmuniada não é a mesma coisa que arma de brinquedo e arma quebrada. Falta às últimas, como ressaltado acima, a potencialidade ofensiva que sobra na primeira.

De se notar, de outra parte, que *as balas, a munição, não integram a arma, não constituem parte da mesma*, podendo ser livremente transportadas e comercializadas separadamente.

Não cumpre ao intérprete, como se sabe, distinguir onde a lei não o faz. Quisesse o legislador somente criminalizar o porte ou a guarda de arma *carregada*, teria especificado isso no texto legal.

Um dos objetivos da nova lei foi acabar com a antiga polêmica acerca da distinção entre o **porte** e o **transporte** de armas, criminalizando estas e outras 16 condutas, inclusive a de *fabricar*, que evidentemente não compreende a munição.

Ora, se o tipo penal anterior (art. 19 da LCP), muito mais liberal que o atual, já não exigia que a arma estivesse muniada, não se concebe interpretar o novo (art. 10, *caput*, da Lei nº 9.437/97), muito mais rigoroso, em sentido contrário.

Vê-se, pois, que a incriminação desta e outras condutas relacionadas ao uso clandestino de armas em nada contraria os princípios do chamado “*garantismo jurídico*” dos direitos humanos.

Ao revés, como bem ressalta FERNANDO CAPEZ, “*trata-se de legítima opção política, de resguardar, de modo mais abrangente e eficaz, a vida, a integridade corporal e a dignidade das pessoas, ameaçadas com a mera conduta de sair de casa ilegalmente armado. Realizando a conduta descrita no tipo, o autor já estará colocando a incolumidade pública em risco, pois protegê-la foi o escopo manifestado pela lei. Negar vigência ao dispositivo nos casos em que não se demonstra perigo real sob o argumento de que atentaria contra a dignidade da pessoa humana implica reduzir o âmbito protetor do dispositivo, com base em justificativas no mínimo discutíveis. Diminuindo a proteção às potenciais vítimas de ofensas mais graves, produzidas mediante o emprego de armas de fogo, deixando-as a descoberto contra o dano em seu nascedouro, o intérprete estará relegando o critério objetivo da lei ao seu, de cunho subjetivo*”

e pessoal. Privilegia-se a condição do infrator em detrimento do ofendido, contra a expressa letra da lei” ⁷.

A questão permanece acesa na doutrina, mas parece estar se pacificando na jurisprudência dos tribunais superiores.

Ainda sob a égide da legislação anterior (art. 19 da LCP), o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de proclamar que *“o delito previsto no art. 19 da Lei das Contravenções Penais, é daqueles para o qual a lei não exige nenhum resultado material, contentando-se diante de uma ofensa presumida de dano ou perigo na prática da conduta. Para configuração do delito, irrelevante o fato da arma estar desmuniçada, bastando o seu transporte fora de casa e sem licença da autoridade competente”* ⁸.

Recentemente, decidiu aquela Colenda Corte no mesmo sentido:

“Criminal. HC. Porte ilegal de arma . Trancamento de ação penal. Atipicidade. Arma desmuniçada. Irrelevância . Ordem denegada.

I. A circunstância de estar a arma desmuniçada não exclui a tipicidade do delito de porte ilegal de arma de fogo, previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97, pois entende-se como suficiente para a sua configuração tão-somente, o porte do armamento sem a devida autorização da autoridade competente.

II - Ordem denegada.” ⁹

Na mesma direção, sinaliza o Supremo Tribunal Federal, pois, no julgamento do RHC nº 81.057/SP, ainda não concluído no momento em que escrevemos, *“a Ministra Ellen Gracie, relatora, proferiu voto no sentido de indeferir o writ, por considerar que o fato de a arma estar sem munição não a desqualifica como arma, nem retira o seu potencial de intimidação, salientando, ainda, que o crime imputado ao paciente caracteriza-se como de mera conduta e de perigo abstrato, independentemente, assim, da demonstração efetiva de ocorrência de perigo à coletividade;”* ¹⁰.

Pedimos vênias aos leitores para concluir nosso estudo com uma reflexão irônica.

Há pouco tempo, e em boa hora, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. nº 213.054-SP, por sua Terceira Seção, na sessão de 24.10.2001, **deliberou pelo cancelamento da súmula nº 174, que rezava: “no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena”.**

⁷ Ob. cit., p. 26.

⁸ REsp nº 43234/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Fláquer Scartezini, DJU de 16.6.97, p. 27381, LEXSTJ, 99/351.

⁹ RHC nº 14747/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 19.3.2001, p. 127, EJSTJ, 30/245.

¹⁰ Cf. Informativo nº 249, disponível no site www.stf.gov.br.

A doutrina não se cansava de demonstrar o desacerto da tese agasalhada na mencionada súmula até que a Corte, finalmente, modificou sua orientação sobre o tema.

Comentando o julgado, LUIZ FLÁVIO GOMES observou argutamente: *"com a sábia decisão do STJ livramo-nos do bizarro, do grotesco. Por quê? Porque se arma de brinquedo é arma, com diz LENIO STRECK, ursinho de pelúcia é urso, mulher inflável é mulher (e pode ser estuprada ou raptada, se honesta evidentemente) e quem usa um boneco no roubo responderia por concurso de pessoas"*.

Invertendo o raciocínio do festejado mestre, poderíamos afirmar que, se arma desmuniada não é arma, então o rio quando seca na estiagem não é mais rio, mulher frígida não é mulher, homem impotente não é homem, professor desempregado não é professor, piscina sem água não é piscina, advogado sem clientela não é advogado ...

Rio de Janeiro, 12/08/2002.

^(*) JOEL TOVIL é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

O novo Código Civil e a união estável

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (*)

1. A expressão "união estável" é recente na terminologia legal brasileira. Se bem que já aparecesse antes em trabalhos doutrinários¹, sua consagração oficial foi obra da Constituição da República de 1988, que a empregou no art. 226, § 3º, assim redigido: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Em época mais distante, o termo usado com maior freqüência para designar uniões não formalizadas era o de "concubinato"². A palavra, contudo, suportava a carga de uma conotação inequivocamente pejorativa: suscitava no comum dos casos a idéia de ligação clandestina, mantida em geral por homem casado, à margem não só da lei, senão também, tanto quanto possível, do contexto social, do mundo em que se queria ou se precisava exibir uma aura de respeitabilidade. A concubina era, em regra, "a outra", freqüentada às escondidas, ou pelo menos discretamente, no intuito de evitar a projeção de sombra infamante sobre a imagem da vida familiar. Da lei recebia o fenômeno tratamento indisfarçadamente hostil, conforme revela, entre outros textos, o do art. 1.719, nº III, do Código Civil de 1916, que proibia ao homem casado a nomeação da concubina como sua herdeira ou legatária. Preocupava-se o legislador, com medidas desse gênero, em proteger a única modalidade de família havida por legítima, a fundada no casamento.

A partir de certo momento, manifestou-se tendência a estabelecer distinção entre situações que, embora se assemelhassem na substância – convívio entre homem e mulher não unidos oficialmente pelo matrimônio – diferiam nas circunstâncias. Muitas ligações, com efeito, já não se refugiavam na clandestinidade, mas se faziam ostensivas no meio social, tratada a mulher, publicamente, como se esposa fosse, conquanto sem oficialização, existisse ou não impedimento legal. Recorria-se às vezes, na primeira hipótese, a expedientes

¹ V.g., ORLANDO GOMES, *Direito de Família*, 7ª ed., Rio de Janeiro, 1987, p. 41; EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, *O concubinato no Direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro – S. Paulo, 1969, 1º vol., p. 104.

² O novo Código Civil reserva-o, no art. 1.727, para designar a situação caracterizada pela ocorrência de "relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar". Distingue o concubinato, assim, da união estável (cf. nº 4, *infra*).

vistos como “legitimantes”, com realce para a celebração do casamento em país estrangeiro onde o vínculo matrimonial não fosse indissolúvel: quantos pares “casados no Uruguai”, antes da introdução do divórcio no Brasil, não terão sido, entre nós, bem recebidos pela sociedade? Não há esquecer, ademais, os casos em que, por qualquer razão, o homem e a mulher celebravam apenas casamento religioso, sem cuidar de tomar as providências necessárias para dar-lhe efeitos civis, o que se tornaria possível sob a Constituição de 1946. Nas classes mais pobres e socialmente marginalizadas, aliás, sempre haviam proliferado uniões informais, cujos partícipes, por falta de recursos ou de interesse, não tomavam a iniciativa de casar-se. Em vários desses casos, acabaria por impor-se uma nova terminologia, destinada a assinalar a distância que se estabelecia em relação ao modelo tradicional de concubinato, ainda estigmatizado: passou-se a falar de “companheiros”, linguagem que viria a penetrar na jurisprudência e até em diplomas legais ³.

2. O fato da convivência não oficializada entre homem e mulher, impedidos ou não de contrair matrimônio, ainda quando exibida à luz do dia e dotada de certa permanência, ficou estranho por longo tempo às cogitações do ordenamento jurídico, feita abstração de normas discriminatórias, real ou supostamente inspiradas no propósito de valorizar o casamento como base da família legítima. A princípio, não se pensava em conceder qualquer proteção à mulher que, de um instante para outro, se visse sozinha, em virtude do falecimento do homem ou do abandono por parte deste; e aqui se alude especificamente à mulher pela óbvia razão de que era ela, geralmente, a parte mais fraca.

Só aos poucos se foram passando a ver como iníquas determinadas situações conseqüentes à cessação da convivência. Algumas dessas situações, vale notar, surgiam mesmo com referência a pessoas casadas. Típica, por exemplo, era a de casais de imigrantes, consorciados no país de origem sob o regime da separação total de bens: morto o marido, sem deixar testamento, a mulher nada recolhia do patrimônio oficialmente constante como de propriedade exclusiva daquele, por maior que fosse o incremento devido à colaboração diuturna da esposa. De outras vezes, o homem casado alhures vinha trabalhar no Brasil, deixando na pátria família legítima; aqui se unia a outra mulher, com cujo auxílio progredia economicamente e adquiria bens, apenas em seu próprio nome; um belo dia, regressava ao lar conjugal, levando consigo o produto de um trabalho comum e deixando em absoluto desamparo aquela que concorrera para o resultado proveitoso da estada no território brasileiro.

Formou-se paulatinamente a convicção de que constituía exigência de justiça proteger a mulher em situações desse gênero; e descobriu-se para tanto um expediente técnico na doutrina da “sociedade de fato”. O raciocínio era o

³ Aparecia com maior freqüência o vocábulo “companheira”, no feminino singular, naturalmente por enxergar-se na mulher a pessoa merecedora de proteção: por exemplo, Lei nº 4.297, de 23.12.1963, art. 3º, letra d; Dec. nº 89.312, de 23.1.1984 (Consolidação das Leis da Previdência Social), art. 11.

seguinte: se a aquisição de bens na constância da união somente se tornara possível graças à conjugação dos aportes dos conviventes, deviam estes ser tratados como sócios quanto a esses bens, de tal modo que, dissolvida a sociedade, o acervo tinha de ser partilhado entre ambos. Semelhante doutrina encontrou largo apoio nos tribunais e mereceu consagração no enunciado nº 380 da *Súmula da Jurisprudência Predominante* do Supremo Tribunal Federal, assim redigido: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Em inúmeras hipóteses, a jurisprudência dispensou a contribuição pecuniária da mulher, contentando-se com o trabalho, por ela realizado, que de algum modo houvesse concorrido para o aumento patrimonial. Chegaram a levar-se em conta os próprios serviços domésticos, notadamente em se tratando de pessoas de condição sócio-econômica humilde, por entender-se que, se a mulher arrumava a casa, cozinhava, lavava e passava roupas, sem falar na criação dos filhos que os dois tivessem, sua atividade permitia ao homem poupar despesas que de outra maneira precisaria fazer, e graças a essa economia passar a melhor nível de vida.

Paralelamente, o legislador ia abrindo brechas no muro que tradicionalmente excluía de benefícios a mulher não revestida da condição legal de esposa. Não vem ao caso enumerar aqui os sucessivos diplomas editados para amenizar-lhe a situação: bastará lembrar, a título exemplificativo, as inovações legislativas que a contemplaram, em maior ou menor medida, no campo dos acidentes do trabalho, em matéria previdenciária e no tocante à adoção do sobrenome do companheiro. Até a legislação do imposto de renda viria a admitir sua inclusão entre os dependentes do declarante.

3. Nova e clara inflexão foi, no entanto, a que trouxe a vigente Constituição. Ao admitir a união estável entre homem e mulher qual “entidade familiar” posta sob a proteção do Estado, a Carta de 1988 inseriu a matéria, de forma inequívoca, no âmbito do direito de família, diversamente do que faziam construções jurídicas como a da “sociedade de fato”, colocada no plano do direito das obrigações. A partir daí, deixou de gozar o casamento da aptidão exclusiva para servir de fundamento à família.

Não ocorreu, porém, equiparação entre os dois institutos, ao contrário do que se apressaram a sustentar alguns: a família resultante da união estável coexiste com a fundada no casamento, mas aquela não se identifica com este. Tanto assim, que, segundo o texto constitucional, a lei deve *facilitar* a conversão da união estável em casamento o que não teria sentido se uma e outro já estivessem iguais⁴. Por conseguinte, quem viva em união estável e se case com outra pessoa não cometerá o crime de bigamia, definido no art. 235 do

⁴ Cf., entre outros, CAJO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. V, 11ª ed., Rio de Janeiro, 1997, p. 44; GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, *O companheirismo, uma espécie de família*, 2ª ed., S. Paulo, 2001, p. 146; HELOISA HELENA BARBOZA, “Família, casamento, união estável: conceito e efeitos à luz da Constituição de 1988”, in *Rev. da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. I, p. 133; SEMY GLANZ, “União estável”, in *Rev. Brasileira de Direito Comparado*, nº 11, p. 94. De acordo em negar a equiparação, embora, ao que parece, com fundamentação diversa, não extraída do texto do art.

Código Penal como o fato de “contrair alguém, sendo casado, novo casamento”. Não se exclui, convém observar, que a lei equipare a união estável ao casamento, *para determinados efeitos*: o Código Civil de 2002 o faz em mais de um dispositivo, v.g. no art. 1.595, onde se estende às relações entre um dos companheiros e os parentes do outro o vínculo da afinidade, nas mesmas condições previstas para os cônjuges.

Note-se que a Constituição exclui categoricamente a possibilidade de constituir-se “união estável”, digna da proteção do Estado, entre pessoas do mesmo sexo: alude, em termos expressos, ao homem e à mulher. Não há invocar o dispositivo em favor de ligações homossexuais, a que a jurisprudência chegou a aplicar a tese da “sociedade de fato”, para reconhecer a um dos parceiros o direito a fração do patrimônio comprovadamente constituído em virtude do esforço de ambos, a exemplo do que se deu no caso notório do artista plástico Jorge Guinle Filho, e poderá voltar a dar-se ⁵ noutros análogos, mas com fundamento jurídico diferente daquele que ministra a Carta da República.

A redação do dispositivo constitucional sugere mudança de enfoque em relação às leis e à jurisprudência anteriores. Vinha-se cuidando, como exposto, de proteger um dos partícipes da união, em geral a mulher. O texto do art. 226, § 3º, dá a impressão nítida de que o alvo da proteção passou a ser o conjunto dos conviventes, em face de terceiros ⁶. E, com efeito, as normas jurídicas protetoras da família têm agora de ser interpretadas como protetoras não só dos grupos familiares decorrentes do casamento, senão também das uniões estáveis. Por exemplo: quando o art. 649, nº II, do Código de Processo Civil diz absolutamente impenhoráveis “as provisões de alimento e de combustível, necessárias à manutenção do devedor e de sua família durante um mês”, entender-se-á que abrange, se for o caso, as provisões necessárias à manutenção da entidade familiar constituída pela união estável; idêntico entendimento se dará à cláusula do art. 4º, *caput*, da Lei nº 1.060, de 5.2.1950, que assegura o benefício da assistência judiciária a quem não possa pagar as custas do processo e os honorários de advogado “sem prejuízo próprio ou de sua família”. Na Constituição mesma, é assim que se têm de interpretar disposições como as dos arts. 183, *caput*, e 191, onde se contemplam hipóteses especiais de usucapião, com emprego do termo “família”. Entretanto, à vista da legislação superveniente, afigura-se impossível sustentar que haja prevalecido o entendimento consoante o qual a previsão constitucional se limita a esse aspecto, deixando de lado o escopo de proteger igualmente cada um dos membros da união estável, considerado de per si.

226, § 3º, GUSTAVO TEPEDINO, “Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio”, in *Temas de Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro S. Paulo, 2001, pp. 340 e segs.

⁵ Desde que não se descubra empecilho no conceito de sociedade agora ministrado pelo art. 981, *caput*, o qual exige que os sócios reciprocamente se obriguem “a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica”.

⁶ Nesse sentido pronunciou-se o autor destas linhas, em acórdão de 6.8.1991, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível nº 1.123/91.

É o que se percebe com facilidade, examinando as duas leis concernentes à matéria, que se sucederam com breve intervalo, a de nº 8.971, de 29.12.1994, e a de nº 9.278, de 10.5.1996, esta declaradamente editada, nos termos da ementa, com o fim de regulamentar o art. 226, § 3º, da Constituição. Ambos os diplomas, sobretudo o primeiro, foram redigidos com má técnica – o que não chega a imprimir-lhes originalidade no atual panorama brasileiro. O advento do segundo, menos de dois anos depois, suscitou dúvidas sobre a sorte do outro: estaria totalmente revogado, ou subsistiria alguma de suas disposições, compatível com a nova disciplina? Não vale a pena demorar no exame dessa questão, até hoje em aberto, nem no de outras que têm afligido os intérpretes e aplicadores das mencionadas leis. A maior parte delas está a ponto de despir-se de interesse ante a iminente entrada em vigor do novo Código Civil, embora se deva atentar no fato de que tampouco este tem o cuidado de revogar expressamente as Leis nºs 8.971 e 9.278. Seja como for, a presente palestra, conforme anunciado no título, só se ocupará do tratamento por ele próprio dado ao assunto.

4. Vamos, pois, ao texto do novel diploma. A parte consagrada especificamente à união estável constitui o Título III do Livro IV da Parte Especial localização correta, já que o Livro IV ostenta a rubrica “Do direito de família”, e à luz da Carta da República é nesse contexto que agora se inscreve a matéria. No entanto, além dos dispositivos que compõem o Título (arts. 1.723 a 1.727), outros, situados alhures, interessam à disciplina da união estável; aos mais importantes se aludirá no devido tempo.

Começa o Título III por ministrar um conceito da figura jurídica em foco, nos seguintes termos: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (art. 1.723, *caput*). Vê-se que o texto reproduz, em parte, o da Constituição, e – acrescente-se – em parte importante, aquela onde se deixa claro que o Estado unicamente reconhece como união estável a que se forme entre pessoas de sexos diferentes⁷. Não quer isso dizer que seja impossível ao legislador ordinário editar norma que atribua determinados efeitos a ligações de caráter homossexual, ou que a jurisprudência continue a aplicar-lhes, se for o caso, a doutrina da “sociedade de fato”⁸; em hipótese alguma se tratará, contudo, da união estável prevista na Carta da República. Adite-se que a lei estabelece distinção expressa entre a figura da união estável e a do concubinato, entendido este como a manutenção de relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de casar (art. 1.727).

O art. 1.723, *caput*, enumera várias notas, que se devem reputar necessárias para a caracterização da união estável: é mister que a convivência seja “pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Não se aventurou o legislador a definir esses diversos requisitos, e

⁷ A doutrina enfatiza o requisito da diversidade de sexos: *vide*, inclusive para outras referências bibliográficas, GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, ob. cit., pp. 175 e segs.

⁸ Com a ressalva consignada em a nota 5, *supra*.

tem-se de convir em que a respectiva compreensão seria difícil de confinar aprioristicamente em fórmulas taxativas: para usar expressão consagrada em teoria hermenêutica, estamos aí diante de conceitos jurídicos indeterminados – categoria de que as leis fazem largo uso, como quando se referem a “bons costumes”, a “mulher honesta”, a “ordem pública” e assim por diante. Evidentemente, a variabilidade dos critérios que vierem a ser adotados pelos aplicadores da lei torna previsível a configuração de divergências e incidentes capazes de complicar e alongar processos.

Não se há de entender com rigor excessivo, a meu ver, o requisito da publicidade. Compreende-se que, de acordo com as circunstâncias, os conviventes se exibam como tais, de modo ostensivo, no meio social, ou prefiram manter discrição, mormente se imersos em ambiente conservador, de extremada rigidez de costumes. De modo nenhum é mister que um deles ou ambos declarem a situação em ato ou documento oficial. O essencial é que a ligação não tenha índole clandestina, sigilosa, absolutamente infensa a qualquer conhecimento alheio; mas pouco importa o número de terceiros que dela tenham ciência efetiva.

A continuidade da união tampouco deve ser aferida com critério inflexível. Certo que ninguém consideraria “estável” uma relação sujeita a interrupções freqüentes. Antes de mais nada, porém, cumpre levar em conta que há separações impostas por justas causas, relacionadas, por exemplo, com a saúde ou o trabalho: no casamento, não se poderia imputar abandono do domicílio conjugal ao homem ou à mulher que tivesse de afastar-se temporariamente para atender a determinação legítima do empregador ou da autoridade pública a que por lei se subordine⁹, e o mesmo raciocínio cabe decerto quanto à união estável. Mas, ainda fora dessas hipóteses, que são intuitivas, não parece que uma breve separação, provocada por motivo pouco relevante, não querida como definitiva e logo seguida de reatamento, seja suficiente para excluir a estabilidade da união¹⁰.

A convivência deve ser “duradoura”. Esse requisito põe-nos diante de um paradoxo: em vários casos, rigorosamente falando, só será possível determinar se a união foi duradoura no momento em que ela cessar, pois nesse momento é que se ficará sabendo quanto durou...¹¹ Algumas leis fixam prazos mínimos para que se faça jus a este ou àquele benefício; mas as propostas doutrinárias até agora veiculadas com referência à união estável padecem de certa arbitrariedade. De resto, muitas vezes nem sequer se disporá de elementos para fixar com absoluta exatidão a data a ser adotada como termo inicial para a

⁹ Cf. o disposto no art. 1.569 do próprio Código Civil de 2002: “O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ou ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes”.

¹⁰ É como opina ANTONIO CARLOS MATHIAS COLTRO, “A união estável: um conceito?”, in *Direito de família – aspectos constitucionais, civis e processuais*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, S. Paulo, 1996, p. 38.

¹¹ Há quem, generalizando, diga que, diversamente de quanto ocorre no casamento, “na união estável sua caracterização é a posteriori, verificados os seus elementos essenciais”: FRANCISCO JOSÉ CAHALI, *União estável e alimentos entre companheiros*, S. Paulo, 1996, p. 52).

contagem. Melhor deixar ao julgador, quando se suscite a questão em juízo, flexibilidade bastante para sopesar as peculiaridades da espécie e tomá-las na devida consideração.

Quanto ao “objetivo de constituição de família”, requisito subjetivo por excelência, é difícil conceituá-lo sem incorrer em tautologia, consoante sucede quando se diz que os partícipes devem perseguir finalidade semelhante à que caracterizaria a fundação de família legítima. Pouco adianta afirmar que os companheiros devem comportar-se “como se casados fossem”¹², ou falar de *affectio maritalis*, de integração espiritual, de comunhão de sentimentos *etc.*: são fórmulas que escassa utilidade terão na prática. Mais fácil, conquanto insatisfatório, é apontar elementos que *não* precisam estar presentes. Um exemplo é a geração de filhos, afastada por determinação dos conviventes ou por qualquer outro motivo: a entidade familiar que permaneça restrita aos dois nem por isso deixará de merecer, como tal, a proteção assegurada no art. 226, § 3º, da Carta de 1988, ainda que a existência de prole normalmente funcione como *indício* de que o par teve o objetivo de constituir família. *A fortiori*, não há cogitar da manutenção regular de relações sexuais, mesmo fora das hipóteses óbvias de abstenção imposta por enfermidade ou pelo eventual afastamento físico. Ao matrimônio mesmo não é essencial que os cônjuges costumem unir-se sexualmente, tanto que a lei civil não preexclui a possibilidade de que o contraia pessoa cuja aptidão para tal já tenha cessado, embora a recusa injustificada de qualquer dos cônjuges ao congresso carnal possa representar “grave violação dos deveres do casamento” e tornar “insuportável a vida em comum” – caso que hoje configura fundamento suficiente para a separação judicial, por força do disposto no art. 5º da Lei nº 6.515, de 26.12.1977, e continuará a poder configurá-lo sob o novo Código Civil, apesar de não incluído em termos expressos na enumeração do art. 1.573, mas sem dúvida abrangido pela cláusula genérica do respectivo parágrafo único (“O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”).

5. Estatui o art. 1.723, § 1º, primeira parte, que “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521”, isto é, nas hipóteses em que é proibido o casamento. A lei não quis dar a proteção proporcionada à família a pares formados por pessoas que não poderiam casar-se, e é manifesta a razão de política legislativa: não se justificaria beneficiar por via oblíqua quem esteja impedido de pretender o benefício pela via direta do casamento. Assim, não será considerada estável, para os efeitos próprios, a união entre ascendente e descendente, entre afins em linha reta, entre o adotante e quem foi cônjuge do adotado ou entre o adotado e quem foi cônjuge do adotante, entre irmãos e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive (tio e sobrinha, ou tia e sobrinho), entre pessoas casadas e entre o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

¹² Assim, GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, *ob. cit.*, p. 207.

Recorde-se que a afinidade se estabelece não só entre um dos cônjuges com os parentes do outro, mas também entre um dos companheiros com os parentes do outro (art. 1.595, *caput*), e que, na linha reta, ela não se extingue com a dissolução da união estável (art. 1.595, § 2º); por conseguinte, se um homem conviveu com uma mulher em união estável, mesmo depois de dissolvida essa união, pela morte da mulher ou por outra causa, ele jamais poderá estabelecer nova união merecedora da classificação de estável, por exemplo, com quem seja filha daquela mulher e de outro homem.

Comporta exceção a regra que preexclui a condição de estável para a união entre pessoa casada e terceiro ou terceira. De acordo com a parte final do art. 1.723, § 1º, o impedimento não prevalecerá se a pessoa casada, homem ou mulher, estiver separada de fato ou judicialmente.

O diploma de 2002 não faz referência expressa à hipótese de manter alguém, simultaneamente, mais de uma ligação não oficializada. A doutrina, contudo, inclui a unicidade do vínculo entre os requisitos necessários para que se considere estável uma união¹³. Talvez se possa entender que ela está implícita no “objetivo de constituir família”, pois o ordenamento não admite que alguém constitua mais de uma família ao mesmo tempo. É naturalmente concebível que, extinta por qualquer motivo a união estável entre A e B, nova união estável se forme entre A e C ou entre B e D.

6. Segundo o art. 1.724, “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. A cláusula final está deslocada, à evidência: não concerne às relações entre os conviventes, mas entre estes e os filhos, se houver. “Lealdade”, “respeito” e “assistência” são outros tantos conceitos jurídicos indeterminados; nenhum deles tem definição legal.

Não deixa de ser curioso que o novo Código Civil haja empregado neste contexto palavra diferente da usada com relação ao casamento no art. 1.566: enquanto lá se fala de “fidelidade recíproca”, expressão aliás tradicional em nosso direito, aqui se preferiu falar de “lealdade”. Algum intérprete propenso a distinções rigorosas poderá ver-se induzido a conferir relevância à diversidade terminológica: sustentará, por exemplo, que, se um dos companheiros trava relações íntimas com terceiro ou terceira, mas delas dá conhecimento ao outro convivente, terá sido infiel, porém não desleal ...

Mais digno de atenção é o fato de que nenhum dispositivo do novo Código preveja consequências para o eventual descumprimento dos deveres enunciados. No casamento, já se registrou, é lícito a qualquer dos cônjuges pleitear a separação judicial imputando ao outro a prática de “ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum” (art. 1.572, *caput*) – e o adultério, sem dúvida, se encaixa em tal moldura¹⁴. Não há supor, entretanto, que o problema se ponha em termos análogos na

¹³ GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, ob. cit., pp. 162 e segs., com outras indicações bibliográficas.

¹⁴ Vide, por todos, YUSSEF SAHID CAHALI, *Divórcio e separação*, 6ª ed., t. I, S.Paulo, s.d., pp. 357 e segs.

união estável, que se estabelece informalmente, sem ingerência alguma de autoridade pública, e também de maneira informal pode, a todo tempo, romper-se. No comum dos casos, o convivente que não aceitar o comportamento do outro pura e simplesmente dará por finda a união, sem necessidade de intervenção judicial.

É verdade que o art. 1.562 alude a uma “ação de dissolução de união estável”. Não cuida o novo Código, todavia, de indicar os possíveis fundamentos de semelhante ação. Ela se tornará cabível, provavelmente, quando, desavindos os companheiros, um deles quiser exercer pretensão de natureza pecuniária, por exemplo, obter por si parte de algum bem adquirido e registrado no exclusivo nome do outro, mas ao qual se atribui a condição de comum. O juiz será chamado a decidir conflito de interesses desse gênero, não propriamente a decretar a dissolução da união, à semelhança do que já acontecia, não obstante a redação atécnica do enunciado nº 380 da *Súmula da Jurisprudência Predominante* do STF, com a sociedade de fato, nos casos em que se recorreu a esse expediente técnico para reconhecer o direito de alguém à partilha do patrimônio formado à custa da conjugação de esforços¹⁵.

7. Isso nos fornece a deixa para passar a outro tópico, o das relações patrimoniais entre os companheiros. A esse respeito, reza o art. 1.725 que, “salvo contrato escrito” entre eles, se aplicará, “no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. É o regime denominado “legal”, com referência ao casamento, porque normalmente aplicável na ausência de convenção em contrário (Código Civil de 1916, art. 258, *caput*, na redação da Lei nº 6.515, de 26.12.1977; Código Civil de 2002, art. 1.640, *caput*). A característica principal desse regime é a de que, em regra, se comunicam os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento (art. 1.658).

Se transpusermos a disciplina para o campo da união estável, serão comuns a ambos os companheiros, sempre em regra, os bens adquiridos ao longo da respectiva duração. Problemas práticos poderão surgir: no casamento, sabe-se com precisão a data em que ele se celebrou, e bastará confrontá-la com a da aquisição para concluir, sem sombra de dúvida, se o bem se comunicou ou não; enquanto isso, só ao fim de certo tempo se caracterizará como estável, com segurança, uma união informal, e não raro será possível discutir se, no momento da aquisição do bem, ela já tinha ou ainda não tinha aquela qualidade.

Conseqüência grave da aplicação do regime da comunhão parcial de bens à união estável decorrerá do disposto no art. 1.647, *caput*, por força do qual, em princípio, nenhum dos cônjuges pode praticar certos atos jurídicos sem autorização do outro, exceto no regime de separação absoluta: por exemplo, alienar bens imóveis (nº I), prestar fiança ou aval (nº III). Seguir-se-á que, se um dos companheiros quiser alienar imóvel de sua exclusiva propriedade (havido, digamos, antes do estabelecimento da união), terá de obter o consenti-

¹⁵ Também se pode cogitar de ação *declaratória* da inexistência do vínculo de união estável, quer se peça a declaração de que esse vínculo *jamaís existiu*, quer a de que ele *já não existe*.

mento do outro? Sendo o alienante, por hipótese, solteiro (pois a união estável não muda o estado civil), e corretamente declarando-se tal em cartório, competirá ao tabelião, ou ao oficial do registro imobiliário, investigar se ele convive estavelmente com alguém, para exigir a autorização?

Essa é simples amostra das complicações que nos arriscamos a ver surgir em virtude da opção do legislador na matéria. Talvez os juízes, convocados a compor eventuais litígios, venham a restringir o âmbito de aplicação do regime de comunhão parcial: como o texto o declara aplicável “no que couber”, abre uma válvula de escape a que se poderá recorrer para este ou aquele fim. Ninguém vislumbra no que acabo de dizer louvor ao emprego da cláusula, quase sempre fonte de dúvidas e controvérsias, mas infelizmente usada com grande frequência na legislação brasileira.

8. Segundo já se registrou, o Título III do Livro IV da Parte Especial do novo Código Civil não esgota a disciplina da união estável. No Subtítulo III do Título II do mesmo Livro encontram-se disposições relativas a alimentos, duas das quais interessam ao instituto em foco. A primeira é o art. 1.694, *caput*, que consagra o dever de alimentar em relação aos companheiros: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. O uso do masculino plural (“companheiros”) significa que qualquer dos dois membros da união estável, conforme as circunstâncias, poderá ser credor ou devedor dos alimentos em face do outro.

O art. 1.708, por sua vez, estatui que “com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos”. A jurisprudência predominante já vinha entendendo que o cônjuge separado judicialmente perdia o direito a alimentos se passava a conviver com terceiro; as mais das vezes, aludia-se ao concubinato superveniente da mulher separada, por ser esta, com maior frequência, a credora¹⁶. Com o novo Código Civil, a cessação passa a ocorrer *ex vi legis* independentemente, note-se, de quem fosse credor ou devedor dos alimentos.

Produz ainda a união estável efeitos sucessórios, previstos no art. 1.790, que os limita aos “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” e os regula em termos diversificados: o regime é um quando a companheira ou o companheiro concorra com filhos comuns, outro quando concorra com descendentes só do autor da herança, um terceiro quando concorra com outros parentes sucessíveis, e um quarto quando não os haja. Tal dispositivo acha-se obviamente deslocado no contexto, inserto entre as “Disposições gerais” do Livro V, Título I¹⁷: a localização correta seria no Título II (“Da sucessão legítima”). Curioso é que o companheiro não está mencionado na relação dos herdeiros legítimos constante do art. 1.829.

¹⁶ Cf. YUSSEF SAHID CAHALI, *ob. cit.*, t. II, p. 954, com vasta exemplificação em a nota 400.

¹⁷ Certo, EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XXI, *Do direito das sucessões*, Rio de Janeiro, 2003, pp. 53/4.

9. Duas breves palavras sobre a conversão da união estável em casamento. Reza o art. 1.726 do novo Código Civil que a conversão poderá fazer-se “mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”. A Lei nº 9.278, no art. 8º, consagrara disciplina mais simples, dispensando pronunciamento judicial, *verbis*: “Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio”.

Se tivermos em vista a determinação constitucional, no sentido de que a lei deve facilitar a conversão, não podemos deixar de considerar que o diploma de 2002 dá marcha a ré no particular. A solução da Lei nº 9.278 melhor se harmonizava com a diretriz fixada na Constituição.

10. É tempo de encerrar a presente exposição, que não pretende, nem poderia pretender, esgotar o assunto. O fato da convivência entre homem e mulher, sem formalização oficial, sempre existiu e nada faz crer que deixe de existir um dia. Antes de ser fato jurídico, é fato social, e como tal constitui objeto da sociologia. Pode também ser examinado por outros prismas: o econômico, o ético, o religioso – e, no particular, convém não esquecer que, em certas regiões do nosso país, grande número de uniões não oficializadas à luz da lei civil é constituído de pessoas que se casaram religiosamente, perante o ministro de alguma igreja.

A juridicização do fenômeno processou-se, entre nós, pouco a pouco, a partir de uma situação em que, a rigor, só se deparavam no ordenamento disposições restritivas, quando não punitivas. Como tantas vezes acontece, a evolução começou no terreno jurisprudencial. O novo Código Civil optou por tentar sistematizar a disciplina do instituto. Não faltará quem o censure por isso, quem tache de excessivamente ambiciosa a pretensão de submeter a padrões legais, pouco rígidos que sejam, uma realidade fluida e cambiante. Dirão alguns que, se homem e mulher decidem conviver sem cumprir as formalidades normalmente impostas pela lei, é um paradoxo que esta queira, não obstante, sujeitar-lhes a união a seu império. Outros pensarão que já era mais que tempo, para o legislador, de cuidar organicamente de tema que, mal ou bem, adquiriu relevo na sociedade contemporânea, e não se justificava que ficasse relegado a uma regulamentação fragmentária e às oscilações do tratamento jurisprudencial.

Seja como for, não parece que se haja obtido resultado plenamente satisfatório. Os textos do novo Código Civil atinentes à matéria nem sempre atendem às exigências da boa técnica, e deixam de lado questões importantes. Parece algo estranho que a lei se preocupe em definir o concubinato (art. 1.727), diferenciando-o com nitidez da união estável, e silencie quase totalmente acerca dos efeitos jurídicos daquele, com a provável consequência de que se lhe continuarão a aplicar as teses tradicionais, antes de mais nada a da “sociedade de fato”¹⁸. O próprio uso do termo “companheiros” é equívoco no diploma de 2002; ele figura no art. 1.565, *caput*, atinente ao casamento, ao qual, repita-se, de maneira alguma foi equiparada a união estável: “Pelo casamento, homem e

¹⁸ Sempre com a ressalva da nota 5, *supra*.

mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família". Dificuldades práticas na aplicação de dispositivos com certeza vão surgir em razão da inexistência de critério preciso para identificar o momento em que uma convivência se reveste das características apontadas no art. 1.723. Pode-se vaticinar sem grande temor de erro que numerosas controvérsias agitarão a doutrina e os tribunais. Mas essa, afinal, é uma contingência a que nem mesmo leis mais bem feitas conseguem furtar-se.

Outubro de 2002.

^(*) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O direito de preempção do Município como instrumento de política urbana

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (*)

SUMÁRIO: 1) Introdução; 2) Direito de preempção no Código Civil vigente; 3) Direito urbanístico de preempção; 4) Elemento objetivo; 5) Elemento volitivo; 6) Elemento finalístico; 7) Elemento formal; 8) Determinabilidade da vigência; 9) Elemento causal; 10) Lei nova e pacto de preferência anterior; 11) Procedimento formal; 12) Exercício da preempção urbanística; 13) Descumprimento da obrigação de notificar o Município; 14) Intenção aquisitiva do Município; 15) Ação de nulidade: legitimação; 16) Efeito da invalidação; 17) Conclusão.

1. Com a finalidade de regulamentar os arts. 182 e 183 da Const. Federal, foi promulgada a Lei nº 10.257, de 10.7.2001, por ela mesma cognominada de **Estatuto da Cidade** (art. 1º, parág. único). Os referidos mandamentos constitucionais integram o capítulo da Lei Maior destinado à política urbana, entendida esta como o conjunto de medidas e estratégias legislativas e administrativas que visam a *"ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes"*, como consigna expressamente o art. 182 da Constituição.

Ninguém, em termos atuais, desconhece o grau de importância dos planos urbanísticos. Antigamente não havia essa preocupação por parte das sociedades em geral, e essa circunstância provocou o nascimento de numerosas cidades sem as menores condições de ensejar um desenvolvimento sustentável, acarretando graves prejuízos à população, aos governos, ao meio ambiente e ao patrimônio público. Não é difícil observar esse fato em algumas das cidades mais antigas, cuja formação obedecia a padrões que se tornaram inteiramente incongruentes com a necessidade de alcançar os *standards* da modernidade.

No sentido clássico, o urbanismo consistia tão-somente na busca da beleza e da harmonia das cidades, realçando apenas os padrões artísticos que deveriam ornamentá-las. Havia muito mais a ótica ligada à arte do que o atendimento aos diversos fatores que hoje se tornam fundamentais para o bem-estar dos indivíduos. Atualmente, a idéia que sobressai é a de que se trata de um ramo do conhecimento, dotado do caráter de *ciência* (conjunto organizado de princípios e normas), de *técnica* (métodos para alcançar os fins) e de *arte* (beleza, harmonia, decoração das cidades). Como assinala MIGUEL ANGEL BERÇAÏT, invocado por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, o grande objetivo do ur-

banismo reside em tornar possível a convivência sem perdas, da integridade física, espiritual e mental do ser humano (*Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*, Forense, 2ª. ed., 1977, p. 48).

Atendendo ao clamor dos tempos modernos é que a própria Constituição de 1988 reservou, pela primeira vez em sede constitucional, alguns axiomas a serem observados no que concerne à política urbana, incluindo-a como parte de um Título maior - o da Ordem Econômica e Financeira. Como o art. 182 já prevê que a política de desenvolvimento urbano, embora executada pelo governo municipal, será definida por diretrizes fixadas em lei - de natureza federal, diga-se de passagem, a despeito de não haver tal adjetivação no dispositivo - foram tais diretrizes traçadas afinal pela Lei nº 10.257/2001 - o Estatuto da Cidade.

A nova lei procurou trazer alguns institutos modernos de Direito Urbanístico, já adotados em outros países, e que constituem instrumentos de política urbana a ser implementada pelos entes municipais, com observância das diretrizes gerais traçadas pelo aludido Estatuto. **Política urbana**, afinal, é o conjunto de estratégias e ações do Poder Público, isoladamente ou em regime de cooperação com a iniciativa privada, que visam ao desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, para o fim de propiciar o bem-estar das comunidades. Tais estratégias e ações, por sua vez, quando estatuídas em direito positivo através de normas jurídicas de ordem pública, delinham o **Direito Urbanístico** em seu sentido objetivo, como bem registra JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Direito Urbanístico Brasileiro*, Malheiros, 3ª. ed., 2000, p. 48).

Dentre os vários instrumentos de política urbana consignados na Lei nº 10.257, merece destaque o direito de preempção instituído em favor do Município. Como se trata de instituto novo ou, ao menos, sem maior divulgação entre os estudiosos, pareceu-nos de interesse atual tecer alguns comentários sobre o assunto, regulado nos arts. 25 a 28 do Estatuto.

2. Cabe primeiramente relembrar que a novidade não é o direito de preempção em si, suficientemente conhecido no âmbito do Direito Civil, mas sim o *direito de preempção em favor do Município como instrumento de política urbana*. De qualquer forma, vale a pena recapitular sucintamente a noção desse direito dentro do Direito Civil.

O direito de preempção ou preferência vem regulado nos arts. 513 a 520, do recém-promulgado Cód. Civil, e tem a natureza jurídica de *pacto adjecto ao contrato de compra e venda* (*pactum protimiseos*). Preempção, como ensina ORLANDO GOMES, “significa direito a ser preferido como comprador” e também é designada por *preferência* ou *prelação* (*Contratos*, Forense, 13ª. ed., 1994, p. 259). Pode esse direito ser conceituado como sendo o ajuste firmado entre os contratantes por meio do qual o comprador da coisa móvel ou imóvel assume a obrigação de, em caso de alienação, oferecê-la ao vendedor nas mesmas condições, para que este, se o desejar, exerça seu direito de prelação em face de outros interessados.

Conquanto haja vozes discordantes, trata-se de *direito pessoal* (ou *obrigacional*), porque o efeito sofrido pelo comprador que aliena a coisa sem dar a

preferência ao vendedor é de cunho indenizatório, incumbindo-lhe então responder pelas perdas e danos (art. 518, Cód. Civil). É pacto personalíssimo, não podendo ser cedido a terceiros nem transferido aos herdeiros do vendedor. Ademais, a cláusula só tem cabida na compra e venda, "*descabendo ajustá-la a qualquer outra espécie de contrato, mesmo que próximo da venda, como é a permuta*", como anota, acertadamente, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições de Direito Civil*, Forense, vol. III, 10ª. ed., 2000, p. 133).

O vendedor, em princípio, deve ser avisado pelo comprador de que pretende alienar a coisa. Mas, ainda que não seja cientificado, pode o vendedor, ciente do propósito do comprador, tomar a iniciativa do exercício de seu direito, providenciando a intimação do comprador e, ao fazê-lo, terá a seu favor ação judicial para suspender a celebração do contrato alienativo com terceiro, este *res inter alios* na relação jurídica acertada.

Por fim, o direito de prelação se sujeita a exercício em prazo determinado na lei. Significa dizer que, não exercido no prazo, sujeitar-se-á o vendedor interessado aos efeitos da decadência. O prazo decadencial, no caso de coisa móvel, é de três dias a partir da data em que tomar ciência da intimação do comprador revelando seu propósito, e de sessenta dias, no caso de coisa imóvel, como registra o art. 516, do Cód. Civil, se outro prazo não for ajustado.

Essas, em apertada síntese e sem maior aprofundamento, as linhas que dão contorno ao direito de preferência em sua formatação clássica.

3. O direito urbanístico de preempção, contemplado no Estatuto da Cidade, apresenta os lineamentos do instituto tal como regulado pelo Direito Civil, mas, por razões óbvias, terá algumas características particulares que dele se distinguem. O núcleo central tem assento sobre a mesma base: o direito de se ter preferência em adquirir o bem ao momento em que o *dominus* resolve vendê-lo.

O primeiro ponto diferencial a ser destacado diz respeito ao *elemento subjetivo*, referente ao titular do direito no pacto de preempção.

No Direito Civil, o direito é pactuado por vendedor e comprador no contrato de compra e venda, de modo que a titularidade da preferência é outorgada a um *sujeito privado*, no caso o contratante que figura como vendedor e admite a possibilidade de readquirir a coisa vendida.

O Estado, como pessoa pública, não pode ser titular do direito de preempção. Na verdade, sequer pode figurar em contrato de compra e venda em que se tenha firmado o pacto adjeto da preempção. É que, como vendedor, é inviável a pactuação em seu favor porque, se ainda estiver interessado na coisa, mesmo para o futuro, tal interesse será o reconhecimento de que a coisa alienada traduzia ou poderia traduzir interesse público e, sendo assim, a alienação do bem público não poderia ter sido contratada. Como comprador, também não cabe a sujeição do Estado ao direito de prelação em favor do particular vendedor, já que não poderia ele, quando pretendesse alienar a coisa, curvar-se ao interesse privado do vendedor, sobretudo porque, para vender bens, o Estado deve subordinar-se ao princípio da licitação (art. 37, XXI, CF e Lei nº 8.666/93), segundo o qual é indispensável a competição, e esta seria

inviável se o vendedor tivesse o direito de preferência à re aquisição da coisa.

É verdade que o art.519, do Cód. Civil, prevê a *retrocessão*, instituto segundo o qual a União, o Estado ou o Município devem conferir ao ex-proprietário o direito à preferência na re aquisição do imóvel desapropriado, se não tiver sido implementado, por desinteresse estatal, o destino para o qual fora desapropriado. Aqui, todavia, inexistente o pacto adjeto a contrato de compra e venda, mas sim a imposição legal de atribuir o direito àquele que era o *dominus* do imóvel. Não há, pois, qualquer aspecto de *negociabilidade* gerador da fixação do direito.

No Direito Urbanístico, contudo, é titular do direito um *sujeito público*, e apenas de uma natureza: o Município. Ainda que o conteúdo do direito seja o mesmo - o de se ter a preferência no caso de o comprador vir a alienar a coisa - somente a pessoa municipal poderá qualificar-se como titular do direito, e assim mesmo nas condições estabelecidas no Estatuto. Segue-se que o Município não somente é um *sujeito público*, como ainda é o *único* sujeito público admitido como titular do direito.

4. Outro aspecto a considerar reside no *elemento objetivo*, que é o que se relaciona à incidência do direito.

Quando ajustado nos moldes do direito privado, o direito de prelação incide sobre *bens móveis ou imóveis*, aí incluindo-se os denominados *semoventes*, considerados como coisas móveis. A lei civil não o diz dessa forma incisiva, mas refere-se a ambas as categorias de bens quando regula o prazo decadencial em que o vendedor deve exercer o direito, manifestando-se no sentido de fazer valer a preferência na re aquisição do bem (art. 513, parág. único e 516, do Cód. Civil).

Diferentemente, o direito de preempção como instrumento de política urbana *incide exclusivamente sobre bens imóveis*, e além do mais *imóveis urbanos*. Essa incidência restritiva se insere no art. 25, do Estatuto, que alude a "*aquisição de imóvel urbano*". E nem poderia ser de outra forma. Se o instituto foi criado à guisa de instrumento urbanístico, nenhuma razão haveria para que incidisse sobre coisas móveis. Somente bens imóveis urbanos apontam interesse para a ordem urbanística, esta calcada, como é óbvio, na reengenharia de ocupação do solo.

5. Deve levar-se em conta, ainda, o aspecto relativo ao *elemento volitivo*, ou seja, à interferência da vontade na pactuação do direito de preempção.

O direito de preempção, tal como regulado no âmbito da lei civil, é pactuado dentro do contrato de compra e venda. Assim, da mesma forma que ocorre com as demais cláusulas contratuais, o pacto de preempção decorre da *vontade das partes* (*ex voluntate partium*). O direito em foco constitui objeto do elemento volitivo, resultante do ajuste firmado por vendedor e comprador. Cuida-se, pois, de verdadeiro *pactum*, no sentido de cláusula oriunda da vontade dos contratantes, motivo por que é denominada de *preempção convencional*.

O direito de preempção de natureza urbanística, por sua vez, constitui objeto com diversa fisionomia, porquanto resulta da *vontade da lei*, estando afastada na hipótese qualquer interferência da vontade dos contratantes. Não se

pode, então, falar em *pacto*, já que este supõe necessariamente a conjugação bilateral das vontades. De fato, segundo o art. 25, § 1º, do Estatuto da Cidade, é a lei municipal que, fundada no plano diretor, deve delimitar as áreas em que incidirá o direito em favor do ente municipal, e isso sem qualquer manifestação volitiva do titular da propriedade imóvel. Configura-se na hipótese, então, o que os doutrinadores denominam de *preempção legal*, de que é exemplo também a retrocessão, prevista no art. 519, do Cód. Civil.

Constata-se, por conseguinte, que, enquanto o direito de preempção no direito privado tem natureza eminentemente *consensual*, sendo objeto de ajuste dentro do contrato de compra e venda, no processo urbanístico o direito assume caráter notoriamente *coercitivo*, sendo resultado de imposição legal (*ex vi legis*).

6. No que toca ao *elemento finalístico*, temos também uma outra particularidade.

Quando celebram o contrato de compra e venda de coisa móvel ou imóvel, os contratantes expressam sua vontade voltados basicamente para seus interesses, que se caracterizam como interesses privados. Corolário dessa finalidade é que, na medida em que ajustam o pacto de preferência, estão presentes os mesmos *interesses privados*.

Não é o que ocorre com o direito de preempção em favor do Município. O fim último da fixação desse direito consiste na formação, preservação ou reconstituição da ordem urbanística, daí podendo extrair-se a conclusão de que a finalidade do instituto atende ao *interesse público*. Como vimos, não há incidência do elemento volitivo privado na instituição desse tipo de preempção e, exatamente por estar ele ausente, não há que falar em interesses privados como objetivo da preferência.

Poder-se-ia objetar com o fato de que é admissível juridicamente, em certos casos, a celebração de contrato de compra e venda, sendo o Estado um dos sujeitos, hipótese que se configuraria como mero contrato privado, segundo posição adotada pela doutrina dominante. Entretanto, se é admissível o contrato alienativo em si, o mesmo não se pode dizer sobre o ajuste do pacto adjeto de preempção, seja vendedor ou comprador o Estado, e isso porque o instituto se afigura inconciliável com a função do Estado, mesmo que seja comprador, como consignamos acima.

7. Avulta, por outro lado, analisar o *elemento formal* do pacto de preferência.

No Direito Civil, o direito de preempção se formaliza como *pacto adjeto* ao contrato de compra e venda. *Pacto adjeto*, porque além de ser uma cláusula pactuada entre as partes, passa a integrar, como ajuste adicional de natureza especial, o contrato de compra e venda. Aliás, no próprio sistema do Código Civil, o pacto de preempção figura como *cláusula especial à compra e venda*, ao lado da retrovenda, da venda a contento, do pacto de melhor comprador e do pacto comissório.

Por conseguinte, é cabível afirmar que o direito de preempção, do ponto-de-vista formal, se situa *no bojo* do contrato de compra e venda, com a natureza de cláusula especial desse ajuste.

Em sede urbanística, porém, o processo de formalização se consuma de forma diversa. Ao invés de figurar no contrato como cláusula especial, sua instituição se dá por lei. Em consequência, enquanto no direito privado o direito surge de *relação bilateral*, como *pacto* ajustado entre vendedor e comprador, no Estatuto da Cidade pode considerar-se que há uma *relação trilateral*, pois que, além dos dois particulares que firmaram o contrato alienativo (como regra, sem a estipulação do pacto), interfere o Município como titular do direito.

É fácil verificar, então, que, no direito privado, é o vendedor que titulariza o direito de prelação no caso de o comprador desejar a alienação da coisa. Na política urbana, porém, o direito é exercido pelo Município em relação ao contrato celebrado entre vendedor e comprador, *ainda que no ajuste nada se tenha pactuado a respeito de preferência*.

Por essa razão é que não se aplicam, ao direito de preempção urbanístico, as duas condições anotadas por ORLANDO GOMES para a implementação do pacto de preferência do direito privado: 1ª) que o comprador queira vender a coisa; 2ª) que o vendedor queira exercer o direito de preferência (ob. cit., p. 259). A primeira condição se mantém, mas a segunda não tem aplicação, já que o *intuito aquisitivo* foi outorgado por lei ao Município, titular do direito.

8. No plano relativo ao período de vigência do *pactum protimiseos* (*elemento temporal*), é possível da mesma forma identificar traço peculiar na prelação contemplada na Lei nº 10.257.

Conforme dispõe o art. 516, do Cód. Civil, não havendo pacto diverso, o vendedor tem prazos específicos para exercer a prelação, sendo de três dias, se for coisa móvel, ou de sessenta, se for coisa imóvel, após os quais, sem o exercício do direito, se consumará a decadência. Note-se, contudo, que tais prazos só têm aplicação quando já existe o intuito alienativo do comprador e dele foi cientificado o vendedor. Fora daí, porém, a lei admitiu implicitamente a aplicação do pacto *por tempo indeterminado*. Em outras palavras, tal significa que o direito de preferência pactuado tem vigência durante todo o período em que o comprador estiver com a propriedade da coisa, o que demonstra a indeterminação temporal para o exercício. A única alteração processada pelo atual Código Civil consiste em que as partes não podem fixar, para o exercício do direito, prazos superiores a cento e oitenta dias, se for coisa móvel, ou a dois anos, se imóvel (art. 513, parágrafo único). Tais prazos, no entanto, iniciam-se após a intenção de venda por parte do antigo comprador; no curso do direito de propriedade, todavia, o direito perdura indeterminadamente até que o proprietário decida alienar a coisa.

Como instrumento de política urbana, não obstante, o direito de preempção é fixado por *prazo determinado*. De fato, reza o art. 25, § 1º, do Estatuto, que a lei municipal que impuser o direito de preempção deverá fixar prazo de vigência, e este não poderá ser superior a cinco anos, sendo renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência. Observe-se que o prazo

com a renovação é *descontínuo*, vale dizer, composto de etapas alternadas, passando-se da seguinte forma: 1º) prazo normal de vigência da lei, com o máximo de cinco anos; 2º) prazo de um ano após a caducidade da lei, sem a existência de norma contendo o direito de preempção (à semelhança do que ocorre com o decreto expropriatório, se a desapropriação não é efetivada em cinco anos, como consta do art. 10, do Decr. 3.365/41); 3º) nova lei municipal renovando a vigência (*rectius* : renovando o conteúdo da lei já caduca).

Como o direito de preempção urbanístico está indissociavelmente atrelado à vigência da lei municipal que o instituiu para as áreas que delimitar, na forma do que dispuser o plano diretor, o prazo de vigência do direito se subordina, implicitamente, ao da própria lei instituidora. Há, portanto, a mesma determinação temporal que o Estatuto exige para a lei municipal.

É de se reconhecer, na verdade, que, no fundo, poderemos admitir também a indeterminação temporal, com a diferença, no entanto, de que o prazo de vigência do direito de prelação no direito privado *não sofre descontinuidade*, o que, como vimos, não sucede com o instituto urbanístico.

Quid iuris se, no prazo de vigência da lei, de cinco anos, para exemplificar, houver sucessivas alienações do mesmo imóvel sujeito ao direito de preempção em favor do Município? Estando em vigor a lei, em cada alienação poderá ser exercida a preferência pelo Município. Quer dizer: não há obrigatoriedade de o Município exercer a preferência quando o proprietário aliena a coisa ao comprador; poderá fazê-lo quando o comprador decidir aliená-la a um novo comprador.

9. Examinemos o *elemento causal* do direito de preempção. A análise de tal elemento envolve a perquirição do *motivo* que conduz à instituição do direito. Em outras palavras, são as razões de fato ou de direito que conduzem à formação do direito subjetivo.

Não custa lembrar, à guisa de esclarecimento prévio, que o motivo da vontade não tem relevância expressiva no âmbito do direito privado. No direito público, todavia, o motivo constitui um dos elementos do ato administrativo. Modernamente a perquirição do motivo abrange, inclusive, os atos legislativos e jurisdicionais, realçando-se o princípio da razoabilidade que deve inspirar a prática de todo e qualquer ato oriundo de autoridade pública.

A cláusula de preferência, como pacto adjeto ao contrato de compra e venda, não apresenta qualquer exigência quanto ao motivo que levou os contratantes a firmá-lo. Aliás, o mesmo se pode dizer quanto ao motivo para a própria alienação.

O Estatuto, por regular instituto de ordem pública, enumera, no art. 26, os casos em que o Poder Público municipal deve exercer o direito de preempção que a lei lhe outorgou. O exercício do direito deve suceder quando houver necessidade de: 1º) regularização fundiária; 2º) execução de programas habitacionais; 3º) constituição de reserva fundiária; 4º) projeto de expansão urbana; 5º) implantação de equipamentos urbanos e comunitários; 6º) formação de áreas verdes e de lazer; 7º) proteção ambiental; 8º) proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

Aqui se faz necessário breve comentário sobre tema de Direito Administrativo. Uma das classificações básicas dos atos administrativos consiste em agrupá-los em *atos vinculados* e *atos discricionários*. A despeito da crítica que lhe fazem alguns estudiosos, a divisão é clássica e, afastando alguns pontos inúteis de detalhamento, a dicotomia permanece e é adotada por vários juristas e em diversos julgados. Vinculados são aqueles em que o regramento jurídico “*pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada*” (MARIA SILVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 3ª. ed., 1993, p. 161). Já os atos discricionários, como já averbamos alhures, são aqueles em que “*se defere ao agente o poder de valorar os fatores constitutivos do motivo e do objeto, apreciando a conveniência e a oportunidade da conduta*” (nosso *Manual de Direito Administrativo*, Ed. Lumen Juris, 8ª. ed., 2001, p. 96).

Quando o Estatuto consigna que o exercício do direito de preempção só pode ser exercido pelo Município *quando houver necessidade* de alguma das medidas urbanísticas que estão relacionadas no art. 26, daí temos que extrair duas conclusões quanto à natureza da conduta administrativa. De um lado, poder-se-á dizer que a Administração municipal está *vinculada às hipóteses que a lei enunciou*, e essa circunstância descarta qualquer outra fora da enumeração legal. Quanto à eleição da hipótese em si mesma, haverá sem dúvida uma certa discricionariedade para o administrador, que pode exercer o direito de prelação, por exemplo, quer para reserva fundiária, quer para ordenar e direcionar a expansão urbana.

A princípio, poderia parecer inviável a escolha administrativa diante do que dispõe o art. 26, parág. único, do Estatuto, segundo o qual a lei municipal “*deverá enquadrar cada área em que incidirá o direito de preempção em uma ou mais das finalidades enumeradas por este artigo*”. Note-se, no entanto, que a lei federal aponta uma obrigação para o legislador municipal, qual seja a de *mencionar expressamente* a finalidade para a qual se destinará o exercício do direito. Ora, como indicar a finalidade é, na hipótese, o mesmo que revelar o *motivo* da conduta administrativa, poder-se-á concluir que a exigência é a de também *justificar* a preferência aquisitiva. Ocorre que o próprio Estatuto admite possa o enquadramento da área ajustar-se a *uma ou mais das finalidades*, que é o mesmo que dizer que o enquadramento pode atender a *um ou mais motivos*. Se a lei indicar *apenas* um motivo, a administração municipal estará irremediavelmente vinculada a ele, mas se indicar *mais de um* é cabível supor que à administração incumbirá o poder de eleger a que espelhar maior interesse para a política urbana.

É claro que a liberdade administrativa nunca será integral, porque não se permitem abusos por parte da Administração, e ademais cada ato que substanciar a escolha da hipótese legal deverá ter claros os motivos conducentes, de modo a poderem ser investigados quanto à veracidade e à legalidade. Há, desse modo, ponto e contraponto: a escolha do motivo para exercitar o direito de preferência é administrativa, mas não pode a Administração eximir-se de demonstrar as razões por que a fez.

Uma coisa é certa: diversamente do que sucede no direito privado, o

motivo condutor do exercício do direito de preempção pelo Município é de fundamental relevância para averiguar-se se observou ou não a estrita legalidade imposta no Estatuto. Observe-se, por oportuno, que a autoridade que determinar a utilização do imóvel, após exercida a preferência, fora dos fins a que a lei a destinou, incorrerá em improbidade administrativa, sujeitando-se aos efeitos da Lei nº 8.429, de 2.6.92. É o que dispõe o art. 52, III, do Estatuto.

10. Hipótese interessante diz respeito à questão da incidência da lei nova municipal em relação a contrato de compra e venda celebrado antes de sua vigência, no qual tenham as partes ajustado o pacto de preempção. A questão não é meramente acadêmica e pode efetivamente ocorrer.

A solução deve ser buscada no princípio da irretroatividade da lei, consagrado no art. 5º, XXXVI, da CF, segundo o qual a lei não pode prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. No caso em tela, a questão gira em torno do ato jurídico perfeito, que é aquele em que consiste o contrato de compra e venda e o ajuste da cláusula de preempção firmados pelas partes.

Segundo o preceito do art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decr.lei nº 4.657, de 4.9.42), "*reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*". O preceito encerra algumas considerações sobre seu sentido. A qualificação de *perfeito* aposta à expressão *ato jurídico* tem o significado de indicar que foi completado o ciclo de formação do ato. Quer dizer: concluiu-se a manifestação de vontade das partes ajustada em determinado sentido e procedeu-se à formalização por meio da exteriorização dessas vontades. Com a presença de todos esses elementos, dá-se a *consumação* do ato. Se esta consumação teve desfecho sob o império da lei "A", fica garantida a incolumidade do ato contra eventuais preceitos diversos que venham a constar da lei "B", que sucedeu àquela, tornando-se inviável a retroatividade da lei nova ao ato consumado. Estando apenas em formação o ato e, pois, sem consumação ainda, incidirá a lei nova, visto que inexistente até sua entrada em vigor qualquer situação de *definitividade jurídica*.

Diante desses elementos, se o contrato de compra e venda com o pacto adjeto de prelação, como ato jurídico perfeito, se consumou anteriormente à lei municipal instituidora do direito de preferência em favor do Município, não pode esta aplicar-se ao contrato, pois que, se assim o fizesse, vulnerado estaria o princípio constitucional da irretroatividade da lei. Segue-se que, à ocasião em que o comprador resolver alienar o imóvel, titular do direito de preempção será o vendedor, conforme pactuado no contrato, e não o Município.

Uma vez exercido o direito de preferência pelo vendedor, nos termos do contrato de compra e venda, a lei nova municipal já poderá ter integral aplicabilidade, de modo que o próximo direito de preempção, nela contemplado, será exercido pelo Município no momento em que o ex-vendedor, agora proprietário, decida alienar o bem. Somente assim se torna conciliável o interesse urbanístico com a garantia constitucional.

Poder-se-á indagar se, garantido o pacto de prelação firmado entre particulares e afastada a lei nova municipal, não se estaria sobrepondo o interesse

privado ao interesse público consistente na reengenharia urbanística. A resposta é negativa. A uma, porque a solução encontra respaldo na ordem constitucional, que não pode ser confrontada por lei; a duas, porque *não se elide o interesse urbanístico do Município*, mas apenas fica postergado o exercício do direito de preferência para a aquisição do bem. E não custa lembrar que, se o interesse urbanístico for de tal ordem que não possa o Município aguardar o momento futuro em que o proprietário resolva alienar o imóvel para então exercer seu direito, outros instrumentos poderão ser por ele adotados, inclusive o mais drástico - a desapropriação do bem (não a desapropriação urbanística punitiva, é claro, mas a urbanística comum, prevista na lei geral de desapropriações - o Decr. Lei 3.365/41).

Não parece, entretanto, que possa haver toda essa aflição por parte do ente municipal. Na verdade, quando a lei municipal institui o direito, para as áreas que delimitar, segundo o plano diretor, já demonstra que a necessidade de aquisição do imóvel não é *imediate*, mas ao contrário *eventual*. De fato, pode ocorrer que o proprietário do imóvel jamais pretenda vendê-lo, e se essa for a sua resolução jamais também poderá o Município tornar concreto o direito que a lei abstratamente previu.

11. Delineados os elementos materiais de composição do direito de preempção urbanístico, vale a pena tecer rápidas considerações sobre o procedimento formal consoante o qual se concretiza o exercício do direito.

O primeiro elemento procedimental é a *notificação* que cabe ao proprietário dirigir ao Município, cientificando-o de sua intenção de alienar o imóvel. Não obstante, só será possível ao proprietário fazê-lo se ele próprio estiver ciente de que seu imóvel está na área delimitada na lei municipal e suscetível de sujeição ao direito de preempção municipal. Desse modo, embora o Estatuto tenha silenciado sobre o assunto, é indispensável que, editada a lei municipal, *devam ser cientificados todos os proprietários cujos imóveis se situem na área demarcada*. Como se sabe, dificilmente a população leiga se preocupa em acompanhar leis e atos do Poder Público, além de que, por outro lado, poderá haver proprietários humildes e de poucas letras. Nota-se, assim, que acabaria por não ser viável atender à lei quanto à notificação.

Qual o efeito que decorreria do fato de a alienação do imóvel ser processada, sem que o vendedor tenha notificado o Município para manifestar-se sobre o direito de preferência à aquisição? Essa questão encerrou funda polêmica doutrinária no que toca à retrocessão, prevista no art. 519, do Cód. Civil, também hipótese de preempção legal, como bem assinala CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (ob. cit., p. 135). Para uns, tratar-se-ia de verdadeiro direito real, de modo que assistiria ao ex-proprietário o direito de desfazer o negócio e reivindicar o bem (SEABRA FAGUNDES, EURICO SODRÉ, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, AGOSTINHO ALVIM); para outros, no entanto, haveria no caso mero direito pessoal e, desse modo, havendo preterição do aviso ao ex-proprietário, teria este apenas o direito a ser indenizado pelos prejuízos que advieram da circunstância de não ter ele exercido a prelação (ESPÍNOLA, WHITAKER, EBERT CHAMOUN, CLÓVIS BEVILÁQUA). Já tivemos a oportunidade de registrar que, a

despeito de nos parecer mais justa a corrente que admite a reivindicação do bem alienado a terceiro, entendemos que na lei civil não há elementos que levem a essa conclusão e, ao contrário, o sistema adotado parece mesmo conduzir a que o desfecho seja o meramente indenizatório (nosso *Manual de Direito Administrativo* cit., p. 655).

Não obstante a dissidência doutrinária, o direito de preempção urbanístico tem, como já vimos, fisionomia jurídica diversa da preempção prevista no estatuto civil, inclusive em relação ao instituto da retrocessão, apesar de ser esta, como também a urbanística, espécie de preempção legal. Primeiramente, a relação jurídica na lei civil é *dúplice*, fixando-se apenas entre dois pólos (na própria retrocessão, é o Estado expropriante que tem a obrigação de oferecer o imóvel desapropriado ao ex-proprietário), ao passo que no Estatuto a relação é *tríplice*, porque envolve as partes na compra e venda e o Município, que nunca foi titular da propriedade em jogo. Além disso, os fins também são de natureza diversa: na lei civil, é o interesse das partes e, no Estatuto, é a ordem urbanística. Referidas diferenças conduzem a tratamento jurídico particular para a preempção urbanística.

De plano, entendemos que o direito conferido por lei ao Município tem a natureza de *direito pessoal*, visto que inexistente qualquer indício de que o legislador tenha pretendido delinear-lo como direito real. Não previu qualquer norma que contivesse direito reivindicatório para o Município. Por outro lado, sequer determinou, como o fez para outros instrumentos urbanísticos previstos no mesmo Estatuto, anotação do fato junto ao registro imobiliário. De tal premissa, parece-nos possível, desde logo, concluir que, tendo havido preterição no que toca à preferência, o negócio de compra e venda deve considerar-se válido e eficaz, *não assistindo ao Município ação para desfazê-lo*.

Em termos de indenização, porém, há que distinguir. Se o proprietário for devidamente cientificado pelo Município sobre sua obrigação de notificá-lo quando decidir alienar o imóvel, caber-lhe-á indenizar o ente municipal pelas perdas e danos que a preterição houver provocado. No caso de desconhecer essa obrigação, cuja ciência o Município deveria ter providenciado, nenhuma indenização será devida. O princípio da não-escusa de ignorância da lei há de ser interpretado em consonância com o princípio da autonomia da vontade, segundo o qual os particulares têm o direito de contratar livremente.

12. Partindo-se da premissa de que o proprietário tenha sido cientificado da necessidade de notificar o Município, vejamos a formalização exigida no que se refere a tal fato.

A notificação deve ter, em anexo, a proposta de compra assinada pelo interessado, e isso para, em primeiro lugar, ser comprovado o interesse aquisitivo de terceiro, e depois para aferir-se o valor que o interessado pretende pagar pelo imóvel. Além do valor, devem constar da proposta as condições de pagamento e o prazo de validade.

Deve o Município manifestar seu interesse em comprar o imóvel no prazo de trinta dias a partir da notificação. A manifestação deve ser por escrito, atendendo, inclusive, ao princípio da solenidade exigido para os atos adminis-

trativos. Não há obrigatoriedade de o Município exercer o direito de preempção; trata-se de *faculdade jurídica*, a ser exercida de acordo com critérios eminentemente administrativos do governo municipal. Inexistindo interesse, pode o Município exprimir formalmente seu desinteresse, comunicando-o ao proprietário, ou simplesmente deixar transcorrer *in albis* o trintídio. Aqui ocorrerá a decadência do direito e o silêncio do ente notificado deverá ser interpretado como manifestação negativa de vontade.

O proprietário, então, poderá alienar o imóvel ao interessado *nas condições da proposta já formalizada*. Se o contrato alienativo for celebrado em condições diversas, a alienação será nula de pleno direito, como adverte o art. 27, § 5º, do Estatuto, evitando-se que o Município tenha seu direito fraudado por ardilosa via oblíqua arquitetada pelo proprietário e pelo interessado. A propósito, incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92, quem adquirir imóvel objeto de direito de preempção urbanístico pelo valor da proposta apresentada, quando este for, comprovadamente, superior ao de mercado. Em tal sentido dispõe o art. 52, VIII, do Estatuto.

Com vistas a evitar tais problemas, o Estatuto assinou ao proprietário a obrigação de apresentar ao Município, no prazo de trinta dias, cópia da escritura pública que concretizou o contrato de compra e venda. A lei não disse quem seria o proprietário para esse fim, se o anterior que notificou o Município ou o adquirente do imóvel. Sem embargo de dúvida que possa surgir, parece lógico que a obrigação seja cometida ao adquirente, *novo proprietário*, porquanto o anterior já cumpriu a sua, que era a de notificar o Município e, ademais, é ao novo proprietário que cabe demonstrar que adquiriu o bem nas condições da proposta, não incorrendo, desse modo, em improbidade administrativa.

13. Não cumprida tal obrigação no prazo legal de trinta dias, pode o Município notificar o proprietário para fazê-lo. *Quid iuris*, se a obrigação não for cumprida?

O Estatuto deixou bem nítida a obrigação (de apresentar cópia do instrumento contratual), mas omitiu-se quanto à previsão de sanção para o caso de eventual descumprimento. Ou seja, a lei exibiu o preceito mas o esvaziou pela omissão de medida sancionatória: afinal, é sabido que de nada serve o preceito se não houver a sanção pela sua inobservância.

Sendo o Estatuto consubstanciado por lei federal que traça as *diretrizes gerais* sobre a política urbana, caberá ao Município interessado, ao editar a lei específica instituidora da preempção, prevista no art. 25, ou uma outra lei à parte, fixar a *sanção administrativa* a ser imposta ao proprietário descumpridor da obrigação legal, a qual, possivelmente, será a de multa. O que se deve exigir é que a sanção *seja formalmente prevista em lei*, e não em mero ato administrativo, este via inidônea para imposições sancionatórias despidas de suporte legal.

Independentemente disso, poderá o Município providenciar *notificação administrativa* ao proprietário para que apresente o documento contratual exigido na lei e, no caso de recalcitrância, tem o ente municipal o direito de ajuizar ação contra o omisso, de cunho cominatório, a fim de obter decisão judicial que o condene ao cumprimento da obrigação de fazer - a de apresentação da cópia do

instrumento público em que se formalizou o negócio aquisitivo.

14. Estando o Município interessado na aquisição do imóvel, deve providenciar a publicação do aviso da notificação recebida e da intenção do ente notificado de adquirir o imóvel nas condições da proposta anexa à notificação. A publicação deverá ser feita, no mínimo, duas vezes, uma em órgão oficial e outra em jornal local ou regional de grande circulação (art. 27, § 2º).

O Estatuto se omite quanto às providências a serem seguidas após a publicação. Cabe, portanto, a cada Município dispor normativamente sobre a matéria, seja na lei municipal instituidora do direito de preempção, seja em lei posterior específica. Ainda que inexistia regulação própria para a matéria, a publicação encerra a primeira fase básica do instrumento urbanístico, de modo que, daí para a frente, bastará a articulação entre o Município e o proprietário para a celebração do negócio jurídico de compra e venda.

15. Como já mencionamos de passagem, o Estatuto comina com a sanção de nulidade de pleno direito a alienação efetivada sem que tenham sido observadas as condições nele estabelecidas (art. 27, § 5º). Caberia indagar, no caso, quem estaria legitimado a promover a respectiva ação declaratória de nulidade.

Primeiramente, é mister deixar claro que a inobservância das condições fixadas na lei urbanística é, sem dúvida, hipótese de nulidade. De acordo com o art. 166, VI, do Cód. Civil, o ato jurídico é nulo *"quando a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática sem cominar sanção"*. Tendo-o declarado, de forma expressa, o Estatuto, impõe-se interpretar a hipótese como sendo efetivamente de nulidade.

Diferentemente do que sucede com a anulabilidade, podem as nulidades ser *"alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir"* (art. 168, Cód. Civil). E a qualificação de interessado deve ser a mais ampla possível, em ordem a ser assim considerado qualquer pessoa cujo desfazimento do ato possa afetar sua órbita jurídica, propiciando a satisfação de seu interesse.

Conseqüentemente, infere-se que são legitimados para promover a declaração de nulidade do negócio jurídico o Município (este o interessado principal), o vendedor, o comprador, o Ministério Público e o terceiro que demonstre sua qualidade de interessado.

16. Declarada a nulidade do contrato e desfeito o ajuste alienativo, o efeito jurídico que daí decorre é o de que as partes retornam ao *statu quo ante*. Com efeito, a lei civil é incisiva no sentido de que, anulado o ato, restituem-se as partes ao estado em que antes dele se encontravam (art. 182, Cód. Civil). Não sendo possível, o efeito se converte em indenizatório. É também o que sucede no âmbito do Direito Urbanístico. Mas com uma peculiaridade que merece ser anotada.

De acordo com o Estatuto, desfeito o negócio, o Município poderá adquirir o imóvel pelo valor da base de cálculo do IPTU ou pelo valor indicado na proposta apresentada, se este for inferior àquele (art. 27, § 6º). Com a fixação dessa faculdade legal, o Município assume, realmente, o papel de principal inte-

ressado (não o único, como foi visto) no desfazimento do contrato alienativo.

Ao contrário do que se possa supor, ante os termos do citado dispositivo, só há discricionariedade administrativa ante a possibilidade de o Município *adquirir ou não* o imóvel depois da invalidação. Entretanto, definida a opção pela aquisição, não há liberdade de escolha *quanto às condições de aquisição*: o Município *só* pode pagar o preço mais baixo - ou o valor-base do IPTU ou o da proposta, se este for mais baixo que aquele. Há, portanto, *atividade estritamente vinculada* do administrador municipal quanto ao valor da aquisição do imóvel.

17. Das breves linhas que traçamos acima, não é difícil constatar que o direito de preempção urbanístico constitui interessante inovação para que o Município possa processar a reengenharia de ocupação organizada do solo urbano.

Comparando-o com o clássico direito de preempção ou preferência previsto na lei civil, procuramos deixar acentuados os aspectos diferenciais que marcam a fisionomia de cada um dos institutos, considerando, fundamentalmente, a natureza de cada um, o elemento causal-volitivo e os fins a que se destinam.

Trata-se, enfim, de resumida análise, cujo objetivo é tão somente o de suscitar os debates e as reflexões sobre o novel instituto de política urbana.

^(*) JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO é Procurador de Justiça do RJ (aposentado), Prof. da UFF - Univ. Federal Fluminense (Pós-graduação), Prof. da Univ. Cândido Mendes (Pós-graduação), Prof. da Universidade Estácio de Sá (Pós-graduação), Professor da EMERJ - Escola da Magistratura do RJ, Professor da EMATRA - Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho no Rio de Janeiro, Professor da FEMPERJ - Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro, Mestre em Direito (UFRJ).

Das requisições de diligências pelo Ministério Público ao Conselho Tutelar

JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR (*)

"Ora, com largo fundamento se pôde sustentar que um Governo a quem se confiam poderes dessa amplitude, da execução correcta dos quaes tão vitalmente depende a felicidade e prosperidade da nação, deve ter recebido também amplos meios para os exercer. Dado o poder, é do interesse da nação facilitar-lhe o exercício. Nunca se poderia suppôr que fosse do seu interesse, ou estivesse no seu intuito embaraçar-lhe e tolher-lhe o exercício, recusando-lhe para isso os mais adequados meios"
MARSHALL, apud RUY BARBOSA

Afirma-se, nesta exposição, a possibilidade de o Ministério Público requisitar diligências ao Conselho Tutelar, lastrada tal convicção em ditames legais, constitucionais e principiológicos. Não se olvida, sob o aspecto puramente estatutário, que o Conselho Tutelar é sim órgão autônomo, dotado de estrutura própria e organização burocrático-administrativa distinta até mesmo do próprio município, do qual, em verdade, exsurge. Nem se deseja subjugar tal valoroso órgão a mero auxiliar do Promotor de Justiça ou do Juiz. Não se quer esquecer tal lição. Apenas se deseja relembrá-la por inteiro.

O Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu o Conselho Tutelar no ordenamento jurídico nacional, erigindo-o, em seu art. 131, como órgão permanente e autônomo, não-jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.

Anote-se, desde aqui, que, conquanto autônomo, o Conselho Tutelar não é independente e, de fato, tem suas atividades engendradas dentro de um todo ao qual deve sim servir – sem ser, por óbvio, subserviente. Em obra dedicada ao tema, intitulada *Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*, WILSON DONIZETI LIBERATI e PÚBLIO CAIO BESSA CYRINO assim expuseram:

"Percebe-se, pois, que essa autonomia é apenas funcional, não havendo qualquer impedimento, do ponto

de vista administrativo, a que o Conselho esteja ligado ou subordinado a outro órgão, ou que, do ponto de vista financeiro, dependa de verbas externas ou de alguma Secretaria Municipal. (...) exerce sua função com independência, mas sob fiscalização do Conselho Municipal, da autoridade judiciária, do Ministério Público e das entidades civis que trabalham com a população infanto-juvenil" (op. cit., p. 104, 1ª ed., 2ª tiragem, edit. Malheiros, 1997, SP)

Autonomia administrativa não deve ser, portanto, óbice ao atendimento de diligências requisitadas pelo Ministério Público ao Conselho Tutelar. Antes, deve ser rememorada a natureza **pública** da nodal função relegada pelo Poder Constituinte Originário a este órgão. Natureza esta da qual nascem inúmeros deveres.

Nesta esteira de idéias, confira-se a argumentação de JOSIANE PETRY VERONESE, na obra *A Tutela Jurisdicional do Interesses Individuais, Difusos e Coletivos da Criança e do Adolescente*, editora LTr, p. 166, ao citar que:

"Partindo do disposto no art. 3º da Constituição Federal, DIOMAR ACKEL FILHO, que em seu artigo "A Discricionariedade Administrativa e a Ação Civil Pública", publicado em RT 657/51, preleciona:

*'A Administração, na consecução dos objetivos do bem comum, tem deveres e obrigações, assim como se investe de faculdades e direitos. Ao implementar os atos que lhe competem, espelhados na condução dos serviços e obras públicas, sempre tem em mira determinados fatos, traduzidos como realidade social, em que devem ser sopesados como imperativos a executar ou carências a suprir. Nesse desiderato, o agente público necessita avaliar essas realidades, dando azo, então, ao seu **discrimen**. Ao fazê-lo, por vezes, o administrador avalia equivocadamente o contexto divorciando-se do bem comum, mantendo-se culposa ou deliberadamente na contemplação distorcida da verdade social, omite-se, negligencia, prevarica. (...) É sabido que a harmonia dos poderes exige uma interdependência recíproca...' (...)*

A Oitava Câmara Cível de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à unanimidade, ao apreciar a Apelação Cível n. 201.109-1, assim decidiu:

'Não se deve negar ao Ministério Público a legitimidade ativa 'ad causam', na defesa do cumprimento das normas constitucionais, sob o argumento da independência entre os poderes. São independentes, enquanto praticam atos administrativos 'interna corporis'. Não são independentes para, a seu talante, desobedecerem à Carta Política, às leis e, sob tal pálio, permanecerem, cada um a seu lado, imunes à reparação das ilegalidades' (LEX 155/96)."

Superada a argumentação acima exposta e cerrando a visãq sob uma ótica meramente legalista, ainda assim resta evidenciada a possibilidade de o Ministério Público expedir requisições ao Conselho Tutelar diante de normas legais expressas tais como as veiculadas pelo artigo 201, incisos VI e XII do ECA, *verbis*:

"Art. 201. Compete ao Ministério Público: (...)

VI - instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los: (...)

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;
(...)

XII - requisitar força policial, bem como a colaboração de serviços médicos, hospitalares, educacionais e de assistência social, públicos ou privados, para o desempenho de suas atribuições. "

Não há como se negar que o Ministério Público possui poder requisitório, inclusive diante do Conselho Tutelar, uma vez que, se de um lado, enquanto autoridade municipal ^{1 2} e face a inquérito civil instaurado, haveria de atender às ditas requisições, por força do inciso VI, alínea "b" daquele artigo, por outro

¹ Assim define o vocábulo o jurista J. M. OTHON SIDOU, in *Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas* (2ª ed., RJ, edit. Forense Universitária, 1991, p. 63: "**Autoridade.** s. f. (Lat. Auctoritas) Dir. Adm. Pessoa que, em qualquer dos três Poderes do Estado, é investida do exercício de atividade a qualquer deles inerente, quer executando, quer editando atos e quer se trate de agente público, quer de administrador ou representante de ente autárquico ou de entidade paraestatal; e ainda, pessoa natural ou jurídica com função delegada do poder público na qualidade de concessionário ou permissionário de serviços públicos ou de utilidade pública, quanto aos atos que venha a praticar. CPC, Art. 124; L. 1533, de 31.12.1951, art. 1º".

² Se ainda assim não se entendesse, valeria, de todo modo, aduzir à Lei n.º 7347/85, que, em seu artigo 8º, parágrafos 1º e 2º, trata de mencionar não apenas "autoridades municipais", mas também "organismos".

lado, ainda sem que haja sido instaurado qualquer procedimento ou expediente, a sua colaboração seria obrigatória em prol do desempenho pelo MP de suas atribuições, com lastro no inciso XII daquele mesmo dispositivo legal.

Anote-se que não se trata de qualquer invencionismo ou malabarismo jurídico concluir, diante da redação de tais incisos, que a interpretação dos mesmos há de ser *extensiva*. Portanto, não se limite o poder requisitório a exames, perícias, informações ou fornecimento de documentos; anteveja-se, em clareza meridiana, que qualquer diligência similar poderá ser também objeto de requisição.

Se não bastassem as palavras *expressas* do Legislador, ainda restaria aventar ao parágrafo 2º daquele artigo, donde consta *atribuição residual* ³ do *Parquet*, sendo obviamente legítimo ao Promotor de Justiça requisitar diligências ao Conselho Tutelar quando compatíveis com a finalidade *protetiva* da Instituição Ministerial:

“§ 2º As atribuições constantes deste artigo **não** excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade do Ministério Público.”

Cumpre abordar, ainda que brevemente, a questão sob o ponto de vista **princípiosológico** ou, noutros termos, arguir: “*Afinal, há princípio constitucional ou legal que permita concluir que o Conselho Tutelar deve, sim, se submeter às requisições do Ministério Público?*”

Suma venia permissa, enfrentar a questão jurídica que se desvela no caso presente sem sequer mencionar ou buscar elidir a incidência do sistema protetivo acima é reflexamente abster-se de enfrentá-la. *Neste diapasão, e ainda que se pretendesse abordar o tema sob um viés constitucional, valeria rememorar, então, valiosa lição do consagrado constitucionalista* LUÍS ROBERTO BARROSO, *em interessante polígrafo cujo excerto ora se pede vênia para transcrever:*

“O princípio do melhor interesse da criança tem suas origens na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas, ainda em 1959. Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969), ratificada pelo Brasil em 1992 (Decreto n.º 678/92), faz referência ao dever da família, da sociedade e do Estado de dar proteção especial à criança e do adolescente. A Convenção Internacional de Direitos da Criança,

³ Vale observar que o vocábulo “**atribuição**” foi obviamente empregado em sentido leigo, não apenas alcançando as funções-FINS confiadas ao MP, mas também os **meios** para tanto. Mesmo a leitura rasa dos incisos do artigo 201 do ECA permite vislumbrar este simplório equívoco do Legislador.

aprovada pela ONU em 1989 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto 99710/90, dispõe que todas as ações relativas a crianças levadas a efeito por instituições públicas ou privadas deverão considerar, "primordialmente, o melhor interesse da criança". (...)

De toda sorte, a Constituição oferece parâmetros: o melhor interesse do menor consistirá na solução que mais eficientemente realize seus direitos fundamentais, nos quais estão incluídos educação, cultura, profissionalização e convivência familiar" (in Regime Jurídico da Participação de Crianças e Adolescentes em Programas de Televisão, pp. 23/25)

O Parquet atua, em regra, de forma protetiva em prol de menores em situação de risco concreto ou potencial. *Ora bem, ao se vedar ao Ministério Público a possibilidade de requisitar diligências ao Conselho Tutelar diante de hipótese em que este órgão teria meios adequados e suficientes para bem atendê-las, por que se refutar tal seja feito? Tal recusa não consubstanciaria verdadeiro desfavor contra os infantes cuja proteção justifica a própria atuação do Parquet? Não haveria, então, violação àquele princípio?*

Mas, se aqui terminássemos esta exposição, certamente estaria incompleta a análise. Isto porque, ainda que se admitisse não haver uma linha sequer ao longo de todo o Estatuto que concedesse ao Ministério Público tal poder requisitório face ao Conselho Tutelar, há formidável vetor de interpretação do direito advinda da conhecida *Implied Powers Theory* ⁽⁴⁾, cunhada junto à Suprema Corte Norte-Americana pelo Juiz MARSHALL ⁽⁵⁾: se ao Ministério Público cumpre a defesa de direitos difusos, coletivos e mesmo individuais indisponíveis titularizados por menores (artigo 210, inciso I do ECA), é curial entender-se que os meios lhe são implicitamente disponibilizados para que se alcance tal fim – se um destes meios é a requisição de diligências ao Conselho Tutelar, há de estar disponível ao Parquet.

Em verdade, muito embora se haja à sobeja demonstrado a possibilidade de o Ministério Público requisitar diligências ao Conselho Tutelar, correto mesmo seria traçar raciocínio inverso, bastando demonstrar que não há impossibilidade de o fazer. Na profunda abordagem implementada pelo proficiente colega MAURO FONSECA ANDRADE, Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em sua obra *Ministério Público e Sua Investigação Criminal*, assim se deixou escrito:

⁴ Vale a leitura, quanto à referida Teoria de Poderes Implícitos, do *leading case* no qual se originou: *Mccullosh vs. Maryland*. Quanto à aplicabilidade desta teoria ao Direito Pátrio, vale a pena passar os olhos na obra "Commentários à Constituição Federal Brasileira" de RUY BARBOSA, onde o notável estudioso, mostrando sua indignação com os que a questionavam, taxou a argumentação contrária à teoria de "o mais frágil, o mais infantil e o frívolo dos absurdos".

⁵ Remete-se, por oportuno, o leitor ao excerto em epígrafe, por sinal, lavrado também por MARSHALL.

“ E como não há nenhuma norma que expressamente impeça o Ministério Público de investigar, de mera inconformidade, voltada para a preservação de interesses menos nobres, não passaria o entendimento daqueles, pois, na lição de MARSHALL, todos aqueles que atuassem de maneira a obstaculizar os efeitos ou negar a existência desta teoria estariam a laborar, em suma, contra os interesses da Nação. (...) A possibilidade de o Parquet exercer tal liberdade investigatória também decorre do método de interpretação endereçado ao inciso III (que trata da ação civil pública e inquérito civil) em confronto com os incisos II, IV e IX (que conferem ao Ministério Público poderes para: garantir direitos previstos na CF; instaurar procedimentos administrativos, nele expedindo notificações e requisitando documentos e informações; exercer funções compatíveis com sua finalidade)” (op. cit., p. 64, edit. Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, RS, 2001)

Admitidas, assim, as requisições de diligências pelo Ministério Público ao Conselho Tutelar, é de todo importante apresentar algumas considerações finais, cuja finalidade única é a de se elidirem contra-argumentos esdrúxulos, que, por envolverem situações extremas ou absurdas, poderiam aparentemente ser usados para se sustentar tese contrária à nossa. Bastaria dizer que o poder requisitório – como, aliás, todos – também encontra limites na razoabilidade.

Evidente que, por exemplo, exame médico deve sim ser preferencialmente requisitado a quem preste serviços médicos e hospitalares – e não, ao menos, de início, ao Conselho Tutelar. É decorrente da própria lógica que se requisitem diligências a órgão que desempenhe como atividade típica aquilo que se deseja ver implementado ^{6 7}.

Anote-se a lúcida observação de MURILLO JOSÉ DIGIÁCOMO, Promotor de Justiça do Paraná, que assim expôs, com brilhantismo habitual, em artigo intitulado “Conselho Tutelar: parâmetros para a interpretação do alcance de sua autonomia e fiscalização de sua atuação”, *ipsis litteris*:

⁶ Tal “regra”, no entanto, pode e deve ser flexibilizada diante de casos pontuais.

⁷ Na oportunidade, é de se louvar o posicionamento cunhado pelo e. Conselho dos Procuradores e Promotores de Infância e Juventude do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em setembro de 2001, *verbis*: “Décima Terceira Ementa – Conselho Tutelar - Condução de partes perante o Ministério Público – Não há respaldo legal para compelir o Conselho Tutelar efetuar condução de partes ao Ministério Público, cabendo, se necessário, expedir mandado de condução, inclusive com auxílio de força policial.”

“... nenhum outro órgão ou autoridade pública pode interferir na atuação e decisões do Conselho Tutelar (que por sua vez independem do ‘referendo’ ou aprovação de outras instâncias), desde que respeitados os preceitos legais que lhe servem de parâmetro, nem “determinar” que este pratique atos que são estranhos à função e/ou não contidos no rol de suas atribuições estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.” (*op. cit.*, extraído do site oficial do Ministério Público do Paraná – www.pr.gov.br/mppr -, Seção do Centro de Apoio Operacional de Infância e Juventude) - grifos nossos.

Neste passo, quanto ao Conselho Tutelar, é aconselhável que lhe sejam dirigidas requisições tais como: vistoria do domicílio do menor e confecção de pertinente relatório; indagação junto a munícipes (vizinhos) acerca de existência de familiares do menor abandonado na comunidade local; recolhimento e acolhimento de menores em situação de rua em determinado local; vistoria de ente de atendimento e confecção de pertinente relatório *etc.*

Por outra, gize-se: requisita-se *diligência* e não *aplicação de medida protetiva* – isto sim, não se discute, seria odiosa ingerência do Ministério Público sobre o Conselho Tutelar. Poderia o Promotor de Justiça tão-só requisitar informações acerca da aplicação ou não de alguma medida em prol do menor, de modo a verificar a necessidade ou não de medida judicial em favor deste e contra o Conselheiro Tutelar omissos e negligentes.

In aditio, vale observar que as requisições ministeriais, quando não atendidas, implicam sanções: *primo*, trata-se de crime o embaraço das funções parquetianas (artigo 236 do ECA); *secundo*, o Conselheiro Tutelar que deixar de observar a requisição poderá ser excluído do Conselho Tutelar (artigo 201, X do ECA). Isto sem mencionar o artigo 10 da Lei n.º 7347/85, os artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa e o artigo 201, parágrafo 5º do ECA (este último, a possibilidade de expedição de recomendação administrativa ⁸⁾).

⁸ Sobre o tema, vale a breve leitura do artigo intitulado “Conselho Tutelar: parâmetros para a interpretação do alcance de sua autonomia e fiscalização de sua atuação”, de autoria do estudioso colega MURILLO JOSÉ DIGIACOMO, Promotor de Justiça do Paraná, no site oficial daquele Ministério Público (www.pr.gov.br/mppr). A despeito do brilhantismo do jurista, explicitamos nossa pontual discordância quanto ao significado e à significância que apõe à expressão “autonomia”, tendo-a para si como “independência” a obstar requisições ministeriais ao Conselho Tutelar. Ainda que admitido como independente, pergunta-se: se o próprio Município – do qual exsurge, como se viu, tal órgão -, embora reconhecidamente autônomo e “independente”, enquanto ente federativo, deva atender a requisições do Ministério Público, como justificar que o Conselho Tutelar não seja obrigado a tanto? Não seria esta uma rotunda incoerência?

É este, enfim, o entendimento que, em nosso II Encontro de Trabalho, organizado pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Infância e Juventude do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, mostrou-se *minoritário*. Insistimos, porém, na defesa desta tese, não por diletantismo intelectual, nem por surda arrogância, tampouco por questões institucionais (ou, antes, corporativistas). Entendemos sim ser esta a única conclusão a que se pode chegar após detida análise do tema, sopesando-se argumentos prós e contra, refletindo qual dos entendimentos atende melhor aos fins de nossa Constituição Cidadã.

(*) JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR é Promotor de Justiça do Rio de Janeiro; ex-Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul.

LUIZ FABIÃO GUASQUE (*)

1. Introdução;
2. O redimensionamento do Estado;
3. A lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e do Termo de Parceria (Lei nº 9.790/99);
4. As armas e os argumentos do 3º setor;
5. A importância da mobilização dos organismos representativos do setor não lucrativo na conscientização de que os incentivos são necessários.

1. Introdução. A democratização do Estado Brasileiro.

A Constituição da República de 1988, ao nos trazer a democratização do Estado Brasileiro, instituiu um regime de democracia participativa e cidadania responsável, cometendo-nos direitos e deveres individuais e coletivos, no seu Título Segundo, Capítulo Primeiro, art. 5º e incisos.

Essa democracia participativa, adotada hoje em todo o mundo moderno, permite a todos nós a busca da felicidade.

Possibilita-nos a movimentação pela melhoria das instituições em que trabalhamos, bem como a participação nos problemas de efetividade de direitos conferidos ao povo pela Lei Magna, sempre através da mobilização social. No primeiro caso, o modelo mais usual é o das Fundações de Apoio à Hospitais-Escola, Universidades e instituições, como a Polícia Civil e Defensoria Pública ou a funções essenciais do Estado, como o Ministério Público.

Finalmente, dá-se aos brasileiros a possibilidade de exercer a cidadania participativa, a exemplo do que já ocorre nos Estados Unidos e Europa.

Abandona-se a concepção de um Estado unisetorial, que chama a si a responsabilidade pelo desenvolvimento da indústria e da efetividade dos direitos fundamentais inerentes à cidadania: o acesso à educação, à cultura, ao desporto, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, aos direitos sociais *etc*, para um Estado fiscal e propulsor da iniciativa privada.

Atribui-se ao mercado a responsabilidade social da empresa e à sociedade civil a possibilidade de buscar viver digna e despreocupadamente.

Se, na história da Humanidade, a Revolução Francesa havia sido eminentemente individualista, já no século XVIII os movimentos de opinião, ao contrário, haviam sido agrupadores, corporativistas, congregacionistas. Já naquela época, todos sentiam a necessidade de se unir em torno de interesses espirituais ou materiais. Surgiram os sindicatos e os órgãos de classe; as sociedades anônimas proliferaram.

Se a liberdade insulada era impotente, unida a outras liberdades conseguiria pressionar o poder político e o econômico, impondo-se aos governos e aos poderosos.

Finalmente se reconhece, com a democracia brasileira, que a origem dos direitos está no homem, único que tem existência real, é livre e responsável. A sociedade política não é um ser real, palpável, e não se guia inteiramente a seu bel-prazer. Sua evolução rege-se por leis inexoráveis que somente podem ser mudadas pela vontade dos indivíduos. Elas existem e atuam para eles.

Reconhece-se que o primeiro direito de toda pessoa é o de desenvolver-se e dar expansão a seus talentos, as suas virtualidades. Todo o homem tem o direito de perfazer-se, de realizar-se.

2. O redimensionamento do Estado.

Mas, se por um lado, temos assistido a verdadeiro redimensionamento do Estado, atribuindo ao setor privado várias tarefas antes cometidas ao Poder Público, não podemos dizer que acontece o mesmo em relação à sociedade civil organizada.

Passados mais de dez anos da Constituição da República de 1988, não assistimos a nenhuma movimentação do Estado em estabelecer política de incentivos fiscais que possibilite a participação da sociedade civil.

Aos brasileiros ainda não foi conferido este direito, de forma a torná-los juízes de suas necessidades sociais.

Temos visto, verdadeiramente, o contrário: a restrição cada vez maior da interpretação do direito à imunidade das instituições de educação e assistência social, sem fins lucrativos, como a tentativa da Lei Federal nº 9.532/97, que instituiu o imposto de renda sobre aplicações financeiras das entidades imunes, obrigando o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro a ingressar com mandado de segurança em defesa das Fundações detentoras desse direito constitucional para garantir-lhes o não pagamento.

Uma análise fria das restrições ao reconhecimento desse direito constitucional pelo Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS, responsável pela certificação desta situação às entidades, demonstra que as suas exigências interpretam de forma restritiva os conceitos de educação e assistência social, não reconhecendo, por exemplo, a atividade de museus, fundações de apoio a hospitais-escola, universidades *etc*, como incluídas no direito constitucional à imunidade.

Não se atenta para a realidade de que a norma constitucional, ao conceder esses direitos ao povo, dentro da opção política do constituinte originário em dar esse incentivo ao cidadão através de suas organizações sociais (Fundações e ONGs), para defesa, promoção ou construção de direitos, deve ser interpretada de forma mais ampla possível. Suas restrições, ainda mais por atos normativos do CNAS, traduzem inconstitucionalidade.

3. A Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e do Termo de Parceria (Lei nº 9.790/99).

Dentro desta realidade, perguntamo-nos: o que pretende a Lei 9.790/99?

Substituir a política de incentivos fiscais pela via direta do financiamento pelo Governo a organizações e projetos selecionados, sob o argumento da inviabilidade de vigilância?

A resposta representa o esclarecimento do grande contra-senso ou enorme dilema que estamos enfrentando.

Ou se determina o fim do monopólio do bem público pelo Estado e se marcha para a devolução do poder e da responsabilidade às instâncias locais e à cidadania, como manda a Constituição, ou se retorna ao Estado unisetorial, de triste memória, não só no Brasil como no mundo.

Como resultado, teremos a exclusão das organizações de defesa, promoção e construção de direitos e a impossibilidade do desenvolvimento da democracia participativa através de pequenas iniciativas da sociedade civil, pois, na minha modestíssima opinião, a questão, como tem sido desenvolvida, demonstra o incentivo ao desenvolvimento dos grupos mais fortes em detrimento dos menos favorecidos, o que traduz, de imediato, a inconstitucionalidade da lei.

4. As armas e os argumentos do Terceiro Setor.

Diante deste desvio de rota do Estado no processo de democratização do Brasil, quais podem ser as armas ou os argumentos do setor não lucrativo?

Primeiro, a transparência em tudo que é realizado pelas Fundações e Organizações da Sociedade.

Nesse aspecto, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, através da sua Provedoria de Fundações, tem divulgado controle finalístico de tudo o que é realizado pelas fundações, através da internet, veiculando suas atividades principais, números de beneficiários, acesso a incentivos fiscais, bem como receitas geradas e reaplicadas na atividade.

No caso de organizações da sociedade civil, quando solicitado a atestar seu regular funcionamento, procede da mesma forma, cabendo à organização interessada a adesão ao sistema de transparência e possibilidade de melhor domínio das receitas e despesas por seus organismos estatutários de deliberação colegiada, através do controle de prestação de contas.

Também o domínio da qualidade do que é realizado deve ser desenvolvido e pode ser de iniciativa das próprias fundações, ao exemplo dos certificados ISO 9000 *etc.*

O resultado da relação custo - benefício, quando há a aplicação de recursos públicos, embora ainda tímido, é feito pela inspeção pessoal da realidade do que está sendo desenvolvido em relação à verba pública aplicada.

5. A importância da mobilização dos organismos representativos do setor não lucrativo na conscientização de que os incentivos são necessários.

É preciso admitir o equívoco dos incentivos do passado e do presente e lutar pela elaboração de um corpo consciente de normas que reflitam uma nova política de incentivos fiscais, a exemplo do que ocorre nos E.U.A e na Europa, em especial na Itália, onde já existem agências especializadas em desenvolver o setor não lucrativo através do trabalho voluntário.

Essa atividade, já denominada de 4º setor, possibilita ao cidadão a prestação do serviço voluntário com abatimento no Imposto de Renda, bem como o incentivo à proliferação de organizações da sociedade civil.

Deve-se buscar a conscientização de que o Estado é, nessa nova ordem constitucional, o regulador das forças livres do mercado e da sociedade, devendo estabelecer, através de uma política séria de incentivos fiscais, as graduações entre as prioridades sociais, os incentivos e as obrigações daí decorrentes.

Nesse aspecto, cabe ao Ministério Público o papel de *interlocutor* entre o Estado e esta sociedade civil organizada, pois, como defensor desta mesma sociedade e responsável pela efetividade dos direitos que a Carta Política assegura ao povo brasileiro, tem como missão defendê-la, quando mobilizada ou não através de Fundações ou organizações sem fins lucrativos.

Daí a importância da representatividade do 3º setor através de organizações que congreguem estas entidades como CEBRAF – Confederação Brasileira de Fundações e a ABONG – Associação Brasileira de ONGs, na defesa de que o setor deve se regulamentar pela equidade, a exemplo do *Common Law*, de forma a possibilitar que os atores sociais possam interagir sem desvios em suas finalidades.

Como instância social pronta a atender as necessidades dos grupos, classes, categorias, o campo da equidade parece o ideal por possibilitar a participação desses atores na formulação da sua própria ética, amoldando-se de forma célere às necessidades emergentes da sociedade.

A provocação contra condutas tidas como antiéticas, por sobrepor o interesse individual de qualquer dos atores ao objetivo final da interrelação, poderá ser provocado por qualquer participante direto ou indireto do projeto.

Como resultado, teremos o controle sobre a ética e o resultado dos incentivos e aplicação dos recursos públicos pelo setor não lucrativo, que se apresenta como importante vetor de auxílio ao Governo e alternativa para as deficiências e limitações das ações estatais.

¹⁰ LUIZ FABIÃO GUASQUE é Promotor de Justiça, Provedor de Fundações-RJ.

A composição dos danos ambientais como requisito para a transação penal

MARCOS RAMAYANA BLUM DE MORAES (*)

A questão da composição do dano ambiental como requisito obrigatório para a incidência da transação penal nos crimes ambientais emerge do texto expresso do artigo 27 da Lei 9.605, de 12-2-1998 que “Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”, *in expressis verbis*: “Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade”.

Seguindo o entendimento majoritário nas letras exemplares de DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, LUIZ FLÁVIO GOMES e FERNANDO CAPEZ, dentre outros renomados autores, a Lei n.º 10.259/01, que entrou em vigor no dia 13 de janeiro de 2002, derogou o artigo 61 da Lei n.º 9.099/95 e, portanto, as infrações penais de menor potencial ofensivo passam a ser aquelas a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, ou multa.

Considerando, exclusivamente, os tipos penais incriminadores da Lei Ambiental (Lei n.º 9.605/98), os artigos 30, 33, 34, 35, 38, 39, 40, 41, 54, 56, 61, 62, 63, 66, 67 e 68 continuam sendo crimes imunes à incidência da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo.

Tipos penais como o do artigo 29, § 1º, III, da Lei Ambiental, que trata da venda de animais da fauna silvestre e nativa ou em rota migratória, *v.g.*, jacaré, cervo-do-pantanal, macacos *etc.*; o do artigo 32, que dispõe sobre o abuso ou maus tratos de animais nativos, domésticos e exóticos, *p. ex.*, briga de galo, farra do boi *etc.*; o tipo do artigo 50, que reprime a destruição ou danificação de florestas e plantas, e o do artigo 60, que tipifica as ações ilegais de construtores que realizam obras e serviços potencialmente poluidores sem licença dos órgãos ambientais estão sujeitos, dentre outros, à transação penal, por serem delitos de menor potencialidade ofensiva e, conseqüentemente, a prévia composição civil, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Objetivamente, podemos aviventar algumas questões para reflexão do leitor sobre a exigência legal (artigo 27 da Lei 9.605/98) concernente à prévia com-

posição do dano ambiental como requisito da transação penal, *in casu*, condicionada ou postergada.

A composição civil pode ser obtida no Juizado Especial Criminal estadual ou federal em audiência preliminar. Nessa hipótese, o membro do Ministério Público autor da proposta de transação penal deve observar que alguns crimes não ensejam a composição civil por serem delitos vagos, ou seja, em que o sujeito passivo é a coletividade.

Quando o tipo penal é vago, pois o sujeito passivo é a própria coletividade, como, por exemplo, o crime do artigo 32 da Lei Ambiental, ou seja, abuso ou maus tratos de animais silvestres que pertencem à União Federal e à coletividade, será, em princípio, um caso de comprovada impossibilidade de aplicação da composição civil e, assim sendo, aplicar-se-á, acaso preenchidos os requisitos legais cabíveis, a transação penal de forma direta e incondicionada, sem qualquer postergação.

Em contrapartida, não sendo o caso de comprovada impossibilidade, a transação penal depende da composição civil dos danos ambientais e, nessa hipótese, nem sempre o membro do Ministério Público com atuação nos Juizados Especiais Criminais federais ou estaduais terá possibilidade de saber, verificar ou analisar, técnica e cientificamente, a melhor maneira de compor o dano ambiental. O porquê dessa afirmativa?

Respondendo à indagação, cumpre asseverar que, em matéria ambiental, especialmente quando tratamos do dano ao ambiente, a composição civil pode ser obtida através do **termo de ajustamento de conduta** (TAC), seja no inquérito civil ou por órgãos ambientais integrantes do SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente) ou, ainda, pelo Estado, Município *etc.*, ou seja, outros legitimados podem celebrar acordo, com eficácia de título executivo extrajudicial, para a composição do dano ao ambiente. Essa constatação se descortina pela análise conjunta dos artigos 79-A da Lei n.º 9.605/98 (Lei Ambiental) e 5º, § 6º, da Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

O TAC obtido no curso do inquérito civil, ao nosso sentir, não representa maior obstáculo à eficácia da atuação do Ministério Público porque a questão ambiental é tratada dentro da própria instituição, mesmo que o TAC tenha sido celebrado com o Ministério Público Federal e a questão penal esteja em trâmite no Juizado Criminal Estadual.

Na hipótese acima, caberá aos Ministérios Públicos Federal e Estadual normatizarem a questão em benefício e interesse da sociedade protegida pela instituição do *Parquet*. A forma do ato conjunto pode ser uma resolução que recomende aos Promotores dos Juizados Criminais a cautela em relação a acordos civis com o agente ativo da infração penal (pessoa física e/ou jurídica), na medida em que pode existir um TAC já celebrado e com força de título executivo extrajudicial.

No nosso entender, a cautela maior na atuação do Ministério Público e, finalisticamente, do próprio Juiz, nos Juizados Especiais Criminais federais ou

estaduais, reside no fato do TAC ter sido celebrado com os outros legitimados, *v.g.*, União, Estados e Municípios porque nem sempre será de prévio conhecimento, além do que os acordos podem não ser suficientemente abrangentes em relação ao dano ambiental. Nessa última hipótese, cai por terra qualquer contra argumento do agente ativo da infração penal no sentido de que já estipulou acordo para reparar o dano causado, por exemplo, com o Município e, portanto, o pré-requisito da composição civil já está plenamente satisfeito e acabado.

O Promotor de Justiça e o Juiz devem estar atentos para os aspectos técnico-científicos da reparabilidade do dano ambiental porque nem sempre a celebração do TAC importará na plenitude da reparação ambiental ou, quiçá, na melhor forma de consertar os erros. Queremos trazer à reflexão que o juízo de discricionariedade da composição civil será avaliado pelo Ministério Público diante das provas técnicas e do fato subjacente; em outras palavras, caberá ao Promotor de Justiça, com atribuição no Juizado Especial Criminal estadual, ou ao Procurador da República, com atribuição no Juizado Especial Criminal federal, melhor avaliar se aceita o TAC já celebrado como forma adequada ao caso concreto de composição civil ou se existe ainda comprovada possibilidade de elastecer o âmbito do acordado no TAC dentro da competência natural dos Juizados Especiais Criminais.

Como exemplo do que afirmamos acima, podemos imaginar que um construtor realize determinada obra potencialmente poluidora sem licença do órgão ambiental e a União tenha celebrado um TAC. Nada impede que o membro do Ministério Público entenda, com lastro em suporte técnico-científico, que a hipótese recomenda uma ampliação dos termos do acordo já celebrado e proponha ao agente ativo do delito (artigo 60 da Lei 9.605/98), em audiência, a composição civil do dano ambiental abrangendo outros tópicos concernentes à reparabilidade do dano. Nesse caso, o TAC não será suficiente para o preenchimento do requisito prévio do artigo 27 da Lei Ambiental.

Cumprasse asseverar que, enquanto é latente a demora nos termos da composição civil, até porque, em muitos casos, exige-se a avaliação de perícia técnica-científica, não correrá o prazo prescricional e o caso deixará de ser de competência do Juizado Especial Criminal federal ou estadual, pois passará a ser de maior complexidade, aplicando-se o artigo 77, § 2º, da Lei n.º 9.099/95.

Algumas questões podemos deduzir, diante de eventual retardo na composição civil: primeiro, a composição civil dos danos ambientais homologada nos Juizados Especiais Criminais federais ou estaduais, por expressa disposição legal (artigo 74 da Lei n.º 9.099/95) terá eficácia de título executivo judicial e não de título executivo extrajudicial, como é o caso do TAC. Assim, sob o prisma de maior eficácia jurídica, é inquestionável que a homologação judicial do TAC surtirá maiores garantias sociais; segundo, que a elaboração de laudos, quesitos e pareceres técnicos podem ser elementos mais que suficientes para tornar o caso como típico de maior complexidade, deslocando a competência para o juízo criminal e inviabilizando, desta forma, a tentativa de composição civil e a conseqüente transação penal, pelo menos no

âmbito dos Juizados, até porque, no juízo criminal, ainda emerge a possibilidade da suspensão condicional do processo, tendo, como uma das cláusulas, a própria composição do dano ambiental, sob pena de multa proporcional; e terceiro, que o membro do Ministério Público deve estar atento para requerer ao juiz do Juizado criminal a suspensão da prescrição e do curso da ação penal, com base no artigo 94 do Código de Processo Penal, até prazo razoável para o deslinde da questão, pois a controvérsia pode ser séria e fundada, havendo, inclusive, dúvida a respeito da existência de justa causa para a deflagração da ação penal.

A questão a ser dirimida é prejudicial, mas, na maioria dos casos, será homogênea, permitindo ao juiz penal a solução dentro da ação penal na mesma linha de cognição. Todavia, se a questão tiver sido alvo de ação civil pública, o deslinde deverá ser resolvido na esfera extra-penal e não restará alternativa ao juízo penal exceto suspender a ação penal e a prescrição até ulterior resultado da controvérsia no juízo cível.

Como exemplo da hipótese acima, basta imaginarmos a necessidade de estudo prévio de impacto ambiental (EIA/RIMA), tornando complexa e controvertida a questão e de difícil solução, especialmente por limitações probatórias no âmbito do juízo penal.

O norte de interpretação para a solução da questão controvertida flutua dentro da análise das questões incidentais homogêneas ou heterogêneas, relativas ou absolutas (artigos 92 a 94 do Código de Processo Penal).

Por fim, podemos, sumariamente, concluir as seguintes afirmações reflexivas ao estimado leitor: nem sempre o TAC será alvo de conhecimento e de melhor solução concernente à composição dos danos ambientais; a competência e a atribuição nos Juizados Especiais Criminais podem ser modificadas se a questão produzir maior complexidade; a ação penal e a prescrição, obrigatoriamente, se suspendem enquanto não resolvida a forma adequada de composição civil do dano ambiental; a propositura de ação civil pública terá reflexos na ação penal, acarretando a suspensão na forma do artigo 93 do Código de Processo Penal e os Ministérios Públicos devem, com maior brevidade e urgência, normatizarem, entre si, regras de atuação e atribuição conjunta em relação ao TAC e a possibilidade de aplicação da transação penal, com a prévia composição civil do dano ambiental nos Juizados Especiais Criminais.

(*) MARCOS RAMAYANA BLUM DE MORAES é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Alguns pontos ao art. 28 do Código de Processo Penal

SERGIO DEMORO HAMILTON (*)

1. Cantado em prosa e verso, pode-se afirmar, sem sombra de erro, que o art. 28 do Código de Processo Penal é pau para toda obra, pois seu âmbito de incidência transcende, de muito, os limites daquele Código, invocado que é, com frequência, em diversas situações jurídicas envolvendo questões de Ministério Público. Com efeito, ele é chamado como solução, pela via analógica, para diversas matérias que, sem o seu concurso, acabariam por não encontrar deslinde, criando impasse intransponível para o bom andamento dos processos em geral e para a atuação do próprio Ministério Público no particular.

2. Aqui e agora, vou deter-me no exame de alguns aspectos daquele dispositivo que exigem especial meditação, principalmente após o advento da Carta Política de 1988.

3. O primeiro deles relaciona-se com a função anômala exercida pelo juiz no controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Está dito na lei que, se o juiz considerar improcedentes as razões invocadas pelo órgão do Ministério Público para requerer o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, remeterá, conforme o caso, um daqueles procedimentos ao Procurador-Geral. Paremos por aí, no momento.

Cabe, desde logo, a seguinte indagação: pode o juiz, diante do princípio acusatório consagrado na Constituição Federal, continuar exercendo tal função judiciária em sentido estrito (portanto, não jurisdicional)?

Desde que se admita como acertada tal conduta processual, o magistrado, que assim venha a proceder, poderá permanecer no processo exercendo jurisdição na ação penal que, porventura, se origine em razão do acolhimento, pelo Procurador-Geral, dos motivos invocados pelo juiz? É a segunda pergunta que me cabe fazer, até aqui.

Parto da premissa segundo a qual a Carta Magna em vigor adotou o princípio acusatório ¹, e, como tal, se as palavras significam alguma coisa, não mais incumbe ao juiz exercer qualquer ato de persecução criminal, quer na fase pré-processual (caso em exame), quer no curso da ação penal.

¹ Esta é a posição que sustentamos em nosso estudo, "A Ortodoxia do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro: Uma Falácia", in *Processo Penal - Reflexões*, pp. 127 e seguintes, Editora Lumen Juris, 2002.

Na fase que antecede o início da ação penal, a intervenção judicial só encontra justificação no exercício de função jurisdicional típica, quando então o juiz – e só ele – é chamado a decidir qualquer medida cautelar de natureza pessoal ou real, envolvendo a garantia de direitos subjetivos assegurados pela Lei Maior. Assim, *v.g.*, quando o juiz decreta uma prisão preventiva ou, ainda, na ocasião em que ordena o arresto dos bens do indiciado, ele estará exercendo atos de jurisdição, e, portanto, legítima e indispensável sua intervenção.

O Anteprojeto de Código de Processo Penal, de técnica bem mais apurada, pelo menos neste aspecto, que o Código em vigor, pôs-se em compasso com a Constituição Federal, resguardando o sistema acusatório em toda a sua plenitude. Com efeito, ao regular a “Investigação Policial”, a disciplina do arquivamento sofre radical mudança. Examinando a inovação, tive a ocasião de aplaudi-la, salientando o acerto da medida consistente em afastar a figura do juiz da fase de investigação penal. A promoção de arquivamento passará a ser controlada por “órgão superior do Ministério Público” para homologação ou não da providência. Afasta-se, também, o Procurador-Geral como única autoridade a dar a palavra final em matéria de arquivamento, o que, sem dúvida, é solução mais técnica e salutar, quer sob o aspecto processual, quer sob o aspecto institucional. É certo que o Anteprojeto não define a composição do “órgão superior”, o que, talvez, não tenha sido boa opção. Faz-se mister destacar que o Anteprojeto, na verdade, adaptou ao processo penal o regime seguido, há longa data e com pleno sucesso, no arquivamento do inquérito civil cogitado na Lei de Ação Civil Pública (art. 9º da Lei 7347, de 24/07/85). No estudo em que examinei o arquivamento, tal como preconizado no regime previsto pelo Anteprojeto, embora, no geral, tenha aplaudido o afastamento do juiz da fase preliminar de investigação, guardando, nesse passo, perfeita consonância com o sistema acusatório, engendrei algumas propostas para que a fórmula pudesse ganhar aperfeiçoamento ².

Pode-se, agora, insinuar resposta ao primeiro quesito formulado no decorrer da presente exposição: diante do princípio acusatório que a nossa Carta Política, sem sombra de dúvida, adotou, é, de todo, indevida a atuação do juiz como órgão controlador do princípio da obrigatoriedade da ação penal. O art. 28 do CPP, nesse passo, não se viu recepcionado pela Constituição Federal.

É certo que se poderá indagar se o sistema acusatório integra o devido processo legal e, como tal, sua aplicabilidade é imediata. Não hesitaria afirmar que o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) é o *mare magnum* para onde desaguardam a garantia do contraditório e da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF), os princípios do promotor legal (art. 5º, LIII c/c 129, I da CF) e do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII da CF). Ora, não se poderá

² Para um exame mais detalhado sobre o arquivamento, no particular, ou sobre a fase pré-processual, no geral, tendo em vista a disciplina traçada no Anteprojeto, o interessado pela matéria poderá encontrar algum subsídio em meu estudo “O Anteprojeto sobre a Investigação Policial”, in *Revista Jurídica*, da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, Ano I, nº 1, jan.jun-2001, pp. 103 e seguintes.

falar em contraditório nem no devido processo legal sem a adoção do princípio acusatório, uma vez abolida a ação penal *ex officio* (art. 129, I, da CF).

Portanto, no regime nascido após a Carta Magna de 1988, descabe o controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública por parte do juiz, pois o magistrado, assim agindo, estará realizando, por via reflexa, ato de persecução criminal, vedado pela Constituição Federal.

Espera-se que, com a reforma do processo penal em andamento no Congresso Nacional ³, a matéria possa encontrar adequado tratamento legislativo. Desde que a orientação cogitada no Anteprojeto venha, em linhas gerais, a ser mantida, o futuro Código ganhará compasso com a Lei Maior.

Caminha-se, agora, na tentativa de encontrar apropriada resposta ao segundo ponto gerador de perplexidade externado ao início do presente estudo: no regime atual, o juiz que discordar do arquivamento poderá continuar exercendo jurisdição no processo nascido em razão de providência sua ao provocar a atuação do Procurador-Geral?

Na prática, o assunto é ignorado. E na lei?

O Código em vigor não assegura resposta fácil ao quesito. A tendência natural, na busca de uma solução para o impasse, leva-nos ao reconhecimento da incompatibilidade do juiz para processar e julgar o feito em razão de impedimento para o exercício da jurisdição. Porém, se consultarmos o art. 252 do CPP, veremos que, a rigor, a hipótese *sub examen* não se enquadra no rol exaustivo daquele dispositivo. Anote-se que o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de decidir que “só há o impedimento do art. 252 se o juiz se pronunciou de fato e de direito sobre a questão (n. III)”. A hipótese cogitada no julgamento em tela versava a respeito de desembargadores que, anteriormente, haviam, respectivamente, recebido a denúncia e interrogado o réu ⁴.

Parece-me não restar dúvida de que o juiz, ao recusar o arquivamento, se verá obrigado, forçosamente, a pronunciar-se sobre matéria de fato e/ou de direito. Basta a leitura do art. 28 do CPP para que se conclua, com facilidade, constituir dever do juiz a adoção de tal procedimento. Na realidade, ali está dito que o juiz, “no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral”...

Ora, soa-me evidente que o juiz, para entender improcedente a manifestação do promotor de justiça no sentido do arquivamento do inquérito policial ou de qualquer peça de informação, deva expender razões para tanto, até porque todas as manifestações judiciais devem, necessariamente, ser

³ Nove foram os anteprojatos de reforma do CPP chegados ao meu conhecimento, compreendendo: a prisão, medidas cautelares e liberdade (1), investigação policial (2), prova pericial (3), prova testemunhal (4), provas ilícitas (5), interrogatório do acusado (6), defesa efetiva (7), procedimentos (8) e tribunal do júri (9). Veja-se, a propósito, o trabalho citado in nº 2 dessas notas, pp. 103 e seguintes.

⁴ Referência ao julgado do STF, *apud* Código de Processo Penal Anotado, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, p. 1973, Editora Saraiva, 18ª edição, 2002. Ali, o festejado mestre alude também ao julgamento noticiado na RTJ 53/294, onde ficou assinalado que o impedimento não ocorre “em simples atos de ordenação processual ou de produção de provas”.

fundamentadas (art. 93, IX da CF). Dessa forma, seus argumentos, ao contrariarem os do promotor, deverão, por imperativo constitucional, abordar questões de fato e/ou de direito contidas no inquérito policial ou na peça de informação.

É de ver, no entanto, que o Pretório Excelso, em outra oportunidade, manifestou-se no sentido de que o juiz que anteriormente determinou a abertura de sindicância ou a presidiu não está impedido de atuar no processo (STF, HC 68784, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJU 26/03/93, p. 5003). Releva notar que a decisão em questão é posterior à Constituição de 88, fato que, não resta dúvida, nos deixa intrigados.

Que fazer diante da insegurança com que o tema vem sendo tratado?

A melhor posição, não há negar, é a que considera incompatível para o exercício da jurisdição o juiz que, por via reflexa, faz nascer a ação penal, pois, para tanto, teve ele que manifestar-se de fato e/ou de direito sobre matéria que, mais tarde, será chamado a processar e julgar, ferindo, no cerne, a sua imparcialidade. De certa forma, não seria absurdo afirmar que estaria, por caminhos ínvios, promovendo ação penal *ex officio*.

O Anteprojeto (atual Projeto) de CPP, tal como me foi dado examinar, em razão de sua fidelidade ao sistema acusatório, fará desaparecer todos os problemas aqui suscitados.

4. É chegado o momento de examinar a *vexata quaestio* que a parte final do art. 28 do CPP encerra⁵. Refiro-me à atitude do Procurador-Geral quando acolhe o pronunciamento do juiz no sentido da instauração do processo. Pode ele designar (*sic*) outro órgão do Ministério Público para oferecer denúncia, tal como diz a lei?

Designar nunca. O caso, no meu entendimento, é de delegação e não de designação. Esta, no meu pensar, violaria a independência funcional do promotor designado, uma vez que ele não está obrigado, em consciência, a ter a mesma *opinio* manifestada pelo Procurador-Geral. Já em relação à delegação tal não se dá, pois o delegado age como *longa manus* do Procurador-Geral, estando vinculado, apenas, para o momento do oferecimento da denúncia aos termos traçados pela Chefia do *Parquet* para dar início à ação penal. Após, terá ampla liberdade para atuar no processo, podendo, inclusive, na fase de alegações finais, pedir a absolvição do réu (art. 385 do CPP) e, até mesmo, apelar em seu favor (*rectius*, em prol de uma decisão justa).

Porém, há um fator complicador que decorre da independência funcional assegurada aos membros do Ministério Público na Constituição Federal de 1988 (art. 127, § 1º, parte final). Como conciliá-la com a regra do art. 28 do CPP, mesmo adotando melhor redação para o malsinado dispositivo?

⁵ Sobre as críticas a respeito da precária redação do art. 28 do CPP, veja-se nosso estudo sobre a "Reforma do Processo Penal", in *Temas de Processo Penal*, pp. 249 e seguintes, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2ª edição, 2000. Posteriormente, buscamos aperfeiçoar a fórmula para adequá-la de maneira mais precisa ao sistema acusatório (in *Processo Penal – Reflexões*, pp. 134 e seguintes, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002). Aliás, o "Anteprojeto de CPP" seguiu esta última orientação, buscando assegurar o princípio e o sistema acusatório, em toda a sua plenitude.

O *thema* em análise não passou despercebido ao eminente professor PAULO RANGEL ⁶, ilustre membro do Ministério Público fluminense, que, em nome do garantismo penal ⁷, entende não estar o promotor de justiça designado (*rectius*, delegado) obrigado a oferecer denúncia, desde que se ponha em acordo com o pensamento externado por seu colega que requereu o arquivamento.

Sem necessidade da invocação do garantismo penal, tão bem desenvolvido por PAULO RANGEL em seu precioso *Direito Processual Penal*, penso que a questão, tal como posta na sua linha de raciocínio, se resolveria pelo fenômeno da não-recepção do texto processual, nesse ponto, diante da Carta Política de 1988.

A hipótese, não há dúvida, é de delegação e não de designação. Aquela, como ensina a melhor doutrina ⁸, deriva do “poder hierárquico”, não comportando, em consequência, recusa pelo membro indicado sob a alegação de que violaria a sua independência funcional.

Como salienta o Professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO ⁹, “a despeito de ter a lei usado o termo ‘designação’, não é bem essa a figura jurídica que ocorre no caso do art. 28, do C. P. Penal”.

E acrescenta:

“A designação é o instrumento apropriado ao preenchimento de vazios orgânicos, e tem, como é óbvio, estreita ligação com a estrutura organizativa-institucional do Ministério Público.”

Terminando por concluir:

“não se trata de mero ato de preenchimento de órgão de execução, mas, ao contrário, cuida-se de atribuição

⁶ PAULO RANGEL, *Direito Processual Penal*, pp. 171 e seguintes, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

⁷ LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta. A base do garantismo penal, preconizada pelo ilustre jurista italiano, reside na tutela da liberdade individual diante das diversas modalidades de arbítrio emanadas por parte daqueles que exercem uma parcela de poder político do Estado. Dessa maneira, qualquer norma infraconstitucional que afronte a Constituição Federal deve ceder passo ao disposto na Lei Magna, uma vez atingidos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Política. Entre nós, sem a necessidade da criação de uma teoria especial ou de uma designação particular, a questão pode ser enfrentada pura e simplesmente pelo fenômeno da não-recepção ou por uma “ADIn”.

⁸ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, in *Revista do Ministério Público - RJ* - n° 01, 3ª fase, pp. 238/241.

⁹ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, ob. cit., in n° 8 dessas notas, pp. 239/241, com apoio em farta doutrina nacional e estrangeira: SAYAGUÉS LASO (*Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, 1974, p. 215), MARCELO CAETANO (*Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, 1980, p. 140), SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (*Princípios Institucionais do Ministério Público*, 1982, p. 24), FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (*Processo Penal*, vol. 1º, 1975, p. 316), MAGALHÃES NORONHA (*Curso de Direito Processual Penal*, 1976, p. 26) e PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO (*O Ministério Público no Processo Civil e Penal*, 1990, p. 68).

cometida originariamente ao Procurador-Geral de Justiça, o qual, por preferir não atuar diretamente, indica outro membro para fazê-lo."

Porém, há um outro ponto que, na discussão do assunto, não pode ficar no olvido. Refiro-me ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, próprio da nossa lei processual penal (art. 24 do CPP). Não se pode negar que ele ficaria, seriamente, afetado caso fosse permitido ao promotor de justiça, sob a afirmação de que sua independência funcional estaria comprometida, descumprir a função delegada que lhe foi atribuída pelo Procurador-Geral na hipótese do art. 28 do CPP.

Como ficaria a persecução criminal, caso, sucessivamente, vários ou até mesmo todos os delegados não atendessem ao delegante?

Em tese, haveria a possibilidade de que toda a persecução criminal em tais casos, em ocorrendo a negativa de proceder por parte dos delegados sob a alegação do resguardo da sua autonomia funcional, se concentrasse em mãos do Procurador-Geral, o que ressaía a manifesto absurdo.

Assim, não bastassem os argumentos aduzidos no sentido do real significado do instituto da delegação, entraria em jogo o princípio da razoabilidade.

Colocados em confronto o princípio da independência funcional e o da obrigatoriedade da ação penal pública, qual deveria prevalecer?

Não se ignora que, entre as funções institucionais do Ministério Público, destaca-se a de promover, **privativamente**, a ação penal pública (art. 129, I, da CF). Ora, não há negar que a atividade do *Parquet* ficaria seriamente obstruída caso viesse a ser admitida a recusa do delegado em proceder.

Como sabido, a razoabilidade e a proporcionalidade, a primeira sob os influxos da doutrina norte-americana e a segunda com as bênçãos da cultura alemã, desde que usadas com parcimônia e equilíbrio, de maneira que não venham a consagrar o arbítrio judicial anulando a função administrativa e a legislativa, surgem como solução para casos extremos onde se ponham em confronto princípios relevantes.

Aliás, no campo penal usa-se, com mais frequência, o vocábulo proporcionalidade, embora ambos os princípios objetivem o mesmo fim.

Como salienta o culto Promotor de Justiça, EDUARDO SLERCA, em seu apreciado livro sobre a matéria:

"Difícil imaginar um princípio que permita maior campo de aplicação que a idéia de razoabilidade ou de proporcionalidade. Afinal, tudo, tudo mesmo, deve ser razoável e proporcional, o desarrazoado é, por definição, injusto, contrário ao Direito" ¹⁰

¹⁰ EDUARDO SLERCA, *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*, p. 19, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

Parece-me, assim, que não seria razoável sacrificar-se a atividade de persecução criminal do Estado em nome de uma equivocada colocação do princípio da independência funcional. Equivocada, repito, por exibir um falso conceito do que seja delegação.

Concluindo sobre o tema, estamos com EDUARDO SLERCA: “a razoabilidade e a proporcionalidade estão hoje na essência do discurso civilizado”.¹¹

5. Mas não acabam aí os dissabores com que o art. 28 do CPP, tão afamado e requisitado, como verdadeira minâncora, remédio para todos os males, se apresenta aos olhos do intérprete. Quero referir-me, agora, à precária redação da sua parte final. Ali está dito que, quando o Procurador-Geral “insiste” (*sic*) no “pedido” de arquivamento, o juiz está obrigado a atender. Vejamos:

Primo: o Procurador-Geral não “insiste” (*sic*) no pedido de arquivamento. A Chefia do *Parquet*, na realidade, mediante decisão administrativa, **determina** o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação.

Secundo: O Procurador-Geral, no caso, não pede. Pedir é requerer, postular, pretender ou algo assemelhado. Pede-se aquilo que pode ou não ser atendido, que enseja ou não deferimento. Ora, se o juiz está obrigado a atender o pedido (*sic*) não se trata de solicitação.

Tertio: a palavra “pedido”, em processo, reveste conotação própria. Assim, o autor, quando da inicial, pede; e pede porque é parte na ação. Da mesma forma, por exemplo, o Ministério Público, ao propor a ação penal, pede a condenação do réu (ou, nos crimes dolosos contra a vida, a pronúncia). Portanto, no caso do defeituoso art. 28 do CPP, o que o legislador desejou afirmar foi “requerimento de arquivamento” (redação, igualmente, defeituosa) ou, melhor, promoção de arquivamento.

Na verdade, no regime atual, o que a lei pretendeu dizer mas não disse, reside no seguinte: **determinando** o Procurador-Geral o arquivamento, voltam os autos ao juízo de origem, onde ficarão arquivados os autos respectivos. O primeiro daqueles atos retrata uma providência de natureza jurídica com eventuais reflexos no processo (Súmula 524 do STF e art. 18 do CPP). Já o segundo reside no ato material consistente na remessa dos autos para o arquivo do cartório do juízo para onde foi distribuído o procedimento arquivado, após despacho de expediente do juiz respectivo.

6. No Anteprojeto sobre a investigação policial (no momento em que estas linhas são escritas, ignoro as alterações que o Projeto haja sofrido no Congresso Nacional), onde se resguarda, com alguns pecados veniais, o sistema acusatório, tudo muda de figura.

Com efeito, ali, o controle do arquivamento se dará integralmente no âmbito do Ministério Público, através de um “órgão superior” da Instituição,

¹¹ *Apud op. cit.*, in nº 10 dessas notas.

que homologará ou não a providência pretendida pelo Promotor de Justiça. Como tive a oportunidade de salientar alhures ¹², a disciplina do arquivamento é o ponto alto de todo o Anteprojeto, por resguardar, em sua pureza, o sistema acusatório. Na verdade, ao afastar o juiz das funções anômalas de supervisão e controle da investigação penal, garante-se ao magistrado a sua imparcialidade para julgar, reservando-se para ele a prática, tão somente, de atos jurisdicionais.

Vou dizer e repetir até o Juízo Final: juiz julga e quem julga não investiga.

Segundo Domingo do Advento do Senhor (A. D. 2002).

¹² *Op. cit.*, in nº 2, *passim*, destas notas.

^(*) SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

Antes da década de 60, o tema Polícia não recebeu tratamento literário compatível com a sua importância. Historiadores, sociólogos e o mundo acadêmico em geral não produziram os estudos que era justo esperar. Os cientistas políticos, ao estudarem o governo, ressaltaram as funções militares, dos partidos políticos, da burocracia, dos gabinetes, das legislações, mas ignoraram a polícia, embora a manutenção da ordem pública seja uma das principais funções governamentais, cuja falha compromete a reputação do governo. Se, por um lado, as corporações policiais em geral não facilitam o trabalho dos pesquisadores porque neles não confiam desde logo, por outro, algumas não dispõem de compilação confiável de dados.

Muitas razões deste procedimento acadêmico são identificáveis. A polícia raramente desempenha um papel importante nos grandes eventos históricos, suas atividades são rotineiras, ela não elabora regras sociais gerais, o destino das nações não depende das suas atividades e estas não geram alto prestígio. Além disto, a coerção e a opressão necessários à atividade policial são desagradáveis, a investigação criminal é maçante e conduzida por pessoas comuns, os prédios da polícia são de mau gosto e a atividade policial representa uso de força da sociedade contra ela mesma. Contudo, quando a polícia age como braço forte das ditaduras, é sempre percebida, seja durante a repressão, seja na contra-revolução. Fora isto, é mera rotina. Pertinente é indagar se as sociedades organizadas manter-se-iam agregadas sem as suas forças policiais. Como agiriam as pessoas, se não houvesse vigilância policial?

Segundo DAVID BAYLEY, a atividade de polícia envolve pessoas que são autorizadas por um grupo social a regular relações interpessoais dentro deste grupo através da aplicação da força física. É competência exclusiva da polícia o uso da força física, diretamente ou por ameaça, com a finalidade de afetar o comportamento social. O que distingue a polícia das demais agências públicas, no entanto, não é o uso da força, mas a exclusividade da autorização para usá-la. A atividade policial é usada na execução dos limites que devem ser impostos às pessoas na sociedade. Embora o governo pratique outras espécies de restrições através do seu poder de polícia administrativa geral, a atividade policial é a única cuja ação afeta diretamente a liberdade real, já que os policiais são os agentes executivos da força interna do Estado.

Modernamente, as forças policiais têm três características: são públicas, especializadas e profissionais. É verdade que o policiamento privado vem se expandindo e, em alguns países, seus membros são mais numerosos que os da polícia pública. No Rio de Janeiro, o número de homens envolvidos nesta atividade suplanta o das Forças Armadas e das polícias públicas locais somados.

Pública ou privada, refere-se à natureza da agência policial. A autorização de uma comunidade para agir em seu nome não é bastante para qualificar a força. Hoje, tanto no Brasil como em diversos países, há grupos policiais privados e públicos. Locais como bancos, *shoppings*, cassinos, hotéis e transportes de valores são policiados por agentes privados que estão autorizados a esta atividade, organizados em empresas.

Uma força policial especializada se concentra na aplicação da força e uma força não especializada está autorizada a usar a força e praticar outras atividades também.

A profissionalização refere-se a uma preparação explícita para realizar funções exclusivas da atividade policial. A profissionalização envolve recrutamento por mérito, treinamento específico, carreira estruturada e trabalho em tempo integral.

A polícia torna-se pública, quando é autorizada, paga, controlada e direcionada pela comunidade. Pode haver polícia autorizada e controlada pelo governo, mas paga e direcionada pelo particular e, neste caso, não será polícia pública. Entre nós, estão neste caso as empresas privadas de segurança, controladas pelo Estado (Polícia Federal).

O policiamento público passou a ter existência quando as comunidades primitivas e soberanas o autorizavam. No Brasil, nossas polícias públicas foram criadas por D. João VI, a civil em 1808 e a militar em 1809. A primeira polícia pública da França pode ter sido a superintendência de Paris, criada pelo rei Luís IX no século XIII. Em Roma, o policiamento público começou em 27 a .C., com Otávio Augusto. Na Rússia, Ivan, o Terrível, criou a primeira polícia pública em 1564. Nos USA, o policiamento público chegou em 1643, com os colonizadores, na Nova Amsterdan (primeiro nome de New York).

O policiamento público surgiu para substituir o privado, sempre que este mostrou-se incapaz de prover a segurança na comunidade. Convém anotar que a transição do policiamento privado para o público não ocorreu rapidamente e que a urbanização e a industrialização não geraram inevitavelmente um policiamento público. A transformação foi produto da insegurança social, que atingiu níveis inaceitáveis, somada ao declínio da capacidade dos grupos privados em prover a segurança.¹

¹ O policiamento originário era privado. A crise de competência deste tipo de policiamento fez surgir o público. Nos dias atuais, o privado está sendo retomado pela crise agora instalada no Estado no campo da segurança pública.

A profissionalização é um atributo da polícia moderna e está ligado diretamente à conquista da qualidade no desempenho da função. Seus indicadores são o nível do recrutamento em padrões prefixados, a remuneração suficiente para garantir uma carreira exclusiva, o treinamento especial e a supervisão sistemática. Esta noção veio ao mundo na centúria de 1815 a 1915 e sua maior expressão foi a criação da Polícia Metropolitana de Londres em 1829 (comumente chamada de " *Scotland Yard*", pela ação hábil de Sir Robert Peel (cujo apelido " *Bobby*" passou para os policiais londrinos até hoje conhecidos como *bobbies*). Nestes cem anos, a noção de profissionalização passou para os principais países, indicando que assuntos como recrutamento, treinamento, pagamento, supervisão, passariam a ter um tratamento sistematizado, noção desconhecida. Registre-se que os " *bobbies*" foram os primeiros a usar distintivos identificadores, completa novidade. Estocolmo em 1850, Sidney em 1862, Calcutá em 1864 e algumas cidades americanas após a Guerra Civil, adotaram a profissionalização.

A profissionalização ocorreu quando as comunidades passaram a ter a responsabilidade pelo policiamento, o que acarretou a necessidade de existirem instrumentos confiáveis de controle e, hoje, tem sido considerada essencial para uma administração policial eficiente.

No Brasil atual, vem sendo discutida a união das duas tradicionais polícias estaduais. Como sabemos, cada Estado-Federado e o Distrito Federal possuem uma polícia civil e outra militar, num total de 54 polícias, às quais se acrescentam as duas federais em operação, a Polícia Federal, polícia judiciária da União e a Polícia Rodoviária Federal, ambas dirigidas de Brasília, totalizando 56 polícias no país, fora as Guardas Municipais, que ainda não são consideradas forças policiais. Tem sido pregado que a união das polícias estaduais traria benefício na qualidade do policiamento, sendo o caminho para a crise de segurança pública que vivemos. Interessante para o tema é darmos um passeio pelo mundo, tendo em mente que os tipos de organizações policiais guardam estreita relação com a forma de Estado, o sistema de governo e as tradições dos países. A *Grã-Bretanha* tem 43 forças policiais. A *Itália* tem duas forças policiais nacionais, o *Corpo di Carabinieri* e a *Guardia di Publica Sicurezza*, ambas comandadas de Roma, além de várias polícias municipais (*Vigili Urbani*). Na *Holanda* temos uma polícia que cobre a área rural (*Rijkspolitie*) e mais 142 nas áreas municipais. Na *Bélgica* existem 2.359 forças. O *Canadá* possui 450 forças policiais municipais e mais a Real Polícia Montada, que age mediante contrato. A maioria das Províncias aboliu sua força policial, contratando a Polícia Montada. Nos *USA* há tantas forças policiais que os pesquisadores têm dúvida em quantificá-las. Alguns dizem que existem 40.000, outros 25.000. Na *França* encontramos a *Gendarmerie*, que policia a área rural e cidades pequenas e a *Police National*, que cobre as cidades com mais de dez mil habitantes, ambas comandadas de Paris. Países pequenos têm uma só força policial, como *Singapura*, *Sri Lanka*, *Irlanda*, *Uruguai*.

Nos dias atuais, muitos governos centrais vêm providenciando assistência para as forças regionais, coordenando e padronizando operações e treinamento, criando arquivos e laboratórios criminais nacionais, disponibilizando especialistas para investigar crimes que as forças locais não conseguem esclarecer, estabelecendo centros unificados de comando para compartilhamento de operações quando a atividade criminosa atravessa Estados. A padronização vem sendo estimulada, de modo a reduzir-se diferenças de desempenho e dificuldades de comunicação.

O Poder da Polícia

Segundo os autores do ramo, são poucos os estudos sobre o poder da polícia e os existentes concentram-se nas cidades, abrangendo apenas o período posterior à criação das polícias públicas.

Poder, aqui, é tido apenas como a capacidade de cumprir certos objetivos. Uma força policial pode ser eficaz na prevenção de crimes, outra no controlar tumultos, outra em capturar criminosos, outra em repressão política e outra em manter a ordem pública. Para que se examine este aspecto, é necessário que se fixe o objetivo do policiamento e que se estabeleça as diferenças qualitativas, de orçamento, de equipamento, de treinamento, de recrutamento, de decisões estratégicas, de honestidade, de confiabilidade *etc.* Vê-se, portanto, que é difícil estabelecer-se um padrão único de poder. Neste tema, também influem o grau de alfabetização do povo, o nível de emprego, o bem-estar econômico, o desenvolvimento tecnológico e os valores morais e sociais. Na fixação do poder, leva-se em conta também as quantidades de pessoal e de dinheiro aplicados no policiamento. É certo afirmar-se que a maioria dos orçamentos das polícias é destinada a pessoal. No Japão e na Inglaterra, chega a cerca de 80%, nos USA a 90%. Outro dado relevante para este exame é que as pessoas, em geral, se interessam mais pela segurança externa do que pela manutenção da ordem pública interna.

Como fator relevante, deve ser estabelecido um padrão de relação entre o número de policiais e a população. Os dados conhecidos dos estudiosos não são atuais, face a dificuldade na obtenção de informações fidedignas. A última média mundial obtida informava o número de 715 habitantes por policial. No Canadá a média era de 2.760 pessoas por policial, na França 349, no Japão 625, na Holanda 702, no Sri Lanka 1.145, na Grã-Bretanha 578, na antiga União Soviética 659, nos USA 480, na Alemanha Ocidental 454. A Rússia e a Europa Oriental eram as regiões mais policiadas, com 380 pessoas por policial. Em termos de território policiado e densidade policial, os dados indicavam 1,9 por km² na Alemanha Ocidental e na Holanda; 2,5 no Reino Unido; 3,9 na França; 23,2 nos USA, sendo a média mundial de um policial para cada 2,5 km².

O poder da polícia varia também em relação à pobreza, a cultura e o desenvolvimento dos países, sendo maior na relação inversa destes. Quanto maior a desigualdade interna, maior é o poder da polícia, porque as desigualdades geram problemas que exigem a interferência policial.

O índice de criminalidade interfere no poder, sem que se saiba em que grau, pela dificuldade de dados. Neste particular foi detectada uma séria questão, posto que as pesquisas foram feitas em cima de boletins de ocorrência e não em cima do levantamento das vítimas. Contudo, os pesquisadores conseguem afirmar que tanto a criminalidade quanto o poder da polícia aumentaram de modo sensível após a 2ª Guerra Mundial. Outro dado apurado indica que, quando o número de crimes aumenta, há mais trabalho para a polícia, mesmo que os índices de criminalidade se mantenham estáveis. Os estudos internacionais mostram que a tendência é de aumento automático do poder da polícia, porque inevitavelmente crescerão a população e a criminalidade.

O acréscimo de policiais numa força tem sido preocupação dos governos, que buscam estabelecer um padrão e este tem sido, em geral, o crescimento populacional. Variantes, como agressões à ordem social, com episódios de violência coletiva, homicídios, intimidação às famílias, greves violentas, agressões à propriedades dos governos ou tentativa de derrubada violenta destes, refletem no aumento quantitativo da força policial, certamente por influência das classes sociais mais altas que geralmente têm maior capacidade de pressionar os governos. Pode-se afirmar, outrossim, que a expansão do poder da polícia no mundo se deu tanto na cobertura mais intensa e coordenada do território quanto na melhoria qualitativa do seu pessoal.

A função da polícia

Em termos de atividades cotidianas, a polícia, em todo o mundo, executa uma variedade de funções. O trabalho policial pode ser assim grupado: 1) atribuições - o trabalho que cabe à polícia fazer ; 2) as situações com as quais tem ela que lidar; 3) as ações que deve praticar ao lidar com as situações - resultados.

As atribuições são as descrições organizacionais do que a polícia faz: patrulhamento, investigação, administração, aconselhamento, ou inteligência (informação mais investigação), prevenção, dissuasão e mediação, noutra visão. A maior parte dos policiais do mundo está envolvida em patrulhamento. Os policiais que patrulham, na verdade, servem a diversas tarefas, além de patrulhar.

As situações com as quais a polícia se envolve também fazem parte da natureza do seu trabalho: crimes em andamento, pessoas perdidas, brigas em família e de vizinhos, acidentes de automóvel, arrombamentos, detenção de suspeitos, distúrbios públicos, mortes suspeitas *etc.* As ações empreendidas durante as situações incorporam-se ao seu trabalho como resultados: prender, adver-

tir, aconselhar, ameaçar, prestar primeiros socorros, fazer relatórios, interromper crimes, *etc.*

Atribuições, situações e resultados são os indicadores da natureza da função policial. Os resultados, por óbvio, são indicadores que encorajarão o público a apresentar à polícia as diversas situações ocorrentes na comunidade. Ressalte-se que a natureza do trabalho policial pode ser descrita de modo variado em termos de atribuições, situações e resultado. A principal atribuição da polícia sempre foi o patrulhamento. A prevenção dos crimes foi a razão das vigílias, desde os povos antigos. Algumas atribuições dizem respeito à ordens do comando, como nas investigações criminais. No patrulhamento, no entanto, a provocação da atividade é comumente do público, diretamente nas ruas ou pelos meios de comunicação polícia - povo. É claro, portanto, que as ações policiais variam entre aquelas cujas iniciativas são internas e outras cujas iniciativas são do público. No campo das situações, as fontes são diversas: observação dos próprios policiais durante as rondas, relatórios de atividades policiais, arquivos de unidades policiais, relatórios das chamadas do público. A mais fidedigna é a resultante da observação dos policiais, porque ausente de qualquer interesse particular. As situações envolvem um problema relevante que é o número de chamadas para ocorrências que envolvem ou não crimes. A pesquisa mundial indica que os assuntos não criminais preponderam nas chamadas. Nos USA, 2/3 das chamadas envolvem situações de crimes. No Japão e na Holanda, as estatísticas predominantes indicam as chamadas para situações não criminais.

As situações se limitam por dois fatores: a demanda pública e as decisões que a polícia toma sobre prioridades de atendimento.

Na demanda pública, há o reflexo de condições sociais e da avaliação do público sobre a polícia. As condições sociais determinantes dos serviços policiais podem estar ligadas às relações interpessoais, surgindo de comunidades que não são detentoras de disciplina social, através de processos informais. Quando estas se deterioram, as pessoas se voltam para o Estado, aumentando a requisição da intervenção policial. Isto leva alguns pesquisadores a afirmar que quanto mais as sociedades se tornam industriais e urbanas, mais a polícia será solicitada para situações que não envolvam crimes. Não que nas cidades não haja mais crimes que no interior e, sim, que os grandes centros, ao mesmo tempo que produzem crimes, produzem mais requisições relacionadas com atividades não criminais, solicitações de serviços que não envolvem aplicação da lei, que é a finalidade maior da polícia. Pode ser observado que nas comunidades onde as pessoas relacionam-se com mais integração, é provável que a polícia seja chamada para desempenhar papel de mediação e não de coerção e onde estas relações forem mais distantes, onde houver menos integração, a polícia fará papel mais coercitivo. Claro que as chamadas relacionadas com serviços ou com crimes são influenciadas pela existência ou não da vontade nas pessoas de delatar à polícia.

As situações são afetadas também pelas decisões policiais sobre o que deve ser feito. Influenciam nestas decisões o volume das chamadas e a organização de prioridades. Quanto maior for o volume de chamadas em relação à capacidade da força, maior será a probabilidade de que a polícia ignore as chamadas para serviços. Há, portanto, uma preferência para atendimento de fatos criminais, primeiro os mais graves (uso de códigos de prioridade e decisões sobre “empilhamento”). Neste particular, útil é o trabalho conjunto da polícia com outras agências, como serviços de ambulâncias, bombeiros, centros de drogados, de apoio a menores, abrigos *etc.* Registre-se que, se a ansiedade pública de combate à criminalidade for intensa, menor será o atendimento aos serviços. Outrossim, a maneira como a polícia lida com as situações afetará a vontade pública de informar. Acrescente-se que, quanto mais pobre for um país, mais a polícia terá que lidar com questões criminais e, quanto mais rico, maior será a demanda por serviços não criminais. Mesmo assim, estudos constataram que a prestação de serviços tem grande demanda entre os grupos mais carentes.

Para a comparação dos resultados, é indispensável que as situações geradoras sejam as mesmas. Pode ser afirmado que um grau de eficácia policial, em termos de resultado, é representado pela proporção de resultados diferentes em situações semelhantes.

Constata-se que estudar o trabalho da polícia não é tarefa simples. As situações, sem dúvida, são fundamentais neste estudo, porque são indicadores do trabalho efetivado, revelam o campo em que ocorreram os embates entre a polícia e o povo e se relacionam com outros trabalhos policiais.

O controle da Polícia

Controlar uma instituição do tipo Polícia é um problema dos mais intrincados e complexos. Todos os países praticam uma forma de controle, mas não há uniformização nesta prática. A base da exigência do controle está na adequação entre o comportamento policial e os desejos da comunidade a que ela serve. Pode-se afirmar que o relacionamento entre a polícia e a sociedade é recíproco – a sociedade molda o que a polícia é e esta influencia naquilo que a sociedade pode se tornar. Este relacionamento está, portanto, no campo da política. Sendo parte integrante do todo social, a organização policial deve praticar ações que não ultrapassem os limites do “proteger e servir”. Esta prática, por óbvio, deve ser reconhecida como boa pela comunidade. A polícia é serviço público e, portanto, deve servir ao público.

As palavras-chaves, neste campo, são: comando, controle e responsabilização. Estas são as idéias que se referem à obtenção da adequação entre os desejos da comunidade e o comportamento policial.

Como sabido, as instituições são o produto do modo como seus membros agem. São as ações destes que as coporificam, que dão os seus contornos exteriores, que fazem com que elas sejam reconhecidas e, de preferência, respeitadas. O controle das instituições inexistirá, caso o comportamento dos

seus membros não seja afetado. A responsabilização implica em controle e este gera responsabilização.

Na polícia, o controle é exercido por mecanismos internos e externos. A diferença entre eles está na localização do controle. Os controles do tipo interno se aplicam unicamente à polícia; os externos a organismos fora da polícia, podendo haver um sistema misto.

O controle externo exclusivo, pode ser exercido por órgãos do governo (presidentes, governadores, prefeitos, ministros , secretários, *ombudsmen*) ou por outros colocados fora do governo (comissões policiais, comissões civis de avaliação, comissões de segurança pública). A finalidade destes últimos é garantir uma supervisão competente e independente dos interesses políticos e burocráticos. O controle governamental pode ser dividido entre órgãos que fiscalizem as operações rotineiras de manutenção da ordem e outros diferentes para a investigação criminal.

Fora das forças policiais, existem outras instituições que as controlam indiretamente, como o Judiciário e o Ministério Público. Em alguns países, os tribunais podem punir policiais por crimes cometidos no serviço policial. À punição criminal junta-se a reparação civil, que, no Brasil, é sofrida pela administração pública, que pode cobrar regressivamente do policial, em certos casos. Na França, existem tribunais administrativos que, além das punições, podem criar regras administrativas de procedimento para corrigir erros operacionais. Os tribunais dos tipos inglês e brasileiro não têm este poder. Contudo, a correção pode se dar por influência das decisões judiciais que julgarem ilegais certos procedimentos.

A mídia é um dos mecanismos mais eficientes de controle externo. No Canadá, na Inglaterra e nos USA, sua influência é muito grande. São países onde a opinião pública é respeitada, provocando efeito sobre os procedimentos públicos.

A questão moral está na raiz do problema dos desvios de conduta. Torna-se evidente que o rigor na seleção para o ingresso na força policial terá enorme efeito no desempenho desta. Junte-se a isto a formação que deve ser dada nas academias. Alguns países dão especial valor à formação moral (Japão), outros valor relativo e outros nenhum. Segundo comentaristas, a retidão é relegada na formação do policial americano e, acrescentamos, na do nosso também, sendo muito acentuada no Japão, que tem uma das policias mais respeitadas pelo povo.

O controle sobre a polícia pode ser grandemente influenciado pelo desenvolvimento do senso vocacional. Se a policia significa apenas um "bico", um trabalho, um salário ou uma aposentadoria, certamente a disciplina será relaxada. Desenvolver a vocação deve ser uma das metas da formação do policial. Ajudam grandemente um plano justo de carreira e salários, com recompensas em razão do bom procedimento e do desenvolvimento cultural, que deve ser estimulado pelo Estado. Uma polícia mal paga, mal estruturada e mal treinada

terá grande dificuldade em manter um comportamento social adequado.

As próprias organizações policiais têm capacidade para impor um controle interno. Podem se organizar em clubes, sociedades profissionais e sindicatos que desenvolvam padrões de conduta ética. Por outro lado, a errada visão do corporativismo tende a criar problemas para o controle da atividade.² É comum o policial entender o controle como desconfiança, que aumenta se a forma de controle for externa. A polícia costuma sentir-se atingida no orgulho profissional pela impressão de que a população não a respeita. A inclinação volta-se para o disfarce dos erros e na colocação da aparência e dissimulação como mais importante que a disciplina, atingindo mesmo àqueles que têm a atribuição de fiscalizar e chefiar. Com o tempo, ocorre o enfraquecimento da capacidade interna de auto-regulação, aumentando os desejos sociais de um controle externo mais acirrado. Estes desejos são crescentes, toda vez que a comunidade não acreditar na auto-regulação.

Pode ser afirmado que o melhor meio de controle é o interno. Sendo ele regulado, melhor serão dispostas as regras e suas punições, especialmente naqueles meandros que só são conhecidos pelos que exercem a função. É claro que esta regulamentação deve operar em conjunto com o desenvolvimento da vocação e, sobretudo, da profissionalização. Nesta última, inclui-se a vontade de ser reconhecido como responsável e merecedor de confiança, o que importa, por sua vez, na aceitação da disciplina e do controle.

O controle externo é de ser usado com cautela. Certo é que, em alguns momentos, as instituições exigem intervenções, sobretudo quando o destinatário dos seus serviços a considerar incapaz de exercer a sua finalidade ou incapaz de se auto-regular e controlar. Os americanos do norte ainda pensam que THOMAS JEFFERSON tinha razão, ao afirmar que o preço da liberdade é a eterna vigilância e, por isto, não acreditam que a polícia possa se auto-regular.

É oportuno lembrar que a manutenção do controle social é uma questão política. Sendo a polícia a mão do Estado no cumprimento da lei, sua atividade terá implicações políticas. Entenda-se, desde logo, que a polícia é uma questão de Estado e, como este, é uma instituição permanente. Não pode ser tratada como questão de governo, com enfoques meramente partidários, objeto de seguidas modificações de estruturas e cargos, ao sabor dos políticos que, eventualmente, ocupem os postos governamentais.

Um governo autoritário terá uma polícia fortemente repressora, e que agirá também na manipulação da atividade política. Assim agiram a *Gestapo*, na Alemanha fascista de Hitler, e a *KGB*, na ditadura comunista de Stalin, na Rússia. Um governo democrático terá uma força policial mais comedida e controlada e não visará qualquer manipulação. A busca de informações e o monitoramento rotineiro para evitar ações violentas e fortemente perturbadoras da ordem pública, contudo, são uma obrigação estatal. Os Estados devem desenvolver meios de preservar-se e de preservar a segurança pública dos seus habitantes.

² No Brasil, estamos vivenciando esta situação em diversas instituições.

Nos países ditatoriais, esta atividade estará mais voltada para a repressão dos dissidentes. Nos democráticos, preservadores das liberdades fundamentais, a atividade visará colher informações que permitam ao Estado cumprir suas obrigações no campo da segurança pública, que, como sabemos, é a base na qual se sustentam todos os processos sociais, o que leva à necessidade de proteger previamente as pessoas inocentes, ao invés de esperar passivamente pelos distúrbios criminosos.

Finalizando, é conveniente lembrar que a boa prevenção do crime é atingida através do desencorajamento da ação criminosa e, para tanto, são necessárias ações capazes de levar rapidamente os criminosos às barras dos tribunais, garantindo sejam eles julgados e condenados, mercê de um firme conjunto probatório. Claro que, para isto, em muito influirá a cooperação da população, sobretudo na forma da comunicação dos crimes e dos testemunhos, o que leva a duas certezas: uma, de que é relevante desenvolver, no policial, maior compaixão para com as vítimas³; outra, de que é indispensável que a polícia se aproxime da comunidade, fator imprescindível para o exercício eficaz da atividade policial.

³ A proteção da vítima, potencial ou real, é a razão de ser da atividade policial.

^(*) TELIUS ALONSO AVELINO MEMÓRIA é Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio e professor de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal e Direito Processual Penal do Curso Superior de Gestão de Segurança do Instituto Politécnico da Universidade Estácio de Sá.

A personalidade do nascituro à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente

VICTOR SANTOS QUEIROZ (*)

Conhecida e fecunda é a discussão sobre a personalidade do nascituro, mormente a teor do texto do artigo 4º do Código Civil de 1916 ¹, que vem praticamente repetido no texto do artigo 2º do novo Código Civil ².

Neste contexto, digladiam-se os adeptos da teoria natalista, da teoria da personalidade condicional e da teoria concepcionista ³.

Segundo a teoria natalista, o nascituro teria mera expectativa de direitos, mesmo porque a personalidade, na dicção do *caput* do artigo 4º do Código Civil de 1916, somente se adquiriria a partir do nascimento com vida ⁴.

Os adeptos da teoria da personalidade condicional, por sua vez, asseveram que o nascituro teria direitos que estariam subordinados a uma condição suspensiva consistente no nascimento com vida ⁵.

Já para os partidários da teoria concepcionista – à qual também se filia o autor destas breves linhas –, o nascituro é sujeito de direitos e obrigações desde o momento da concepção ⁶.

Argumentos em prol de uma ou de outra teoria há vários e respeitáveis, principalmente aqueles baseados na situação exclusivamente jurídica do tema, independentemente de assertivas de cunho ideológico, moral e religioso.

Nesta ordem de idéias, e para contribuir ainda mais com a reflexão em torno da questão de ser o nascituro pessoa ou não, é que este trabalho se propõe a

¹ Art. 4º: "A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro".

² Art. 2º: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

³ Sobre a amplitude e aprofundamento da discussão travada entre os adeptos das várias teorias, leia-se a excelente obra da Professora SILMARA J. A. CHINELATO E ALMEIDA, intitulada *Tutela Civil do Nascituro*, São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 145/175.

⁴ Cf. SILVIO RODRIGUES, in *Direito Civil*, Parte Geral, volume I, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 37.

⁵ Cf. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, in *Curso de Direito Civil*, Parte Geral, volume I, São Paulo: Saraiva, 1987-1989, pp. 58/59.

⁶ Cf. SILMARA J. A. CHINELATO E ALMEIDA, in obra citada, pp. 161/175.

direcionar o respectivo debate a partir da análise do texto do Estatuto da Criança e do Adolescente. Lança-se, pois, a indagação: o nascituro é sujeito de direitos nos termos da Lei 8.069/90?

Sabe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, como dispõem seus artigos 1º e 2º ⁷, visa à proteção integral da criança e do adolescente, considerando-se criança, para tal finalidade, a pessoa até doze anos de idade incompletos.

Criança, para a Lei 8.069/90 é, portanto, pessoa. Aliás, diversa não poderia ser esta conclusão, eis que somente as pessoas – físicas ou jurídicas – são titulares de direitos. E o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente concretiza a tal proteção integral à criança atribuindo-lhe uma série de direitos, entre os quais se incluem os referentes à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar *etc*, como se infere de seus artigos 3º e seguintes.

Mas a expressão criança deve ter significado técnico e específico. Como dito, engloba o rol de pessoas até doze anos de idade incompletos. A lei referiu-se, assim, ao termo limite máximo da idade da criança, silenciando, todavia, no que concerne à sua idade mínima.

Diante de tal omissão, dir-se-ia, com fulcro em argumentos natalistas e da teoria da personalidade condicional, que somente poderia ser considerado criança o ente já nascido, ou seja, desde o seu primeiro dia de vida.

Entretanto, o conceito de criança tem seus contornos jurídicos mais amplos traçados no artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, promulgada no Brasil por meio do Decreto 99.710, de 21/11/1990, segundo o qual: “*entende-se por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes*” ⁸.

Ressalte-se que tratados internacionais, como a referida Convenção sobre os Direitos da Criança, incorporam-se ao ordenamento jurídico nacional como atos normativos infraconstitucionais, nos termos do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988 ⁹. Vale dizer: o conceito de criança, para fins jurídicos no Brasil, engloba não apenas as pessoas já nascidas, mas todos os *seres humanos*, sendo irrelevante se nascidos ou ainda por nascer.

⁷ Art. 1º: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. Art. 2º: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

⁸ *Apud* SILMARA J. A. CHINELATO E ALMEIDA, in obra citada, p. 222. A autora referida indica haver sido a Convenção em questão promulgada por meio do Decreto 678/92, quando, na verdade, o foi pelo Decreto 99.710/90, como se extrai do banco de dados legislativos do site da Presidência da República (<http://legislacao.planalto.gov.br/legislacao/nsf>). O Decreto 678/92 refere-se à promulgação da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), como se infere do mesmo site já apontado.

⁹ Neste sentido, *vide* ALEXANDRE MORAES, in *Direito Constitucional*, São Paulo: Atlas, 1997, pp. 110 e 452.

E ninguém há de duvidar que os nascituros são seres humanos, mesmo porque são entes que, ainda que tenham vida intra-uterina, foram gerados por seres humanos.

Inequívoco, portanto, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, interpretado sistematicamente em meio ao ordenamento jurídico ¹⁰, ao tratar da proteção integral à criança, também incluiu os nascituros no rol dos destinatários de suas normas protetivas.

Tal conclusão se confirma a partir da leitura, por meros exemplos, de alguns dispositivos específicos da Lei 8.069/90.

O artigo 7º ¹¹ da lei sob comento estabelece que a criança tem direito à proteção de sua vida e saúde, cumprindo às políticas sociais públicas garantir-lhe o nascimento sadio. Ora, se a lei quer garantir o nascimento sadio da criança, evidentemente deve proporcionar-lhe condições adequadas que sejam anteriores ao fato do nascimento.

Assim é que o artigo 8º ¹² do mesmo estatuto assevera que a gestante terá acompanhamento médico durante a gestação, com vistas à proteção do nascituro. Veja-se que não é propriamente a gestante a destinatária da norma protetiva – até porque ela pode ter mais do que dezoito anos de idade, estando fora do alcance do artigo 2º da Lei 8.069/90 –, mas sim o seu filho que ainda está por nascer.

Aliás, o subscritor destas linhas, em sua experiência profissional como Promotor de Justiça da Infância e Juventude da Comarca de Campos dos Goytacazes entre os anos de 2001 e 2002, teve, certa feita, oportunidade de requisitar, dos órgãos municipais de proteção à criança e ao adolescente, atendimento pré-natal prioritário a uma mulher carente de recursos materiais e que já contava dezenove anos de idade, o que lhe foi, em princípio, negado, ao argumento – emanado de um provável adepto da teoria natalista ou da personalidade condicional – de que uma pessoa com aquela idade não estaria na faixa de atendimento previsto no artigo 2º da Lei 8.069/90. Todavia, com o esclarecimento de que tal requisição se dirigia principalmente à proteção e à garantia dos direitos do nascituro – perfeitamente abrangido, pois, pelo conceito do artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – os dirigentes das entidades municipais prontamente a atenderam.

Nesta ordem de idéias, e respondendo ao questionamento que motivou tais reflexões, outra não pode ser a conclusão senão a de que, segundo o ordenamento

¹⁰ Veja-se que a Constituição de 1988, que garantiu o direito à vida sem fixar seu termo *a quo*, também determinou que regras específicas de proteção à criança fossem produzidas pelo legislador infraconstitucional, como se infere de seus artigos 5º, *caput*, e 227.

¹¹ Art. 7º: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

¹² Art. 8º: “É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal”.

jurídico brasileiro, e principalmente a teor do Estatuto da Criança e do Adolescente, o nascituro é sujeito de direito, tendo, assim, personalidade, independentemente dos discutíveis textos do artigo 4º do Código Civil de 1916 e do artigo 2º do novo Código Civil.

Espera-se, tão-somente, que tais modestas reflexões, que não excluem – antes recomendam – o seu aprofundamento, tampouco, que não esgotam todos os possíveis argumentos no sentido de sua conclusão, possam contribuir para o aprimoramento da discussão acerca da personalidade do nascituro, sem perder de vista a necessidade da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, sempre à luz do texto maior da Constituição ¹³.

BIBLIOGRAFIA:

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e - *Tutela Civil do Nascituro*, São Paulo: Saraiva, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros - *Curso de Direito Civil*, Parte Geral, volume I, São Paulo: Saraiva, 1987-1989.

MORAES, Alexandre - *Direito Constitucional*, São Paulo: Atlas, 1997;

RODRIGUES, Sílvio - *Direito Civil*, Parte Geral, volume I, São Paulo: Saraiva, 1997.

TEPEDINO, Gustavo - *Temas de Direito Civil*, do mesmo autor, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

¹³ Cf. GUSTAVO TEPEDINO, in "Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil", inserto em *Temas de Direito Civil*, do mesmo autor, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 1/22.

^(*) VÍCTOR SANTOS QUEIROZ é Promotor de Justiça – Rio de Janeiro-RJ, Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Campos.

PARECERES E RAZÕES

Recusa no oferecimento de suspensão condicional do processo. Inaplicabilidade à Justiça estadual da Lei nº 10.259/01, pelo menos até que se tenha firme orientação jurisprudencial em sentido contrário. Mesmo que se entendesse aplicável a referida normativa no âmbito estadual, em nada restaria afetado o instituto da suspensão condicional do processo, reservado, de lege lata, aos crimes cuja pena mínima não seja superior a 01 (um) ano (art. 89 da Lei nº 9.099/95).

ASSESSORIA CRIMINAL

Procedimento Administrativo MP – nº 7680/03

Origem: Juízo de Direito da 26ª Vara da Comarca da Capital (Processo nº 2002.001.150679-1)

Assunto: Art. 28 do Código de Processo Penal – Aplicação por analogia

Recusa no oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo. Denúncia oferecida por crime de porte de arma de fogo de uso proibido (art. 10, § 2º, da Lei nº 9.437/97), cuja pena alcança o patamar mínimo de 02 (dois) anos de detenção. Recusa da Promotoria de Justiça a oferecer suspensão condicional do processo. Discordância judicial com remessa dos autos à Chefia do *Parquet*, ao argumento de que, com a entrada em vigor da Lei nº 10.259/01, a suspensão condicional do processo seria cabível em relação aos crimes cuja pena mínima não fosse superior a 02 (dois) anos, de acordo com entendimento esposado em acórdão prolatado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no RHC nº 12033/MS. Inaplicabilidade à Justiça estadual da Lei nº 10.259/01, pelo menos até que se tenha firme orientação jurisprudencial em sentido contrário. Todavia, mesmo que se entendesse aplicável a referida normativa no âmbito estadual, em nada restaria afetado o instituto da suspensão condicional do processo, reservado de *lege lata* aos crimes cuja pena mínima não seja superior a 01 (um) ano (art. 89 da Lei nº 9.099/95). Parecer, pois, no sentido de *insistir na não-apresentação da proposta de suspensão condicional do processo.*

PARECER

Ex.^{mo} Sr. Procurador-Geral de Justiça

O Ex.^{mo} Dr. Joel Pereira dos Santos, Juiz de Direito da 26^a Vara da Comarca da Capital, com fundamento em aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, encaminha a esta Procuradoria Geral de Justiça, para os devidos fins, os autos do processo acima referenciado.

Cuida-se de ação penal ajuizada em face de Bruno Severiano Ribeiro de Castro em virtude da prática do delito de porte de arma de fogo de uso proibido. O acusado, em 07 de dezembro de 2002, foi preso em flagrante porque mantinha sob sua guarda uma pistola da marca Taurus, calibre 9 mm, n^o de série TNE 73211, de uso proibido.

Suspendendo a realização do interrogatório do acusado, o ilustre Magistrado Antônio Carlos Nascimento Amado lançou despacho nos seguintes termos: "(...) Este Juízo tem o entendimento de que, se aplicando a Lei 10.259/2001 na esfera estadual, há de se extrair dela todos os pressupostos, ou seja, inclusive, a aplicação da suspensão do processo naqueles crimes que, cuja pena mínima seja de dois anos nos termos da conhecida decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Assim, ao nosso ver, a recusa na concessão do benefício não se encontra razoavelmente justificada, pelo que determino que os autos sejam remetidos ao Procurador-Geral de Justiça, para, na forma do artigo 28 do Código de Processo Penal, aplicado à hipótese analogicamente, seja o assunto reexaminado e feita a proposta ao acusado" (fl. 80).

Este o sucinto relatório.

Salvo melhor juízo, a hipótese é de *insistir na não-apresentação de proposta de suspensão condicional do processo*.

Com efeito, o cerne da questão levantada consiste em saber se, com o advento da Lei n^o 10.259/01 (que estabeleceu conceituação própria acerca de infrações de menor potencial ofensivo no tocante aos Juizados Especiais Federais – crimes cuja pena *máxima* não supere dois anos), é possível a sua aplicação ao instituto da suspensão condicional do processo, de modo a possibilitar a concessão deste aos crimes cuja pena mínima não seja superior a dois anos.

Ressalte-se que, com a redação do art. 2^o, parágrafo único, da Lei n^o 10.259/01 – que considera infrações de menor potencial ofensivo os crimes cuja pena máxima não seja superior a 02 (dois) anos –, poder-se-ia suscitar a aplicação do referido dispositivo legal à Justiça estadual, seja sob o fundamento da isonomia, seja por se vislumbrar a possibilidade de aplicação analógica. Porém, cumpre remarcar que esta Assessoria Criminal vem-se pronunciando reiteradamente no sentido de que, *pelo menos até que se tenha firme orientação jurisprudencial em sentido contrário*, as regras contempladas na Lei n^o 10.259/01 não se aplicam aos Juizados Especiais Criminais Estaduais. Isto diante da impossibilidade de atuação positiva no campo legislativo do Poder Judiciário de modo a ampliar, a hipóteses não contempladas em lei, a incidência de regras legais mais benéficas sob o argumento de ofensa ao princípio da isonomia.

Todavia, e apenas *ad argumentandum tantum*, mesmo se entendesse aplicável a referida normativa ao âmbito estadual, em nada restaria afetado o instituto da suspensão condicional do processo, reservado *de lege lata* aos crimes cuja pena mínima não seja superior a 01 (um) ano.

Toda a polêmica gira em torno do posicionamento adotado em relação à suspensão condicional do processo em recente acórdão prolatado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa se transcreve:

“Penal e Processual Penal. Recurso ordinário de habeas corpus Lei nº 9.099/95. Limite de 01 (um) ano. Suspensão condicional do processo. Majorante (crime continuado). Lei nº 10.259/01. Limite de 02 (dois) anos. Súmula 243/STJ.

I – Para verificação dos requisitos da suspensão condicional do processo (art. 89), a majorante do crime continuado deve ser computada.

II – “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano” Súmula 243/STJ.

III – A Lei nº 10.259/01, ao definir as infrações penais de menor potencial ofensivo, estabeleceu o limite de dois (2) anos para a pena mínima cominada. Daí que o artigo 61 da Lei nº 9.099/95 foi derogado, sendo o limite de um (01) ano alterado para dois (dois) anos, o que não escapa do espírito da Súmula 243 desta Corte.

Recurso provido para afastar o limite de um (01) ano, e estabelecer o de dois (02) anos, para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo” (STJ, 5ª Turma, RHC 12033/MS, Rel. Min. Félix Fischer, DJU de 09/09/2002, p. 234).

Como se percebe à simples leitura, tal entendimento possibilita a suspensão condicional do processo em relação aos crimes cuja pena mínima não seja superior a 02 (dois) anos, em virtude de nova conceituação de infração penal de menor ofensivo supostamente aplicável (de maneira indiscriminada) quer à Justiça estadual, quer ao instituto da suspensão condicional do processo.

Assevere-se que, após a publicação do referido acórdão, já há quem sustente, em doutrina, a possibilidade de adoção da tese prestigiada pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça por invocação da analogia *in bonam partem*. Confira-se o entendimento de EMMANUEL JOSÉ PERES NETTO GUTERRES SOARES:

"Assim, se existe a possibilidade de aplicação de outras medidas despenalizadoras como a transação penal e a composição em crimes cuja pena seja de até dois anos, por expressa previsão legal (art. 2º da Lei 10.259/2001) ainda que a novel lei não tenha se referido expressamente à suspensão condicional do processo, tal disposição, *mutatis mutandis*, também pode ser aplicada aos "*sursis processual*", desde que observados todos os demais requisitos previstos no art. 89 da Lei 9.099/95 para o benefício. Vale dizer, apenas a pena mínima seria aumentada de um para dois anos, mantendo-se todas as demais condições para sua concessão.

E tal entendimento encontra amparo na possibilidade de aplicação da analogia *in bonam partem* no direito penal e processual penal brasileiro, haja vista o *princípio do favor rei*, decorrente da inequívoca noção de que, em matéria penal, tudo aquilo que possa vir a favorecer o réu deve ser aplicado" (*A possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo nos crimes de pena mínima de até dois anos*, artigo disponível na internet no site <http://www.ibccrim.org.br>, consultado em 19.12.2002).

Diante destes entendimentos, passemos à contrariedade. O invocado argumento da *analogia in bonam partem* não merece, de longe, acolhida. Vez por outra se olvidam os cultores da ciência jurídica, no que toca à integração das normas jurídicas, do pressuposto fundamental à aplicação analógica: a existência de *lacuna normativa*, vale dizer, de ausência de tratamento normativo. Neste particular, traz-se à colação a lição do grandioso CARLOS MAXIMILIANO:

"A analogia enquadra-se melhor na *Aplicação* do que na *Hermenêutica* do Direito; serve para suprir as *lacunas* dos textos; não para descobrir o sentido e alcance das normas positivas. O intérprete opera só *dedutivamente*; e a analogia tem por base uma *indução incompleta*.

O processo analógico, entretanto, *não cria* direito novo; *descobre* o já existente; *integra* a norma estabelecida, o princípio fundamental, comum ao caso previsto pelo legislador e ao outro, patenteadado pela vida social.

(...) A analogia ocupa-se com uma lacuna do Direito Positivo, com hipótese não prevista em dispositivo

nenhum, e resolve esta por meio de soluções estabelecidas para casos afins" (*Hermenêutica e aplicação do direito*, pp. 213/215, 17ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998).

Diante do tratamento legal *expresso* a que se submete o instituto da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), verifica-se a inexistência de lacuna normativa – a previsão legal, ainda que conte com tratamento distinto, existe. Analogia, *in bonam partem* ou não, sem lacuna é como chave sem fechadura: impossível a sua aplicação.

Sob outro aspecto, deve-se deixar remarcada a impossibilidade de se fazer malabarismos à margem da lei para, a todo e qualquer custo, beneficiar àqueles sobre os quais pesem indícios do cometimento de crimes. A atividade dos intérpretes, nestes incluídos os órgãos jurisdicionais, pode e deve ser criadora; todavia, há limites! Não se deve menoscar textos expressos de lei e, a pretexto de atuação ativista e dinâmica, agir tal qual órgão legislativo, *inovando* na criação de normas jurídicas a par das já existentes. Socorrem-nos, neste ponto, as palavras do incomparável jurista italiano MAURO CAPPELLETTI:

"Certamente, do ponto de vista *substancial*, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são '*law-making process*'. Mas diverso é o *modo*, ou se se prefere, o *procedimento* ou *estrutura* desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos. O bom juiz pode ser criativo, dinâmico e 'ativista' e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz" (*Juízes legisladores?* – tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira da obra original *Giudici legislatori?* –, p. 74, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993).

Mais enérgico e enfático, neste particular, foi o saudoso penalista e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal NELSON HUNGRIA:

"Costuma-se elogiar o juiz que faz praça de decidir pelo coração, em contraste franco com o preceito legal. Chamam-lhe *bom juiz*, como ao juiz MAGNAUD. Não percebem, porém, os que assim procedem, que estão exaltando um exemplo de afoito charlatanismo ou uma forma dissimulada de prevaricação, isto é, o abusivo descumprimento da lei e a traição ao cargo

pela vaidade de se ver bafejado pela aura popular ou de impor suas mais ou menos insinceras convicções extralegais de política social.

Acomode-se à lei, na amplitude do seu texto, ao fim de uma justiça consentânea com interesses individuais e sociais. Reconheça-se, com CARNELUTTI, que, no sistema rígido, que é o complexo das normas legais, algumas vezes em antinomia com o complexo das relações sociais, que é uma massa em movimento, *'ocorre inserire dei giunti elastici, se non si vuole o che il diritto comprima la società o che la società comprima il diritto'*; mas isso sem o repúdio subversivo da lei. Aplique-se a 'justiça do caso concreto', tanto quanto o permita a norma legal ao definir a 'justiça do caso abstrato', e isto mais acentuadamente numa época, como a atual, de profunda crise político-social, a exigir uma longa transfusão de equidade no sistema jurídico, para evitar-lhe o dismantelo e ruína.

Mas fiquem aí os juízes. Não passem daí, pois, do contrário, estariam tomando a iniciativa de demolição da ordem jurídica. Deixar ao livre alvedrio ou variável critério dos juízes a aplicação do que estes, fora da lei, entendem por direito, seria fazer da justiça uma incerteza e uma constante ameaça à segurança dos direitos individuais e sociais. A tese do 'direito livre' de KANTOROWICZ, segundo a qual o juiz deve substituir-se à lei, é apenas um arrojo de panfletário e não pode ser levada a sério, pois importaria em sobrepor à vontade coletiva, expressa na lei, a vontade arbitrária de um só, expressa na sentença judicial" (*Comentários ao Código Penal*, Volume I, Tomo I, pp. 80/81, 4ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1958).

Convém, ainda neste passo, aclarar a polêmica com a análise da fundamentação constante do teor do voto condutor do insigne Ministro Relator Félix Fischer. Confira-se o principal trecho do voto:

"Adotando o posicionamento doutrinário indicado, verificamos que o limite de um (01) ano previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95 para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo, inclusive nos casos previstos na Súmula 234/STJ (concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva), não pode mais ser adotado, devendo ser alterado para dois (02) anos, tendo

em vista a derrogação do artigo 61 da Lei nº 9.099/95 que definia as infrações de menor potencial ofensivo e estabelecia o limite de um (01) ano pelo parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/01, que também define as infrações de menor potencial ofensivo e estabelece o limite de dois (02) anos. Ademais, sendo a referida lei que aumenta o limite para dois anos mais benéfica para os réus, pois amplia o conceito de infração de menor potencial ofensivo, então a aplicação do limite de dois (02) anos é retroativo, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal e o parágrafo único do artigo 2º do Código Penal.

No caso em análise, o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 16 c/c o artigo 1º, inciso I da Lei nº 7.492/86 e artigo 71 do Código Penal. O delito previsto no artigo 16 da referida Lei prevê como pena reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, sendo que acrescida do aumento previsto pela continuidade delitiva a pena mínima não ultrapassa o limite de 02 (dois) anos que agora há de ser verificado. Ademais, a Súmula 243 desta Corte deve continuar sendo observada, ressaltando-se que ao invés de se verificar o limite de um (01) ano verifica-se, agora, o limite de dois (02) anos para a concessão do benefício da suspensão do processo” – Grifos no original.

O entendimento exarado na fundamentação do acórdão e que nos parece equivocado consiste em tratar a suspensão condicional do processo como restrita às infrações de menor potencial ofensivo. Como ressaltou com acentuada argúcia SERGIO DEMORO HAMILTON, a suspensão condicional do processo “*entrou na Lei nº 9.099/95 assim como Pilatos foi parar no Credo: sem saber o porquê*”¹. Sim, pois os pressupostos para a sua concessão, e mesmo a sua aplicação, refogem à conceituação de menor potencialidade ofensiva. Logo, a suposta ampliação da conceituação de infração de menor potencial ofensivo, que o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 teria levado a efeito (crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos), jamais teria o condão de interferir com o instituto da suspensão condicional do processo. O art. 89 da Lei nº 9.099/95, ao utilizar a expressão “*crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei*”, teve o intento de deixar claro que não se estava a cuidar de infrações de menor potencial ofensivo. Neste contexto, cabe afirmar que a suspensão condicional do processo dista, em muito, v. g., do instituto da transação penal previsto no art. 76 da Lei nº 9.099/95 (este, sim,

¹ SERGIO DEMORO HAMILTON, “A vassalagem ao direito de defesa”, in *Temas de Processo Penal*, p. 202, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

jungido ao conceito de infração de menor potencial ofensivo!). Como se percebe, as realidades são substancialmente distintas. Logo, se os desiguais estão recebendo tratamento substancialmente desigual, *não há que se invocar, sob qualquer aspecto, o princípio constitucional da isonomia.*

Com efeito, não se pode correr um véu sobre a expressão “pena mínima” constante do art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95 e, ao mesmo tempo, dar ao instituto da suspensão condicional do processo o mesmo tratamento que – não sem grandes controvérsias – se pretende dar à conceituação de infração de menor potencial ofensivo e, por conseguinte, à *transação penal*. Neste particular, podemos-nos socorrer das lições do ilustre FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, lançadas após a entrada em vigor da Lei nº 10.259/01:

“A diferença, contudo, quanto à transação disciplinada no art. 76 é gritante. Esta só pode ser admitida em se tratando de contravenções ou de crimes cuja pena máxima *in abstracto* não ultrapasse um ano nem se subordinem a procedimento especial (todavia, em face do novo conceito de crime de menor potencial ofensivo introduzido pela Lei do Juizado Especial Criminal Federal, a pena não pode ser superior a dois anos, esteja ou não o crime sujeito a procedimento especial). Já a suspensão condicional do processo é perfeitamente admissível não só em relação a essas infrações como também no que respeita a quaisquer outras, dès que a pena mínima cominada não supere um ano” (Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais, p. 163, 2ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2002) – Grifos não constantes do original.

Finalmente, a par da falta de amparo legal, a adoção da tese sustentada no citado acórdão levaria, em termos práticos, à aceitação da suspensão condicional do processo em delitos de acentuada gravidade, tais como o *homicídio simples* (art. 121, *caput*, do Código Penal), a *lesão corporal seguida de morte* (art. 129, § 3º, do Código Penal), o *roubo* (art. 157, *caput*, do Código Penal) e o *estupro* (art. 213 do Código Penal), em suas formas tentadas, pois, com a redução máxima operada por conta da tentativa (*dois terços*, segundo o disposto no art. 14, II, do Código Penal), chegar-se-ia ao patamar mínimo de 02 (dois) anos em relação às sanções cominadas para os referidos tipos penais². E seria no mínimo legítimo pôr-se em dúvida se este teria sido o desiderato do legislador com a edição da Lei nº 10.259/01, que, repise-se, cuidou de infrações de *menor potencial ofensivo*! A resposta, em tudo e por tudo, nos parece negativa.

² Neste sentido, entendendo aplicáveis as causas de diminuição de pena em seu percentual máximo para se chegar à pena mínima, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça: “Na compreensão da ‘pena mínima cominada não superior a um ano’ para efeito de admissibilidade da suspensão do processo, devem ser

Considere-se ainda, de maneira conclusiva, que, em relação à tão decantada decisão proferida pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (RO em HC nº 12033/MS), o Ministério Público Federal interpôs embargos de declaração aos quais foi dado provimento, – inclusive com a atribuição de efeito modificativo –, resultando do acórdão a seguinte ementa:

“Penal. Processual Penal. Embargos de declaração. Recurso ordinário. Infração de menor potencial lesivo. Sursis processual penal. Lei nº 10.259/01 e Lei nº 9.099/95. Efeitos infringentes.

I – A Lei nº 10.259/01, em seu art. 2º, parágrafo único, alterando a concepção de **infração de menor potencial ofensivo**, alcança o disposto no art. 61 da Lei nº 9.099/95.

II – Entretanto, tal alteração não afetou o patamar para o *sursis* processual (Aplicação da **Súmula nº 243-STJ**). Contradição reconhecida com efeito infringente.

Embargos acolhidos, ensejando o desprovimento do recurso ordinário” (STJ, 5ª Turma, EDcl no RO em HC nº 12.033/MS, Rel. Min. Félix Fischer) ³.

Em face de todo o exposto, o parecer é no sentido da *não-apresentação da proposta de suspensão condicional do processo*.

Rio de Janeiro, 15 de abril de 2003.

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA
Promotor de Justiça Assistente

consideradas as causas especiais de diminuição de pena, em seu percentual maior, desde que já reconhecidas na peça de acusação” (STJ, 6ª Turma, HC 4780/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 31.03.1997); “Tratando-se de norma benéfica, deve-se considerar, nos casos de tentativa, a redução máxima de 2/3, sobre o mínimo da pena cominada ao delito. Em tal circunstância, será possível a suspensão do processo, na forma do art. 89, da Lei nº 9.099/95, às hipóteses de tentativa de furto qualificado” (STJ, 6ª Turma, RHC 5720/SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 30.06.1997, p. 31080).

³ Neste julgado, pode-se extrair do voto do Relator Ministro Félix Fischer: “Realmente, o decisório embargado apresenta contradição. O novo patamar para concepção de **infração de menor potencial lesivo**, criado pela Lei nº 10.259/01, afeta o teor do disposto no art. 61 da Lei nº 9.099/95. Isto porque o mesmo delito não pode, eventualmente, ter tratamento com efeitos penais diversos conforme a competência, federal ou estadual. A *novatio legis* incide, por ser *lex mitior*, na restrição anterior da Lei nº 9.099/95. Todavia, e isto agora parece irresponsável, ela não alcançou o patamar previsto para o denominado *sursis processual* que, de *lege lata*, permanece inalterado”.

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 arquite-se o remanescente.

ANTÔNIO VICENTE DA COSTA JUNIOR
Procurador-Geral de Justiça

Ação rescisória. Admissibilidade e procedência do pedido. Escritura pública com forma necessária ao aperfeiçoamento da compra e venda do imóvel. Invalidade do instrumento particular. Procurador sem os poderes especiais do art. 38 do CPC não pode confessar ou reconhecer a procedência do pedido.

23ª PROCURADORIA DE JUSTIÇA DA REGIÃO ESPECIAL

2ª. PROCURADORIA DE JUSTIÇA

15ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ação Rescisória nº 2001.006.00174

Autor: *Manuel Marques Lopes e s/m e outro.*

Réu: *Franklin Lopes Marques e s/m.*

Relator: *Des. Galdino Siqueira Netto.*

Parecer Cível nº 089/2002

EMENTA: *Ação Rescisória. Pedido fundado em violação literal de lei e confissão aduzida por procurador sem poderes especiais. Admissibilidade e procedência da rescisória.* Não há o direito de preferência previsto no artigo 1139 do Código Civil se não houve venda de coisa indivisível a terceiros. O Estatuto Civil exige a escritura pública como forma para aperfeiçoar a compra e venda de bem imóvel. Instrumento particular firmado unicamente por uma parte não tem o condão de alienar domínio. Procurador sem os poderes específicos do artigo 38 do CPC não pode confessar ou reconhecer a procedência de pedido aduzido por parte contrária. Parecer pela desconstituição da sentença ora impugnada, proferindo-se outra decisão, julgando-se improcedente o pedido originário.

Colenda Câmara:

I – RELATÓRIO:

Trata-se de Ação Rescisória proposta pelos litisconsortes ativos *Manuel Marques Lopes, s/m e Auto Posto Recreio Ltda* em face de *Franklin Lopes Marques e s/m*, visando a desconstituição da Sentença de Fls. 73/74, proferida pelo M.M Juízo da 1ª Vara Cível de Jacarepaguá, nos autos do Processo 31.334 (cópia dos autos às fls. 29/82) que, julgando procedente demanda ajuizada pelos ora sujeitos passivos em face dos autores da presente, adjudicou diversos imóveis descritos na inicial, situados no bairro de Jacarepaguá, com base no artigo 1139 do Código Civil.

A causa de pedir fundamenta-se no artigo 485, V e VIII do Estatuto Processual, alegando os Autores, para impugnar a coisa julgada, que o magistrado *a quo* decidiu contrariamente à lei civil, fundado em confissão aduzida nos autos da ação originária por advogado desprovido de poderes específicos para reconhecer a procedência do pedido.

Contestação às fls. 106/128, alegando, em preliminar, falta de interesse processual e no mérito, prestigiando a decisão impugnada.

Réplica às fls. 135/141, tendo as partes dispensado qualquer dilação probatória, consoante fls. 147 e 150.

Tratando-se, portanto, de matéria exclusivamente de direito, inaplicável, neste momento processual, o artigo 493 do CPC, adotando-se o ensinamento de BARBOSA MOREIRA ¹ "... o *iter processual*, na rescisória, normalmente se completará logo após a fase postulatória, a não ser que se faça necessária a atividade de instrução contemplada no artigo 492, do qual é mera seqüência a parte inicial do art. 493. Fora disso, em processo onde não haja questão de fato controvertida, ou onde baste a prova documental, abrir vista dos autos, neste ponto, para razões finais, seria pura superfetação: o autor 'replicaria' e o réu 'treplicaria', sem qualquer vantagem prática, já que nenhum elemento novo de convicção teria surgido."

A hipótese admite julgamento antecipado da lide, vindo os autos ao Ministério Público para emissão de parecer.

Passo, portanto, a analisar o mérito.

É o breve relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

A presente rescisória foi ajuizada dentro do prazo decadencial previsto no artigo 495 do CPC, eis que a decisão que se pretende rescindir transitou em julgado, consoante certidão de fls. 75, em 16 de outubro de 2000.

Deve, pois, ser admitida.

O cerne da demanda versa sobre diversos imóveis na área de Jacarepaguá, devidamente descritos na inicial, que eram de propriedade comum dos irmãos *Manuel Marques Lopes* e *Franklin Lopes Marques* e suas respectivas esposas.

Ocorre que, consoante documento acostado às fls. 47, *Manuel* e sua mulher *Nancy*, autores da presente, por instrumento particular intitulado "Recibo de Compra e Venda" firmado em 14 de Julho de 1986, declararam ter vendido sua fração dos imóveis à empresa "*Auto Posto Recreio*", também parte nesta demanda, pelo preço certo e ajustado de então Cz\$ 350.000,00 (Trezentos e cinquenta mil cruzados).

¹ Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 5ª Ed., Vol. V., p. 197.

Ciente da operação realizada apenas em novembro de 1998 (fls. 31), os condôminos *Franklin e s/m* ajuizaram ação de rito ordinário em face dos autores desta rescisória, onde pleiteavam o direito de prelação previsto no artigo 1139 do Código Civil, depositando em Juízo a importância descrita no recibo (inicial às fls. 30/35).

Naquela demanda, ao oferecerem resposta, às fls. 55/57, *Manuel e s/m reconheceram a procedência do pedido, confessando os fatos articulados na inicial*, enquanto *Auto Posto Recreio*, apesar de revel, acostou petição às fls. 63, onde também reconhece a procedência da demanda, pleiteando, inclusive, o julgamento antecipado da lide.

Com base na prova produzida, o Juiz *a quo* julgou procedente a demanda, consoante sentença de fls. 73/74, adjudicando as frações dos imóveis aos réus da presente rescisória.

Alegam os réus a preliminar de falta de interesse processual, por carência de utilidade e necessidade da demanda.

Tal prefacial não pode prosperar, pois, como é cediço, decorrido *in albis* o prazo recursal da apelação, somente a ação rescisória é instrumento hábil para desconstituir a coisa julgada, sendo lícito aos autores deduzir tal pretensão pela via ora escolhida.

No mérito, entendo equivocada a decisão judicial em exame, merecendo provimento o pedido rescindendo.

Inicialmente, cabe ressaltar que, como previsto no artigo 134, II do Código Civil, os atos translativos de direitos reais exigem, para se aperfeiçoar, a forma pública, através de escritura, o que não ocorreu na hipótese vertente.

Assim, a manifestação de vontade consubstanciada no instrumento de fls. 47 apenas produziria efeitos de índole pessoal entre as partes e jamais teria o condão de transferir quaisquer direitos reais ao *Posto Recreio*, indicado no recibo como adquirente dos bens imóveis.

Certo é que, consoante previsto no artigo 135 do Estatuto Civil, o referido instrumento particular produziria efeitos pessoais entre as partes ali descritas, mas jamais aqueles de índole real, como a efetiva transferência do domínio.

Ora, se não houve venda a estranhos, mas mera manifestação unilateral de vontade (note-se que o recibo *não* está firmado pelo pretense adquirente), de no futuro, realizar-se a translação, incabível, *d.m.v.*, a aplicação do artigo 1139 do CC, que se refere especificamente a *venda* de coisa comum para desconstituir um ato que nem chegou a existir.

Aliás, entende esta Procuradoria de Justiça que nem mesmo a ação de adjudicação compulsória poderia ser proposta por *Posto Recreio* na hipótese vertente, já que “...*Não se pode compelir alguém a outorgar escritura definitiva de compra e venda, se não se comprometer, em contrato preliminar, a transferir a posse e domínio sobre a coisa vendida...*” (RJTJESP 7/197).

Logo, venda não houve.

Como consectário natural, inaplicável o artigo 1139 do CC, tendo o Juízo *a quo* incidido, *data venia*, em *error in judicando*, violando literal disposição de lei e dando ensejo à rescisão da sentença, à luz do artigo 485, V do CPC.

Sem embargo de tal circunstância, aplicável também, *in casu*, o artigo 485, VIII do Estatuto Processual.

É que o magistrado prolator da sentença ora impugnada fundamentou-se claramente na confissão e reconhecimento da procedência do pedido, aduzidos pelos autores da presente rescisória, consoante petição de fls. 55/57, para julgar procedente o pedido.

Senão, vejamos, analisando o *decisum* de fls. 74/75:

"Contestação dos 2º e 3º réus nas Fls. 28/29, não tendo se oposto à pretensão autoral. A 1ª ré na fl. 36 também não se opôs, requerendo expedição de alvará para levantamento da quantia depositada."

"Como se viu, nenhum dos réus se insurgiu contra a pretensão dos autores. Têm eles, portanto, direito à adjudicação da fração vendida..." (grifos nossos)

Novamente socorremo-nos de BARBOSA MOREIRA, na obra citada, ao discorrer acerca do artigo 485, VIII do CPC.

Assevera o Mestre, às fls. 144: *"o resultado a que se chega, na exegese do inciso VIII, é de que onde está escrito 'confissão, desistência ou transação' deve ler-se 'confissão, reconhecimento do pedido, renúncia ou transação'. Será rescindível a sentença, diz a lei, quando houver fundamento para invalidar qualquer desses atos, se num deles se tiver baseado aquela.... No tocante à confissão, tem-se de conjugar o dispositivo ora comentado com o art. 352. Consoante já se recordou, ali se estatui que a confissão, quando emanar de erro, dolo ou coação, pode ser revogada...por ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença, da qual constituir o único fundamento. A redação é muito defeituosa: a ação rescisória não visa revogar (aliás anular a confissão), mas a rescindir a sentença que nela se fundou – coisa bem diferente. Por outro lado, nem só o erro, o dolo e a coação podem acarretar a invalidade da confissão: basta lembrar as hipóteses de falta de poderes do procurador (art. 38)."*

E isto está patente nos presentes autos, eis que o instrumento de mandato acostado às fls. 57 é claro ao outorgar ao advogado dos ora Autores, então réus naquela demanda, poderes restritos da cláusula *ad judicium*, não se lhe investindo quaisquer dos poderes especiais do artigo 38, notadamente para reconhecer a procedência do pedido, como fez.

Não destoando deste entendimento o E. STJ, no REsp 13.012-0, através de sua 4ª Turma, sendo relator o Min. Athos Carneiro, DJU 06/09/93:

“A ação rescisória, do art. 485, VIII, do CPC, é admissível contra sentença proferida em jurisdição contenciosa, em que a transação, o reconhecimento do pedido, a renúncia ou a confissão servem como fundamento do *decisum*, influenciando no conteúdo do comando judicial.”

E não há dúvida de que o magistrado prolator, conforme já ressaltado acima, se baseou, para fundamentar sua sentença, no reconhecimento da procedência do pedido, aduzido pelas partes.

Assim, por duplo fundamento (art. 485, V e VIII), entende o Ministério Público deva ser rescindida a sentença ora impugnada (*iudicium rescindens*).

Por força do artigo 494 do CPC, superado o juízo rescidente, deve ser proferida por essa E. Câmara outro julgamento ao litígio em questão.

E parece-nos que tal julgamento (*iudicium rescisorium*) deve decidir pela improcedência do pedido original, extinguindo o feito com exame do mérito.

Com efeito, se não houve venda a terceiros, não há que se falar em direito de preferência à luz do artigo 1139 do Código Civil e, portanto, improcedente o pedido aduzido na inicial do processo originário, restituindo-se as partes litigantes ao *status quo ante*, efetuadas as compensações devidas.

III – CONCLUSÃO:

Face ao exposto, *opina* o Ministério Público:

- a) Seja admitida a presente ação rescisória;
- b) Seja dado integral provimento à demanda, rescindindo-se a sentença ora impugnada pelos fatos e fundamentos aduzidos neste parecer (*iudicium rescidens*); e
- c) Seja proferido novo julgamento (*iudicium rescisorium*), decidindo-se pela improcedência do pedido articulado no processo originário.

Rio de Janeiro, 17 de maio de 2002.

CARLOS ROBERTO DE CASTRO JATAHY
Procurador de Justiça

Mandado de Segurança impetrado em virtude de decisão judicial que rejeitou pedido de quebra de sigilo bancário formulado pelo Ministério Público em inquérito que investiga a prática de crime de homicídio. A autoridade apontada como coatora negou a medida sob o argumento de que esta, se deferida, importaria violação ao direito à intimidade. Prevalência do direito à vida quando confrontado com o direito à privacidade do investigado, bem como a inexistência de direitos absolutos na Carta Magna.

Ref.: IP 041/02 da DH

Exm.º Dr. Desembargador Presidente da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro vem, através dos Promotores de Justiça infra-firmados, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA

apontando como autoridade coatora o juiz da 4ª Vara Criminal da Comarca da Capital (IV Tribunal do Júri), pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

DOS FATOS

O inquérito policial em epígrafe foi instaurado para apurar as circunstâncias da morte de *Wellington Frankkin Bezerra*, assassinado enquanto dormia dentro de sua própria casa.

De acordo com o contido no procedimento investigatório em análise, a vítima residia com sua companheira *Mônica Maria Santiago* e a filha do casal (*Monique Santiago Bezerra*). O homicídio ocorreu no interior do apartamento quando todos os integrantes da família ali estavam.

Tanto a companheira quanto a filha do casal afirmam que não escutaram os disparos que vitimaram *Wellington*, muito embora vizinhos de outros andares do prédio digam que ouviram os tiros. Interessante notar, ainda, que a filha do casal esclarece que na mesma noite do crime “escutou um barulho baixo de descarga” vindo do banheiro (fl. 88).

De acordo com as informações constantes nos autos, a companheira do falecido manteve diversos outros relacionamentos amorosos enquanto vivia com este. Vários são os depoimentos que confirmam que o falecido fora reiteradas vezes traído no passado e continuava sendo no período anterior à sua morte.

Interessante notar que a primeira atitude da companheira do falecido após a sua morte foi denegrir a imagem deste (fl. 07), dizendo que teria ele “se envolvido com pessoas estranhas”, que chegava tarde em casa *etc.* Tal depoimento não é corroborado por nenhuma das testemunhas ouvidas, já que todas afirmam exatamente o contrário, ou seja, que o falecido era pessoa honesta e de comportamento exemplar e que quem possuía má fama era a sua concubina.

A tentativa da companheira do falecido de denegrir sua imagem, alegando fatos evidentemente inverídicos, colocou desde logo esta sob suspeita.

Consta, ainda, que, à época da morte de *Wellington*, sua companheira se relacionava amorosamente com *Marcio Rogerio Augusto dos Santos*, o qual possuía livre acesso à residência do casal. Tal fato é confirmado pela própria mãe de Mônica (fl. 26 verso), bem como por todos os demais vizinhos (fls. 29, 31 e 32). Destaque-se, outrossim, que Mônica vive atualmente na casa de parentes de Márcio.

Interessante notar que Márcio Rogério (fl. 35), assim como Mônica, negam o relacionamento amoroso. Os motivos parecem óbvios. Com efeito, após a morte repentina e “estranha” do companheiro de Mônica enquanto esta dormia no mesmo apartamento e, sabidamente, seu “namorado” possuía as chaves do imóvel, não parece recomendável que estes assumam, diante da autoridade policial, seu relacionamento.

Há ainda nos autos relatos de que o falecido possuía dois seguros de vida e considerável quantia de dinheiro depositada em sua conta corrente, parte da qual, segundo informações prestadas em sede policial, misteriosamente vinha desaparecendo da conta da vítima (fl. 79 verso).

Desta forma, a quebra do sigilo bancário dos diversos prováveis envolvidos no delito era (e ainda é) de extrema importância, principalmente no que diz respeito à descoberta da motivação do delito. Conforme resta claro da leitura do contido acima, pairam graves indícios contra a companheira do falecido e seu “namorado”, sendo certo que a filha do casal também alega não ter ouvido tiros dentro do apartamento enquanto todos os vizinhos do prédio dizem ter escutado os disparos. Portanto, indícios não faltam do envolvimento dos três no episódio e a quebra do sigilo poderia (e ainda poderá) em muito auxiliar na descoberta da dinâmica e da motivação do crime.

Diante de tal constatação, a Ilm.^a Dra. Delegada representou pela decretação da quebra do sigilo bancário da vítima e de sua companheira (fls. 92/93). O Ministério Público não só endossou o entendimento da autoridade policial, como entendeu devesse a medida ser estendida à filha do falecido e a Márcio Rogério Augusto dos Santos, sobre os quais também pairam indícios de participação na empreitada criminosa.

Assim, fulcrado no disposto no artigo 1º, § 4º, da Lei Complementar 105/01, opinou o Ministério Público favoravelmente à representação da autoridade policial, requerendo, ainda, a decretação da quebra também em relação a Márcio Rogério Augusto dos Santos e Monique Santiago Bezerra (fls. 94/97).

Ocorre que o juízo da 4ª Vara Criminal (IV Tribunal do Júri), violando direito líquido e certo do Órgão Ministerial, indeferiu a quebra requerida. Esta a decisão que ora se ataca através do presente remédio heróico.

DO CABIMENTO

Assim dispõe o artigo 1º, § 4º, da Lei Complementar 105/01:

"Art. 1º. ...

...

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

I – de terrorismo;

II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;

IV – de extorsão mediante seqüestro;

V – contra o sistema financeiro nacional;

VI – contra a Administração Pública;

VII – contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

IX – praticado por organização criminosa."

Grifei.

A referida Lei Complementar não prevê recurso da decisão judicial que decreta ou denega o pedido de quebra de sigilo bancário. Portanto, não há na Lei Complementar 105 previsão de meio de impugnação da decisão ora atacada.

Por sua vez, prevê o artigo 5º, inciso II da Lei 1.533/51, *verbis*:

“Art. 5º. Não se dará mandado de segurança:

...

II – De despacho ou decisão judicial, *quando haja recurso previsto nas leis processuais* ou possa ser modificado por via de correição;”

Portanto, *a contrario sensu*, é cabível o *mandamus* quando não haja nas leis processuais recurso previsto para a decisão que violou direito líquido e certo do impetrante. A jurisprudência, inclusive, alargou a incidência do dispositivo supramencionado, admitindo mandado de segurança para conferir efeito suspensivo ao recurso que não o possua. Assim, é indiscutível a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra decisão judicial quando esta não for atacável por via de recurso.

Nesse sentido se manifesta a doutrina pátria:

“A possibilidade de arrasadora ofensa ou ameaça a direito líquido e certo é muito mais aguda no ato jurisdicional que no ato legislativo típico, ou até mesmo no ato administrativo. As características e os efeitos dos atos jurisdicionais são de tal natureza que a ilegalidade ou o arbítrio, neles eventualmente manifestados, são suscetíveis de gerar agravos permanentes e irreversíveis – o que raramente se dá, por exemplo, com o ato administrativo. Só por aí já se teria justificação suficiente para uma postura intensamente liberal quanto à admissão do mandado de segurança contra ato jurisdicional.

...

Daí nossa opinião: *cabe mandado de segurança contra o ato jurisdicional que, praticado com ilegalidade ou abuso de poder, ameace ou viole direito líquido e certo.* (...)

...

A ilegalidade e o abuso no ato jurisdicional existirão seja quando o julgador agir em desconformidade (formal ou material) com a lei, ou quando não agir, quando a tanto legalmente obrigado. Em qualquer desses casos, sem exigências outras, caberá mandado de segurança.” (in FERRAZ, Sérgio, *Mandado de Segurança (individual e coletivo) aspectos polêmicos*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 101 e 102) (g.n.)

Isto posto, uma vez que a Lei Complementar 105/2001 não prevê recurso da decisão judicial que indefere a quebra de sigilo bancário, cabível, plenamente, a impetração de mandado de segurança, desde que demonstrada a violação a direito líquido e certo (o que faremos abaixo).

DA IMPETRAÇÃO DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL DE 120 DIAS

Assim dispõe o artigo 18 da Lei 1.533/1951, *verbis*:

“Art. 18. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”

Conforme se observa à fl. 100, o Ministério Público tomou ciência pessoal da decisão em 30 de agosto de 2002. Logo, a presente ação poderia ser proposta até 28 de dezembro de 2002. Assim, o *mandamus* está sendo impetrado dentro do prazo decadencial.

DA COMPETÊNCIA

Conforme relatado acima, o ato apontado como violador de direito líquido e certo foi praticado por juiz criminal lotado no IV Tribunal do Júri da Comarca da Capital.

Assim sendo, a competência para julgamento do presente mandado de segurança é desta E. Seção Criminal, nos termos do artigo 7º, inciso I, alínea g, do Regimento Interno deste Colendo Tribunal, *verbis*:

“Art. 7º - Compete à Seção Criminal:

I – Processar e julgar:

...

g) os mandados de segurança contra atos das Câmaras Criminais isoladas, seus Presidentes e Relatores, bem como dos Juízes e Tribunais Criminais de Primeira Instância, salvo os dos Juízes dos Juizados Especiais Criminais ou de suas Turmas Recursais e, quando versando matéria criminal, dos Secretários de Estado, Prefeitos, membros do Ministério Público Estadual, Procuradores Gerais do Estado e da Defensoria Pública” (g.n.)

DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO À INVESTIGAÇÃO E À PROMOÇÃO DA AÇÃO PENAL

Assim dispõe a Constituição da República de 1988 em seu artigo 129, incisos I e VIII, *verbis*:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – *promover, privativamente, a ação penal, na forma da lei;*

“

VIII – *requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;*”

Da mesma forma, assim dispõe o artigo 24 do CPP:

“Art. 24. *Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.*”

Portanto, tanto a Constituição quanto a lei conferem ao Ministério Público o direito (e dever) de promover a ação penal pública. Como corolário deste poder/dever, o *Parquet* utiliza-se do inquérito policial para conseguir prova mínima (*justa causa*) para embasar eventual denúncia.

Desta forma, tem o Ministério Público incontestável direito líquido e certo à investigação, direito este que restou violado pela decisão ora atacada, vez que, não obstante a imprescindibilidade da medida requerida para a apuração do fato delituoso, conforme demonstraremos a seguir, a autoridade coatora indeferiu a postulação formulada.

Não resta, portanto, qualquer dúvida no sentido de que o ora impetrante teve direito líquido e certo seu negado por decisão judicial irrecorrível.

DO DIREITO À CONCESSÃO DA SEGURANÇA PARA DETERMINAR A QUEBRA DO SIGILO

Conforme demonstrado no breve relatório das circunstâncias fáticas *supra*, encontram-se cabalmente comprovadas as razões de interesse público que autorizam a decretação da quebra então solicitada, motivo pelo qual deveria o juízo ter acolhido o requerimento então formulado.

Não obstante extensamente fundamentada, restou equivocada a r. decisão judicial de fls. 98/100.

O enfoque central da mencionada decisão é o chamado “direito à intimidade”, consagrado constitucionalmente no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal. Rogamos vênha para transcrever breves trechos da decisão ora atacada:

“A Constituição da República, em seu art. 5º, inciso X, prevê como invioláveis a intimidade e a privacidade das pessoas, sequer mencionando eventual texto legal que venha excepcionar tal regra. (...)

A lei complementar n.º 105 de 10.01.01, em seu art. 1º, § 4º, dispõe que “a quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para a apuração de ocorrência de qualquer ilícito.

Entendo que tal dispositivo, cuja constitucionalidade é passível de discussão, há de ser aplicado com a máxima razoabilidade.

Melhor seria se o legislador tivesse consignado a impossibilidade da ‘quebra de sigilo bancário’ quando a prova pudesse ser feita por outros meios, aliás como ocorre no art. 2º, II, da Lei 9.296/96, que trata da interceptação de comunicações telefônicas.”

A respeitável decisão, embora proferida por julgador cujo saber jurídico é inquestionável, partiu de equivocada leitura do artigo 5º da Constituição Federal, dando à Lei Complementar 105 alcance tão diminuto que praticamente a inviabiliza.

A inviolabilidade do direito à intimidade, bem jurídico abraçado pela decisão ora atacada, tem *status* constitucional e, sem dúvida alguma, merece respeito e proteção. Ocorre que, como qualquer direito, a intimidade não tem caráter absoluto e deve ceder quando contra si se antepuser interesse de valor superior.

Nesse sentido, por diversas vezes, já se pronunciou o E. STJ, *verbis*:

“Recurso ordinário em mandado de segurança. Sigilo bancário. Quebra. Decisão fundamentada.

I - A proteção ao sigilo bancário não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior.

II - Porém, deve ser fundamentada a decisão judicial que determina a quebra do sigilo bancário, sob pena de violação ao art. 93, IX, da Constituição Federal. Recurso provido.” (STJ – Quinta Turma, ROMS 9185/SP, Rel. Min. Felix Fischer, in DJ 21/02/2000, p. 140)

“Mandado de segurança. Constitucional. Providências investigatórias. Quebra do sigilo bancário. Constituição Federal (Art. 5º, X e XII. Lei nº 4.595/64 (Art. 38).

1. O sigilo bancário não é um direito absoluto, compatibilizando-se a sua “quebra” com as disposições constitucionais pertinentes (art. 5º, X e XII, C.F.), cônsono à jurisprudência do STF e desta Corte Superior.
2. Demonstradas razões suficientes e reclamado para as atividades investigatórias, o afastamento do sigilo autorizado judicialmente não constitui ilegalidade ou abuso do juízo competente.
3. Doutrina e precedentes jurisprudenciais.
4. Recurso sem provimento. (STJ – Primeira Turma, ROMS 10939/SC, Rel. Min. Milton Luiz Pereira. In DJ 04/07/2000, p. 121.)

“Mandado de segurança. Quebra de sigilo bancário. Autorização judicial. Crime contra o sistema financeiro nacional. Legalidade.

- O ordenamento jurídico constitucional, a despeito de elevar à dignidade de garantia fundamental o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, autoriza a quebra de sigilo mediante prévia autorização judicial, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou instrução processual criminal.

- Não se encontra eivada de ilegalidade a quebra de sigilo bancário determinada pela autoridade judiciária competente, fundada na necessidade de se apurar o crime de evasão de divisas e operação de câmbio não autorizada.

- Recurso ordinário desprovido.” (STJ – Sexta Turma, ROMS 9880/PR, Rel. Min. Vicente Leal. In DJ 15/05/2000, p. 202) (g.n.)

Podemos afirmar, sem medo de errar, que a Constituição de 1988 não previu um único direito absoluto. Com efeito, o próprio direito à vida, o mais elementar bem jurídico tutelado pelo ordenamento, é superado, no caso de guerra declarada, pela pena de morte. Portanto, todo interesse protegido constitucionalmente é passível de ponderação diante de interesse diverso, objeto de idêntica proteção.

Diante deste raciocínio, havendo colidência entre direitos constitucionalmente assegurados, compete ao Magistrado, utilizando-se da “balança da Justiça”, verificar o peso de cada qual. E aí consiste o equívoco da r. decisão de fls. 98/100.

No caso ora em análise, há evidente choque entre o direito à intimidade dos investigados e o direito à vida, protegido pela norma penal do artigo 121 do Código Penal.

Filosoficamente falando, ninguém seria capaz de negar que a vida humana é deveras mais importante que o direito à intimidade. Tal constatação pode ser aferida através da simples consulta a um cidadão comum, ou seja, ao próprio destinatário das normas constitucionais. Qualquer constituição ou lei que dispusesse de modo contrário teria duração efêmera, vez que não atenderia aos anseios da sociedade.

Ressalte-se que uma visão meramente topográfica do artigo 5º da CRFB/88 é suficiente para demonstrar o interesse prevalente, senão vejamos:

“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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

X – 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;” (g.n.)

Observe-se que logo no *caput* do artigo que abre o capítulo em que a Constituição trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais” cuidou o constituinte de proteger o direito à vida. E, não fosse isto bastante, logo a seguir garantiu-se o direito “à segurança”. Obviamente, preocupou-se o legislador constitucional em proteger o direito à intimidade, *mas somente dez incisos adiante.*

Assim, pela própria ordem que a CRFB/88 utilizou para prever os direitos fundamentais, não resta a menor dúvida de que a vida prevalece sobre a intimidade, o que, desde logo, demonstra o equívoco da decisão atacada, a qual viola direito líquido e certo do Ministério Público.

Entendeu ainda a r. Autoridade ora impetrada que a quebra de sigilo bancário, tal como ocorre com a quebra de sigilo das comunicações telefônicas, somente deveria ser decretada quando a prova não pudesse ser feita por outros meios.

Inicialmente, cumpre destacar que, ainda que correta fosse a premissa utilizada na decisão atacada, a necessidade da quebra, no presente caso, é manifesta. Com efeito, a complementação da prova da motivação do delito, bem como da sua autoria, passa pela verificação das contas bancárias dos envolvidos, vez que o ilícito, ao que tudo indica, teve, como um de seus fundamentos, a questão patrimonial.

Não fosse isto bastante, o artigo 105, § 4º, da LC 105/91 não traz a restrição imposta pelo M.M. Juízo impetrado, sendo certo que há um verdadeiro abismo a diferenciar a quebra das comunicações telefônicas da quebra do sigilo bancário. Não teria a mínima plausibilidade entendimento no sentido de que haveria igual intimidade entre uma comunicação telefônica, onde os mais diversos assuntos, desde os financeiros aos amorosos, são tratados, e uma conta bancária.

Em verdade, a violência produzida por um “grampo telefônico” justifica o tratamento legal mais restritivo relativamente às demais medidas judiciais restritivas da intimidade.

Cite-se a decisão da 5ª Turma do E. STJ abaixo, a qual demonstra que o que deve restar provada é somente a necessidade da quebra e não que esta seja o único meio de prova:

“Processo Penal – Crime organizado – Quebra do sigilo fiscal e bancário – Ausência de ilegalidade.

- A orientação jurisprudencial desta Corte firmou-se no sentido de que, demonstradas as razões para eventual quebra de sigilo fiscal e bancário, necessárias ao pleno esclarecimento dos fatos delituosos, não constitui constrangimento ilegal o seu deferimento pela autoridade judicial.

Ordem denegada.” (STJ – Quinta Turma, HC 13006/MA, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 23/10/2001, in DJ 10/06/2002, p. 227) (g.n.)

Observe-se que a decisão refere-se à necessidade ao “pleno esclarecimento dos fatos”, o que denota a possibilidade de utilização da quebra com o caráter de complementação de outras provas.

Não se verifica grave ameaça à intimidade a juntada a um procedimento investigatório de informações que, mal ou bem, já são de conhecimento de outros órgãos estatais (em especial, a Receita Federal) e privados (bancos) e de seus respectivos funcionários.

Ressalte-se, ainda, que o sigilo imposto pela Lei Complementar fará com que somente uns poucos agentes tenham conhecimento da movimentação financeira dos investigados. Obviamente, não poderá o delegado, o promotor ou qualquer pessoa que, em virtude da função, tenha acesso ao inquérito divulgar a movimentação bancária dos investigados, sob pena de cometimento de crime.

Nesse sentido decidiu recentemente a Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça:

“Inquérito. Agravo regimental. Sigilo bancário. Quebra. Operacionalização pelo Banco Central do

Brasil. Obrigatoriedade da reserva quanto aos dados obtidos.

1. Não representa violação à privacidade ou à intimidade da pessoa, indiciada em inquérito, o pedido judicial de intervenção do Banco Central do Brasil na operacionalização de quebra de sigilo bancário, medida anteriormente concedida e referendada pela Corte Especial, em sede de agravo regimental. Não se promove nenhuma devassa e nem vai se permitir que a pratique o Banco Central do Brasil, cuja função no caso será apenas de mero auxiliar, obrigado quanto ao sigilo das informações recebidas, que não poderão ser utilizadas nem para seu próprio uso, pois, “aquilo que se fala ‘em reserva’ a uma pessoa, esta não pode repetir nem mesmo a quem lhe pediu reserva”. No manejo e utilização dos dados haverá sempre a interveniência e o controle judiciais.

2. Agravo regimental improvido. (STJ – Corte Especial, AAINQ 302/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 24/06/2002, in DJ 12/08/2002, p. 159) (g.n.)

Portanto, a quebra de sigilo pleiteada pelo Ministério Público encontra-se fundamentada consoante o entendimento jurisprudencial pátrio, motivo pelo qual seu indeferimento foi, sem dúvida, equivocado.

Prosseguindo na leitura da decisão ora recorrida, novamente transcreveremos mais um breve parágrafo:

“Vingando o entendimento ministerial, ou seja, se for decretada a ‘quebra do sigilo bancário’ em todos os inquéritos que buscam esclarecer crimes de homicídio, sob o argumento e de revelar sua motivação, a norma constitucional já referida seria simplesmente ignorada.”

Neste momento rogamos todas as vênias para discordar da assertiva do respeitabilíssimo Julgador. Por óbvio não entende o Ministério Público deva ser efetuada quebra de sigilo bancário “em todos os inquéritos que buscam esclarecer crimes de homicídio”. A própria prática assim demonstra. Basta verificar que o *Parquet* somente requer tal providência em casos extremos.

O que não pode de forma alguma ser aceito é que se negue a medida em um caso específico, no qual sua necessidade é manifesta, sob o argumento de que, se fosse concedida em todos os inquéritos, a norma que protege a

intimidade restaria violada. Trata-se de inaceitável generalização que impede a análise pormenorizada do caso concreto.

Como já afirmado, o Ministério Público não entende que a quebra deva ser decretada em todas as hipóteses de homicídio. Ocorre que, em crimes específicos, onde há fortes indícios de motivação patrimonial, a medida torna-se indispensável para a apuração da prática delituosa. Seria até ilógico que o órgão ministerial solicitasse tal providência em crime onde o motivo óbvio foi sentimental.

Ressalte-se, ainda, que a Promotoria não cometeria o arbítrio de requerer a quebra em inquérito em investigação mal elaborada, sem diligências mínimas efetuadas, onde a autoridade policial representaria pela medida apenas para “facilitar” seu trabalho.

Verifica-se, pela singela leitura das cópias que acompanham a presente, que os agentes policiais realizaram extenso e sério trabalho investigativo, contando o inquérito já com 100 (cem) páginas, todas repletas de conteúdo probatório. Foram ouvidas diversas testemunhas, não só do evento em si, como também do caráter dos envolvidos. Encontram-se nos autos laudo de exame cadavérico, laudo de local instruído com fotos da vítima, além das fotografias dos suspeitos. Embora ainda ali não esteja (pois depende de conclusão), já foi realizada, inclusive, reprodução simulada dos fatos para verificação da possibilidade do ocupante do imóvel ouvir os disparos (a reprodução foi realizada na noite do dia 30 de agosto, posteriormente, portanto, à data da decisão atacada).

Nota-se, assim, que há trabalho árduo e competente realizado pela polícia judiciária. Desta forma, se a autoridade policial representou pela quebra foi porque todas as diligências já empreendidas até o momento não foram suficientes para determinar, de forma inequívoca, a motivação e autoria do evento.

Cabe destacar que, em situação como a que ora vivenciamos, onde a criminalidade expande-se de forma assustadora e perigosa, o bom trabalho da polícia, realizado nos moldes em que a sociedade o anseia, merece consideração e deferência redobradas.

Tudo isto demonstra de forma ainda mais evidente o equívoco da decisão de fls. 98/99 do inquérito.

DO PEDIDO

Isto posto, requer o Ministério Público, após recebida a inicial:

- 1 – seja notificada a autoridade coatora do conteúdo desta petição, entregando-lhe a segunda via ora apresentada, para que, querendo, preste as informações que achar necessárias no prazo de 10 (dez) dias (art. 7º, inciso I da Lei 1.533/51);

2 – seja ouvido o representante do Ministério Público em atuação junto a esta E. Seção Criminal, no prazo de 05 (cinco) dias (art. 10 da Lei 1.533/51);

3 – apresentadas ou não as informações no prazo legal, seja julgado procedente o pedido para, cassando-se a decisão do r. juízo da 4ª Vara Criminal, ser decretada a quebra requerida às fls. 94/97 do IP em epígrafe, determinando-se ao Banco Central do Brasil que informe àquele r. Juízo, **no prazo de 10 dias**, se Wellington Franklin Bezerra, Monica Maria Santiago, Monique Santiago Bezerra e Marcio Rogério Augusto dos Santos mantinham e/ou mantêm conta bancária ou outro investimento em estabelecimento financeiro. Sendo positiva a resposta, que aquela entidade informe o banco, agência, número da conta, saldo e movimentação efetuada desde o dia 1º de janeiro de 2002 até 19 de agosto de 2002.

4 – *seja o inteiro teor da decisão do presente mandado transmitida em mãos ao juízo do IV Tribunal do Júri (art. 11 da Lei 1.533/51).*

Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2002.

EDUARDO MORAIS MARTINS
Promotor de Justiça Substituto

Tribunal de Contas Municipal – Natureza jurídica – Independência financeira garantida constitucionalmente – Inteligência da Emenda Constitucional 25/00, que só diz com a Câmara de Vereadores – Inconstitucionalidades material e formal, esta última por ser exigida lei para dispor sobre matéria orçamentária.

Processo MP 3.194/01

ORIGEM: PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Assunto: *Decreto municipal que cerceia a autonomia financeira da Corte de Contas.*

Decreto Municipal carioca 19.496/01, que, contrariando a lei orçamentária anual, aplica ao Tribunal de Contas a limitação orçamentária da EC 25/00, inserindo-o no Poder Legislativo para o fim de fazê-lo dividir com a Câmara Municipal o percentual originariamente referente apenas a esta última. Inconstitucionalidade manifesta.

PARECER

Exmo. Sr. Procurador -Geral de Justiça

1. Procedendo ao exame do Decreto 19.496/01, conforme determinado por V. Exa. no ofício de fls. 02, tem-se que tal decreto foi supostamente elaborado na esteira da Emenda Constitucional 25/00, e esta, com o objetivo declarado de limitar as “despesas com o Poder Legislativo Municipal”, trouxe as seguintes normas:

“Art. 1º O inciso VI do art. 29 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“VI - o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos:

a) em Municípios de até dez mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a vinte por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

b) em Municípios de dez mil e um a cinquenta mil habitantes, o subsídio máximo

dos Vereadores corresponderá a trinta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

c) em Municípios de cinquenta mil e um a cem mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a quarenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

d) em Municípios de cem mil e um a trezentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a cinquenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

e) em Municípios de trezentos mil e um a quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a sessenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais,

f) em Municípios de mais de quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a setenta e cinco por cento do subsídio dos Deputados Estaduais'

Art. 2º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida do seguinte art. 29-A:

'**Art. 29-A.** O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior:

I - oito por cento para Municípios com população de até cem mil habitantes;

II - sete por cento para Municípios com população entre cem mil e um e trezentos mil habitantes;

III - seis por cento para Municípios com população entre trezentos mil e um e quinhentos mil habitantes;

IV - cinco por cento para Municípios com população acima de quinhentos mil habitantes.

§ 1º A Câmara Municipal não gastará mais de setenta por cento de sua receita com folha

de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores.

§ 2º Constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal:

I - efetuar repasse que supere os limites definidos neste artigo;

II - não enviar o repasse até o dia vinte de cada mês; ou

III - enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária.

§ 3º Constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal o desrespeito ao § 1º deste artigo.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor em 1º de janeiro de 2001."

2. Supostamente ao ensejo de regulamentar este novo dispositivo constitucional, que expressamente visa conter as "*despesas com o Poder Legislativo Municipal*", o Poder Executivo municipal resolveu editar o Decreto em tela, incluindo o Tribunal de Contas Municipal no orçamento da Câmara de Vereadores, fazendo incidir sobre o Tribunal de Contas a limitação de despesa da Câmara Municipal prevista na EC 25/00.

3. Como se verá mais à frente, *com espécie normativa meramente regulamentadora*, o Poder Executivo municipal pretendeu, entre outras coisas, *extinguir a independência financeira do Tribunal de Contas Carioca*, que, contudo, vem consagrada nas leis orçamentárias anuais de toda a última década (inclusive na atual Lei 3.178/01, doc. 02) e consagrada, sobretudo, na Lei Orgânica Municipal e na Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

4. De início, é de se notar que, assim agindo, *o Poder Executivo Municipal, através de decreto, contrariou a Lei Orçamentária Anual* (Lei 3.178/01, doc. 02). Com isto, verifica-se evidente quebra de hierarquia das leis, uma vez que ao decreto não é dado extinguir direitos nem —muito menos— contrariar a lei, o que, ocorrendo, configura invasão de um poder na área de competência do outro (art. 344 da CE).

5. Não bastasse isso, uma semana após ter sancionado a Lei 3.178/01 (doc. 02) —que, seguindo a longa tradição carioca, continha verba orçamentária própria para o Tribunal de Contas Municipal em separado da verba orçamentária da Câmara de Vereadores— o mesmo d. Prefeito edita o Decreto 19.496/01, *contrariando a lei que ele próprio sancionara uma semana antes*.

6. Nem é de se falar na superveniência de fato novo entre a Lei 3.178/01 (doc. 02) e o Decreto 19.496/01 (doc. 01), eis que a EC 25, invocada no preâmbulo do referido decreto, data de fevereiro de 2.000, anterior, portanto, à própria Lei 3.178/01.

7. Realmente, o Decreto 19.496/01 é frontalmente contrário à Lei 3.178/01: enquanto a lei contém verba própria para o Tribunal de Contas do Município (item 21 do Anexo IV da Lei 3.178/01), o decreto anula tal verba própria e a faz integrar a verba da Câmara de Vereadores (item 20 do mesmo Anexo). Com isto, indo contra a lei, o Decreto 19.496/01 desfalca tanto o Tribunal de Contas (que perde sua previsão orçamentária própria e sua independência financeira) como a Câmara de Vereadores (que, com a mesma verba orçamentária, deverá atender também a Corte de Contas).

8. Embora tenha-se já aqui bastante à declaração de inconstitucionalidade ora requerida, haja vista a quebra de independência entre os poderes municipais pela invasão do ato executivo na seara legislativa, há mais.

9. Isto porque a EC 25/00 não cuidou do Tribunal de Contas, mas sim, e expressamente, do Poder Legislativo, usando, inclusive, como sinônimo de Poder Legislativo, a expressão “Câmara Municipal” (cf. nova redação do art. 29, VI, e 29-A, *caput* e § 1º). Dentro destes conceitos de “Poder Legislativo” e “Câmara Municipal”, por óbvio, não cabe o conceito de “Tribunal de Contas”, este jamais citado pela EC 25/00.

10. Significativo, nesta senda, que — *assim como só fala em Câmara Municipal (e jamais em Tribunal de Contas) — a EC 25/00 só fala também em Vereadores (e jamais em Conselheiros!)*.

11. Tão certo quanto o controle externo do dinheiro público ser exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas, é mais certo ainda que em momento algum a Constituição afirma que o Tribunal de Contas integra o Poder Legislativo, havendo mera *relação de cooperação* entre Poder Legislativo e Tribunal de Contas (e não relação de subordinação, seja administrativa, funcional - ou financeira).

12. No escólio de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, apesar de sua função de auxílio, o Tribunal de Contas “*não é, todavia, órgão pertencente ao Poder Legislativo*” (“Funções do Tribunal de Contas”, in *Revista de Direito Público*, 72:136, editora RT, São Paulo, outubro-dezembro de 1994).

13. Ao afirmar a independência administrativa, funcional e financeira do Tribunal de Contas, bem como o fato de tal corte não integrar o Poder Legislativo, há que se levar em conta a dificuldade da doutrina tradicional da divisão tripartite das funções do poder para lidar com fenômenos peculiares recentes, como é o caso do Tribunal de Contas (que não existia na época de MONTESQUIEU):

“... é de se ter o Tribunal de Contas como um órgão constitucionalmente independente, cuja competência é diretamente outorgada pela Carta Magna, e que, em sua missão estritamente técnica de auxiliar o Poder Legislativo no controle externo da fiscalização financeira e orçamentária, não se submete a nenhum dos ‘poderes constituídos’ ” (VITOR LAUBÉ, “Considerações acerca da Conformação Constitucional do Tribunal de Contas”, in *Revista de*

"Tendo em vista que a Própria Constituição assegura ao Tribunal de Contas as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário, impossível considerá-lo subordinado ao Legislativo e inserido na estrutura do Legislativo. Se sua função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três Poderes. A nosso ver, por conseguinte, o Tribunal de Contas configura instituição estatal independente. Entendimento semelhante é esposado por JOSÉ CRETILLA JUNIOR [...] e ALFREDO BUZAIID" (ODETE MEDAVAR, "Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas", in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 27, nº 108, outubro-dezembro 1990, pp. 123-124)

14. Nesta linha, invoca-se, desde já, a Carta Magna, que traz conceituação restritiva do Poder Legislativo quando, em seu art. 44, afirma que "*O poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal*" (ou seja: não se compõe do Tribunal de Contas). Na mesma linha, a Carta Estadual afirma que o Poder Legislativo "*é exercido pela Assembléia Legislativa*" (art. 94 da CE).

15. Especificamente no caso do Município do Rio de Janeiro, segundo a dicção constitucional estadual, "*o Poder Legislativo [é] representado pela Câmara Municipal, composta de Vereadores*" (art. 344, I, da CE). Na mesma linha, a Lei Orgânica Municipal (art. 40 da LOMRJ).

16. Esta conceituação exclui do Poder Legislativo o Tribunal de Contas. Assim, certo é que o Tribunal de Contas não integra nem poderia integrar o Poder Legislativo, sendo a independência do Tribunal de Contas reforçada pela extensão, aos seus Conselheiros, dos direitos, garantias e prerrogativas dos magistrados (arts. 73, § 3º, e 75 da CF, e art. 128, §§ 3º e 4º, da CE).

17. A independência dos Conselheiros (arts. 73, § 3º, e 75 da CF, e art. 128, §§ 3º e 4º, da CE) e a função judicante do Tribunal de Contas (*v.g.*, art. 71, II, da CF, e art. 125, III, da CE) só vêm confirmar que ele não pertence nem pode pertencer ao Poder Legislativo - malgrado se preste o Tribunal de Contas a auxiliar Poder Legislativo no controle externo referido nos artigos 71 da Carta Magna e 123 da Carta Estadual.

18. Não tivesse o Tribunal de Contas autonomia financeira e pertencesse ele ao Poder Legislativo, de nada adiantaria dar aos Conselheiros as mesmas garantias dos Magistrados. A independência funcional só é verdadeira quando acompanhada de independência administrativa e financeira, o que não passou ao largo de nossa Carta Estadual, que quis fazer da Corte de Contas uma

instituição séria e forte com importantíssimas funções técnicas que não podem ficar sujeitas a pressões externas.

19. Colocando verdadeira pá de cal na questão, a *Carta Estadual é expressa em dotar o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro com autonomia administrativa e financeira*, o que fez de forma incontroversa ao dar-lhe *tratamento paritário com o Judiciário e com o Tribunal de Contas do Estado*, nos precisos termos dos artigos 124, § 3º, c/c 123, § 6º, e 152 (antigo 149), §§ 1º e 2º, da Carta Estadual.

20. Na esteira da Carta Estadual, vem a Lei Orgânica do Município, que, igualmente, prevê a independência financeira do Tribunal de Contas (art. 89 da LOMRJ).

21. Inconstitucional, pois, da forma mais absoluta, decreto municipal que (além de contrariar a lei orçamentária) venha tolher esta independência financeira consagrada em nível constitucional.

22. Portanto, além de investir contra a separação de poderes garantida constitucionalmente (arts. 7º e 341), porque feito mediante decreto que pretende se sobrepor à lei, o cerceamento orçamentário imposto pelo Poder Executivo ao Tribunal de Contas investe, também, contra a autonomia administrativa e financeira assegurada constitucionalmente ao Tribunal de Contas Municipal (artigos 124, § 3º c/c 123, § 6º, e 152, §§ 1º e 2º, da CE).

23. Em consequência do exposto, o grave cerceamento orçamentário constante do decreto em tela incide ainda em vício formal, haja vista ser o orçamento *matéria reservada de lei* (art. 209 da CE), *ao que se soma o atropelo da proposta orçamentária igualmente garantida por nossa Carta Estadual* (arts. 124, § 3º, c/c 123, § 6º, e 152, §§ 1º e 2º, da CE).

“Seção VIII

DA FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA
(arts. 122 a 134)

Art. 123 - O controle externo, a cargo da Assembléia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado...

§ 6º - *Aplica-se ao Tribunal de Contas, no que couber, o disposto no artigo 152, §§ 1º e 3º, desta Constituição.*

“(Art. 124 - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos Municípios, e de todas as entidades de sua administração direta e indireta e fundacional, é exercida mediante controle externo da Câmara Municipal e pelos sistemas de controle interno do respectivo Poder Executivo, na forma estabelecida em lei.

“(§ 3º - *No Município do Rio de Janeiro, o controle externo é exercido pela Câmara Municipal, com o auxílio do*

Tribunal de Contas do Município, aplicando-se, no que couber as normas estabelecidas nesta seção, inclusive as relativas ao provimento de cargos de Conselheiro e os termos dos §§ 3º e 4º do artigo 131 desta Constituição.

(*) Nova redação dada pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 04/98.

Art. 152 - O Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

§ 1º - O Tribunal de Justiça elaborará a proposta orçamentária do Poder Judiciário dentro dos limites estipulados em conjunto com os demais Poderes na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

(**) § 2º - O encaminhamento da proposta, depois de aprovada pelo Tribunal de Justiça, será feito pelo seu Presidente, à Assembléia Legislativa.

(***) Nova Redação dada pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 07/98, que suprimiu o antigo § 2º e reenumerou o § 3º, que passou então a § 2º.

DOS ORÇAMENTOS (arts. 209 a 213)

Art. 209 - *Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:*

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

§ 5º - *A lei orçamentária anual compreenderá:*

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes do Estado, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que o Estado, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

§ 6º - O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

§ 8º - *A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.*”

24. Neste passo, cumpre consignar que o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, ao lado daquele na capital paulista, são hoje os únicos Tribunais de Contas Municipais do país.

25. Este fato decorre do entendimento que se cristalizou em torno do § 4º do art. 31 da Carta Magna, a quem se deu estrita interpretação literal, segundo a qual, embora proibida a criação de novos Tribunais de Contas Municipais, deveriam ser preservados aqueles já existentes. E, à época, os únicos já existentes eram precisamente o carioca e o paulista.

26. Não é sem menos que as cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo eram as únicas, à época, com Tribunal de Contas Municipal: trata-se de cidades que, isoladamente, têm orçamento superior à grande maioria dos Estados brasileiros. Em verdade, os orçamentos das cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo estão entre os dez maiores de nossa Federação.

27. Neste contexto, ficaram —excepcionalmente— preservados os Tribunais de Contas Municipais do Rio de Janeiro e de São Paulo, situação sem par em nossa estrutura jurídico-política atual, onde os Municípios, como regra geral, não dispõem de Tribunais de Contas.

28. Assim, desponta como mui grave o efeito do Decreto 19.496/01, que inclui na dotação orçamentária do Poder Legislativo Carioca a dotação orçamentária própria do Tribunal de Contas correspondente. Isto gera uma situação iníqua e ilógica: enquanto o Poder Legislativo dos municípios em geral têm um percentual da receita municipal destinado somente à Câmara de Vereadores, o Poder Legislativo Carioca teria *um só e mesmo percentual da receita municipal* para dar conta da Câmara de Vereadores e mais do Tribunal de Contas.

29. Vê-se, então, que, a bem da argumentação — *mesmo acatando a corrente minoritária que situa o Tribunal de Contas dentro do Poder Legislativo* — a limitação da EC 25/00 não poderia incidir sobre o Poder Legislativo Municipal do Rio de Janeiro.

30. Com efeito, se a limitação orçamentária constante da EC 25/00 funciona para os mais de cinco mil municípios que não têm Tribunal de Contas, isto seria já suficiente para que se não a aplicasse nos dois únicos Municípios (Rio de Janeiro e São Paulo) que têm Tribunal de Contas, pois *aquela limitação da EC 25/00 foi elaborada tendo em conta a regra geral, que é não ter Tribunal de Contas no Município* (art. 31, § 4º, da CF). Por imperativo lógico-jurídico, não pode a limitação orçamentária prevista para X (Municípios só com Câmara) valer para X+Y (Municípios com Câmara e Tribunal de Contas), mormente quando X+Y representa uma exceção de dois sobre mais de cinco mil — *i.e.*, menos de 0.05%, ou um décimo de meio por cento!!!

31. Realmente, o percentual da receita previsto para suprir a Câmara não logrará suprir a Câmara **mais** o Tribunal de Contas.

32. Enfim, *mesmo em se optando por incluir doutrinariamente o Tribunal de Contas dentro do Poder Legislativo*, é intuitivo que, nos Municípios que têm Câmara de Vereadores e Tribunal de Contas, a verba orçamentária para o "Poder Legislativo" deverá ser percentualmente maior que a verba para o Poder Legislativo dos Municípios que não têm Tribunal de Contas. Pois tratar de forma igualitária aqueles que, em essência, sejam desiguais fere o princípio da isonomia material.

Pelo exposto, o parecer é no sentido de se argüir a inconstitucionalidade do Decreto 19.496/01, por ofensa aos artigos 124, § 3º (c/c 123, § 6º e 152, §§ 1º e 2º), 344 (c/c 7º e 343) e 209, III, e §§ 5º, 6º e 8º, da Carta Estadual.

Rio de Janeiro, 08 de fevereiro de 2.001.

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.

JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO

Procurador-Geral de Justiça

Ilegalidade de resolução do Conselho Federal de Medicina que restringe o poder requisitório do Ministério Público.

ASSESSORIA DE ASSUNTOS INSTITUCIONAIS
Procedimento Administrativo MP- nº 34.803/02.

Comunicante: *Chefe da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro.*

Assunto: *Comunicação sobre a impossibilidade de atendimento de requisições de prontuários médicos.*

Prerrogativas dos membros do Ministério Público. O poder de requisitar informações, garantido pela Constituição e pela legislação infraconstitucional aos membros do Ministério Público, não pode ser obstado por qualquer dos Poderes da União ou, mesmo, por regulamentos editados por corporações destinadas à fiscalização profissional. A Resolução nº 1.605/2000 do Conselho Federal de Medicina, que veda o acesso a quaisquer prontuários médicos, ainda que relativos às vítimas de infrações penais, não é aplicável ao Ministério Público. Inteligência do art. 129, VI, da Constituição da República, do art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75/93, do art. 26, I, b, e seu § 2º, e art. 80 da Lei nº 8.625/93 e do art. 35, §§ 2º e 6º, da Lei Complementar Estadual nº 106/03. Sigilo legal, ademais, seja sob a ótica semântica, seja sob o prisma axiológico, haverá de ter sua gênese vinculada à lei, não sendo a Resolução do Conselho Federal de Medicina o meio adequado para instituí-lo. Em relação aos prontuários médicos das vítimas de infrações penais, não há propriamente incursão no direito à intimidade, pois, além de tais informações não estarem adstritas à individualidade da pessoa, o objetivo da requisição está diretamente relacionado à persecução penal e à segurança pública, que possuem peso nitidamente superior àquele. Além disso, tangenciar o direito à intimidade não guarda similitude com a sua violação.

I

1. O Ilmo. Sr. Chefe da Polícia do Estado do Rio de Janeiro encaminha a V. Exa., para ciência e adoção das providências cabíveis, cópia de expediente remetido pela Coordenadoria de Polícia Técnico-Científica/POLTEC, noticiando que, por força da Resolução nº 1.605/2000, do Conselho Federal de Medicina, constitui violação ao "segredo profissional" o atendimento à requisição de prontuários médicos por autoridade policial ou judicial. Em sendo necessária a realização de perícia, somente o perito do juízo poderá ter acesso a tais informações.

2. Instruem o procedimento: a) cópia da Resolução nº 1.605/2000 do Conselho Federal de Medicina (fls. 05/06); b) parecer da Secretaria de Estado de Segurança Pública (fls. 10/14); e c) parecer da Procuradoria Geral do Estado às fls. 19/21.

II

3. O Conselho Federal de Medicina, com esteio no art. 5º, X, da Constituição da República, que consagra o direito à intimidade, e nas normas penais que buscam coibir a divulgação de segredo profissional, editou a Resolução nº 1.605/2000. Em suas linhas gerais, referido ato veicula uma regra geral e algumas poucas exceções. A regra é a impossibilidade de revelação do conteúdo de prontuário ou ficha médica, sem consentimento do paciente (art. 1º). Como exceções, são contempladas as seguintes situações em que seria admissível a divulgação: a) comunicação compulsória de doença referida no art. 269 do Código Penal; b) durante a instrução criminal, em havendo ordem judicial, circunstância em que somente o perito do juízo terá acesso às referidas informações; c) em atendimento a requisição do Conselho Federal de Medicina; e d) na defesa judicial do médico.

4. Como se percebe, a requisição formulada pelo Ministério Público não integra o rol de exceções que, no entender do Conselho Federal de Medicina, podem ensejar o acesso a informações médicas.

5. A eficácia dessa Resolução, no entanto, pressupõe seja ela válida, pois somente assim terá aptidão para produzir os efeitos almejados, com a conseqüente obstaculização do poder de requisição constitucionalmente assegurado ao Ministério Público. O objeto do parecer, assim, é justamente a aferição desse requisito essencial.

6. Para maior clareza da exposição, parece-nos relevante transcrever o inteiro teor da referida Resolução, *in verbis*:

"RESOLUÇÃO CFM nº 1.605/2000

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº

44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO o disposto no art. 154 do Código Penal Brasileiro e no art. 66 da Lei das Contravenções Penais;

CONSIDERANDO a força de lei que possuem os artigos 11 e 102 do Código de Ética Médica, que vedam ao médico a revelação de fato de que venha a ter conhecimento em virtude da profissão, salvo justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente;

CONSIDERANDO que o sigilo médico é instituído em favor do paciente, o que encontra suporte na garantia insculpida no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que o “dever legal” se restringe à ocorrência de doenças de comunicação obrigatória, de acordo com o disposto no art. 269 do Código Penal, ou à ocorrência de crime de ação penal pública incondicionada, cuja comunicação não exponha o paciente a procedimento criminal conforme os incisos I e II do art. 66 da Lei de Contravenções Penais;

CONSIDERANDO que a lei penal só obriga a “comunicação”, o que não implica a remessa da ficha ou prontuário médico;

CONSIDERANDO que a ficha ou prontuário médico não inclui apenas o atendimento específico, mas toda a situação médica do paciente, cuja revelação poderia fazer com que o mesmo sonegasse informações, prejudicando seu tratamento;

CONSIDERANDO a freqüente ocorrência de requisições de autoridades judiciais, policiais e do Ministério Público relativamente a prontuários médicos e fichas médicas;

CONSIDERANDO que é ilegal a requisição judicial de documentos médicos quando há outros meios de obtenção da informação necessária como prova;

CONSIDERANDO o parecer CFM nº 22/2000;

CONSIDERANDO o decidido em Sessão Plenária de 15.9.00;

RESOLVE:

Art. 1º - O médico não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica.

Art. 2º - Nos casos do art. 269 do Código Penal, onde a comunicação de doença é compulsória, o dever do médico restringe-se exclusivamente a comunicar tal fato à autoridade competente, sendo proibida a remessa do prontuário médico do paciente.

Art. 3º - Na investigação da hipótese de cometimento de crime o médico está impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo criminal.

Art. 4º - Se na instrução de processo criminal for requisitada, por autoridade judiciária competente, a apresentação do conteúdo do prontuário ou da ficha médica, o médico disponibilizará os documentos ao perito nomeado pelo juiz, para que neles seja realizada perícia restrita aos fatos em questionamento.

Art. 5º - Se houver autorização expressa do paciente, tanto na solicitação como em documento diverso, o médico poderá encaminhar a ficha ou prontuário médico diretamente à autoridade requisitante.

Art. 6º - O médico deverá fornecer cópia da ficha ou do prontuário médico desde que solicitado pelo paciente ou requisitado pelos Conselhos Federal ou Regional de Medicina.

Art. 7º - Para sua defesa judicial, o médico poderá apresentar a ficha ou prontuário médico à autoridade competente, solicitando que a matéria seja mantida em segredo de justiça.

Art. 8º - Nos casos não previstos nesta resolução e sempre que houver conflito no tocante à remessa ou não dos documentos à autoridade requisitante, o médico deverá consultar o Conselho de Medicina, onde mantém sua inscrição, quanto ao procedimento a ser adotado.

Art. 9º - Ficam revogadas as disposições em contrário, em especial a Resolução CFM nº 999/80.

Brasília-DF, 15 de setembro de 2000.

7. Sob o aspecto formal, inexistem dúvidas, a teor da Lei nº 3.268/57, de que o Conselho Federal de Medicina é competente para editar normas que regulamentem a profissão médica. Tratando-se de atos normativos secundários, é imperativo que estejam em harmonia com a Lei que autoriza a sua edição, bem como com as demais espécies normativas que coexistem no ordenamento jurídico.

8. Não obstante o teor aparentemente restritivo da referida Resolução, entendemos que ela não alcança o poder de requisição do Ministério Público, consagrado em âmbito constitucional e infraconstitucional. O exercício de um poder regulamentar, como se sabe, não pode criar hipóteses novas de sigilo e, muito menos, restringir comandos editados pelo legislador e pelo Poder Constituinte originário.

9. A Constituição de 1988 conferiu um novo colorido ao Ministério Público, alçando-o à condição de função essencial à Justiça e conferindo-lhe a atribuição de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Na sempre lúcida lição do Mestre BARBOSA MOREIRA, "... alarga-se em medida notável o âmbito de atividade do Ministério Público, investido por sucessivos diplomas legais de legitimação para agir em juízo na defesa de direitos e interesses que nem sempre ultrapassam as divisas do terreno privado. Se o observador quisesse valer-se de nomenclatura clássica, embora nem sempre isenta de ambigüidade, poderia dizer que o processo civil brasileiro se vai colorindo, em áreas cada dia mais extensas, de tonalidades inquisitórias; ou, para evitar mal-entendidos, que nele a componente publicística vai tendendo a ocupar espaço após espaço e a deixar campo restrito para o jogo de poder de disposição dos particulares" (em *Revista da Faculdade de Direito da UERJ* — Renovar — Rio, nº 3, p. 312).

10. Para instrumentalizar o exercício de suas relevantes atribuições, ao Ministério Público foi outorgado o poder de requisitar as informações necessárias ao seu exercício, informações estas que, em última *ratio*, se destinam, tão-somente, à consecução de suas atividades finalísticas, não sendo um fim em si mesmas. Assim, garantir-lhe os fins e retirar-lhe os meios seria o mesmo que lhe negar a própria existência.

11. O poder de requisição do Ministério Público tem seu alicerce básico no art. 129 da Constituição da República, o qual está assim redigido:

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

VI – expedir notificação nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva..."

12. Na senda do preceito constitucional, segundo o qual as requisições seriam realizadas na forma da lei complementar respectiva, foi editada a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), cujo art. 8º possui a seguinte redação:

"Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

(...)

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

(...)

IV - requisitar documentos e informações a entidades privadas;

V- realizar inspeções e diligências investigatórias;

(...)

§ 1º O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal;

§ 2º *Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido (...)* (grifo nosso).

13. Como deflui do art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75/93, o poder de requisição do Ministério Público da União não pode ser obstado com a oposição da exceção de sigilo, o que é justificável, pois apresenta um nexo de encadeamento lógico com a própria atividade finalística da Instituição. Referido preceito, a exemplo das demais normas constantes da Lei Complementar nº 75/93, é subsidiariamente aplicável ao Ministério Público dos Estados (art. 80 da Lei nº 8.625/93: *"Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União"*), denotando claramente que a Resolução nº 1.605/2000 do Conselho Federal de Medicina não pode ser oposta ao Ministério Público.

14. Não bastasse o estatuído pela Lei Complementar nº 75/93, a Lei nº 8.625/93 caminha no mesmo norte, *in verbis*:

"Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

(...)

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de

qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir os procedimentos ou processos em que officie;

(...)

§ 2º - O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo" (grifo nosso).

15. Preceito de igual natureza foi inserido na Lei Complementar Estadual nº 106/03, diploma que veicula a Lei Orgânica Estadual do Ministério Público, *in verbis*:

"Art. 35. No exercício de suas funções, cabe ao Ministério Público:

(...)

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades e outros órgãos federais, estaduais e municipais, bem assim das entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das entidades sem fins lucrativos que recebam verbas públicas ou incentivos fiscais ou creditícios;

(...)

§ 2º. O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo;

(...)

§ 6º. Só poderão ser requisitadas informações de caráter sigiloso para instruir procedimentos em curso, de atribuição do requisitante, que deverá indicar o número do processo e, quando for o caso, o motivo da requisição".

16. À luz do que foi dito, vê-se que o Ministério Público tem o poder de requisitar as informações necessárias ao exercício de suas funções, não podendo nenhuma autoridade opor-lhe o caráter sigiloso da informação. Nesse particular, uma resolução jamais poderia restringir o alcance da lei ou da Constituição. Em obra intitulada *Improbidade Administrativa* (Editora Lumen Juris, 1ª ed., 2ª tiragem, p. 30), assim nos pronunciamos sobre o conteúdo do princípio da legalidade, *in verbis*:

"Partindo-se da própria etimologia da expressão, seria inevitável a assertiva de que a identificação do conteúdo do princípio da legalidade não comporta maiores dificuldades. Legalidade deriva de lei, logo, nada mais coerente do que situar no âmbito da lei o conteúdo do princípio da legalidade. Coerência à parte, são múltiplas as vozes que buscam conferir maior amplitude à concepção de legalidade, passando a concebê-la como um elemento aglutinador de todas as normas de conduta cuja observância seja cogente pela Administração.

Aproveitando-nos da pesquisa realizada por CHARLES EISENMANN ¹, podemos identificar três tendências a respeito da matéria. Para ANDRÉ DE LAUBADÈRE (*Traité*, nº 369), a legalidade é o conjunto: "a) das leis constitucionais; b) das leis ordinárias; c) dos regulamentos; d) dos tratados internacionais; e) dos usos e costumes; f) das normas jurisprudenciais, entre as quais, em primeiro lugar, os princípios gerais do direito - ou seja, quatro elementos de caráter 'escrito', dos quais os dois primeiros formam o 'bloco legal' (HAURIU), os três primeiros o 'bloco legal das leis e regulamentos', e dois elementos de caráter não escrito." GEORGES VEDEL (*La Soumission de l'Administration à la loi*, nº 47) encampa uma posição ainda mais ampla de legalidade, acrescentando que "às regras de direito obrigatórias para a Administração vêm unir-se as normas peculiares que as vinculam - as dos atos administrativos individuais e as dos contratos. Assim, compõem o 'bloco da legalidade' a totalidade das normas cuja observância impor-se-ia à Administração; a legalidade se identifica então pura e simplesmente com a regulamentação jurídica em seu todo, com o 'direito vigente'". Por último, tem-se a noção originária e restritiva do princípio da legalidade, impondo à Administração a observância das normas criadas pela legislador; as quais se reduzem à lei (*lato sensu*).

Feita essa breve exposição a respeito das correntes existentes, resta melhor analisar o tema sob a ótica do Estado Democrático de Direito. Como fora visto

¹ "O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade", RDA nº 56/47.

no item anterior, a concepção de Estado de Direito encontra-se estritamente atrelada à necessidade de obediência, por parte da Administração, da norma de conduta a todos imposta. Aqui, norma guarda identidade com lei, não apresentando equivalência com a amplitude da noção de regra de conduta. Limita-se a indicar uma espécie desta, a qual deve ser estabelecida pelo Parlamento com estrita observância do processo legislativo pertinente. Essa posição é robustecida quando se constata que ao Estado de Direito foi acrescido o designativo *democrático*, o qual pressupõe a participação popular na condução do destino do ente público, o que inclui a produção normativa.

Além do elemento histórico, não se deve perder de vista que o desmesurado elasticamento do princípio da legalidade terminará por associar efeitos diversos de institutos distintos. Ainda segundo EISENMANN, "não seria extremamente lamentável qualificar o direito jurisprudencial - e o direito costumeiro também - por elementos da legalidade, enquanto que, na teoria das fontes do direito, todos concordam em colocá-los, necessariamente, em oposição à lei, ao direito legislativo?"

Para aqueles que adotam a teoria extensiva do princípio da legalidade, o regulamento seria elemento componente de seu conteúdo. No entanto, como será visto por ocasião do estudo dos conceitos material e formal dos atos funcionais, regulamento não guarda similitude com lei, sendo tão somente um ato administrativo dotado de maior abstração e generalidade. Com isto, não se nega que, entrando em vigor, o regulamento tem força obrigatória para todos², mas não pode ser ele considerado elemento integrante do princípio da legalidade.

² Na lição de FORSTHOFF (*Traité de Droit Administratif Allemand*, traduit de l'allemand par Michel Fromont, Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1969, p. 226), ele deve ser observado não somente pelos cidadãos, como também pelas autoridades públicas, quer estejam situadas acima ou abaixo da autoridade que editou o regulamento. Mesmo esta autoridade encontra-se limitada por ele. Ela pode ab-rogá-lo ou modificá-lo, mas enquanto o regulamento estiver em vigor, ela deve aplicá-lo. Seria equivocado, segundo o Mestre germânico, querer deduzir por um raciocínio a *maiore ad minus* que a autoridade que pode editar o regulamento pode tomar as decisões particulares que o contrariam, concluindo que esse raciocínio não é possível senão quando se trate de modalidades de ação qualitativamente idênticas. O poder de assentar as normas gerais e o poder de agir em um caso particular não são da mesma natureza, o que afasta essa possibilidade.

Sendo o princípio da legalidade verdadeira norma fundamental do Direito Administrativo, não é possível dizer que os regulamentos vinculem a Administração com intensidade semelhante às leis. Os regulamentos são confeccionados pela Administração com obediência à lei. A lei, por sua vez, é imposta à Administração pelo Poder responsável pela produção normativa. Assim, ainda que os agentes que ocupem um grau inferior da escala hierárquica devam obedecer os regulamentos de forma irrestrita, ao responsável por sua edição sempre restará a possibilidade de revê-los. Enquanto permanecerem em vigor, os regulamentos condicionarão os atos administrativos que tangenciem as matérias por eles reguladas, mas essa relação de subordinação, a exemplo do que ocorre entre o regulamento e a lei, não os erige a uma posição de igualdade com esta última, já que axiologicamente distintos.

O que foi dito em relação aos regulamentos é igualmente aplicável aos atos e aos contratos administrativos, cujos efeitos, em que pese vincularem a Administração, surgem a partir de uma iniciativa desta, o que não se confunde com o efeito genérico e abstrato da lei.

O princípio da legalidade não deve ser estendido a ponto de alcançar todo e qualquer ato que imponha determinado comportamento ao Poder Público, pois concepção como essa desvirtuaria a própria natureza das coisas, rompendo com os alicerces do Estado Democrático de Direito. Entendemos mais consentânea com a pureza dos institutos, a adstrição da concepção de legalidade às normas editadas pelos órgãos a quem o texto constitucional outorgou, com a observância de um procedimento previamente estabelecido, a produção normativa, o que faz com que referido princípio tenha seus contornos traçados pela lei em sentido material.

A adoção da posição restritiva em relação ao princípio da legalidade não deve ser interpretada como negação da existência de outras normas, além das produzidas pelo Poder Legislativo (*v.g.*: regulamentos), que servirão como parâmetros de

aferição da legitimidade dos atos administrativos. Como frisou EINSEMANN ³, “é bem certo que o princípio de legalidade implica na obrigação de respeitar todas as normas de direito e mesmo as normas publicadas pelas autoridades às quais a própria lei dá poder para tanto: sujeitando-se a elas, por exemplo, cumpre-se indiretamente a lei, a norma legislativa de competência”, complementando que “não haveria interesse algum em asseverar um ‘princípio de regularidade’ dos atos administrativos, do qual o ‘princípio da legalidade’ não seria senão uma das especificações, porque, como já se salientou, este ‘princípio’, por si mesmo, não teria conteúdo algum definido: remitido implicitamente ao rol das fontes do direito administrativo, ele próprio se reduziria, em suma, a esta pobre tautologia segundo a qual os órgãos administrativos devem respeitar as normas, e de forma ainda mais plena, as normas que os vinculam”.

17. No voto proferido no Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 7.423-SP, o Ministro Milton Luiz Pereira, em argumento acolhido à unanimidade pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, afirmou que:

“O processualista JOAQUIM CABRAL NETTO, ao dissertar sobre o poder de requisição do Ministério Público, escreveu:

“Diversas leis são claras ao dispor que o Ministério Público pode requisitar diligências, documentos e informações. A Constituição Federal (art. 129, VI) deu-lhe o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva. Deu-lhe, outrossim, o poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 129, VIII). O Código de Processo Penal já estabelece aquele poder requisitório em seus arts. 5º, II, 13, II e 47. A Lei Complementar nº 40/81, em seu art. 15, I, manteve essa posição, aplicando-

³ *Op. cit.*, p. 55.

a às repartições da Administração direta ou indireta, mas, vedando-o às hipóteses legais de sigilo e de segurança nacional... No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: a) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; b) requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processos em que officie”.

E, citando o § 2º do art. 26 da Lei de nº 8.625/93, continua:

“§ 2º — O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo”.

E arremata:

“Requisição é um dos atos processuais inerentes às funções do Ministério Público. Tornaghi diz que requisitar é pedir aquilo que deve ser feito. Tourinho observa que requisição é exigência legal. Eliezer Rosa registra que requisição é comunicação de vontade de que se realize certa conduta prevista em lei, e dirigida a destinatário que deverá pô-la em obra, sem possibilidade legal de desatendê-la”.

E, na sua conclusão especificamente sobre o sigilo, adverte:

“Em desenvolvimento a essa colocação, aduz ele que a redação do inciso I do art. 15 da Lei Complementar nº 40/81, permite a requisição de informações, ressalvadas as hipóteses de sigilo e de segurança nacional, o que opõe uma verdadeira exceção ao direito de requisição. Por sua vez, o inciso IV daquele

artigo permite a requisição de informações, resguardando o direito de sigilo, ou seja, não há a mesma ressalva, pois que, nos casos legais, pode ter o Promotor acesso a informação sigilosa (o que não ocorreria nos casos do inciso I) mas desta vez incumbe a este último o dever de resguardar o sigilo, se o exigir o titular do direito ao segredo" (*Instituições de Processo Penal*, pp. 195/197).
(...)

É entendimento assente na doutrina que o Ministério Público, em face da legislação vigente (L.C. n° 75/93, art. 8°, §§ 1° e 2° e Lei n° 8.625/93, art. 80) tem acesso até mesmo às informações sob sigilo, "não sendo lícito a nenhuma autoridade opor-lhe exceção de sigilo" (HUGO MAZZILLI, *Regime Jurídico do Ministério Público*, pp. 407 a 409; NELSON NERY JÚNIOR, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 1.425). (RSTJ n° 102/64)

18. Além de não estar acobertado pelo sigilo legal, o fornecimento de informações concernentes à vítima de uma infração penal é imprescindível, em muitos casos, à própria consecução do interesse público. A intimidade, a exemplo da vida privada do indivíduo, não pode servir de escudo ou anteparo àqueles que lesam o interesse público na mais reprovável de suas vertentes, vale dizer, com a prática de infrações penais. O interesse público, em muitos casos, como no presente, sobrepõe-se ao interesse individual do cidadão, reclamando adequada e rigorosa apuração de fatos que atentam contra a estabilidade das relações jurídicas e a segurança social. *In casu*, a partir de um exercício de ponderação dos interesses em tela, questiona-se: o fornecimento de informações concernentes à vítima de uma infração penal, cuja persecução é deflagrada com o ajuizamento de ação penal pública incondicionada, causa maior lesividade à sua privacidade do que a paralisação de uma investigação ou que o inevitável insucesso de uma ação penal, em razão da não-comprovação da materialidade dos fatos, causa ao interesse público? Em situação como essa, o interesse público haverá de prosperar, não só em razão de seu maior peso e dimensão, como também em virtude da insignificante lesão à privacidade do cidadão, pois a lesão causada à vítima normalmente é do conhecimento das autoridades incumbidas da persecução penal, somente sendo necessários maiores esclarecimentos sobre sua exata dimensão e sede.

19. Um dos fundamentos que sustentam a Resolução ora analisada e o parecer da Procuradoria Geral do Estado, que prestigia a sua legalidade, consiste na assertiva de que o dever de os médicos velarem pelo sigilo dos prontuários médicos (*rectius*: prontuários médicos das vítimas de crime) tem como alicerce

constitucional o direito fundamental à intimidade e à vida privada (art. 5º, X, da CR/88). Segundo o art. 5º, X, da Carta de 1988, a todos é assegurado o direito “à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral, decorrente de sua violação”. Como se vê, em linha de princípio, o texto constitucional indica que, ressalvadas as exceções por ele expressamente contempladas, a regra é a inviolabilidade dos bens jurídicos ali relacionados. O art. 5º, XII, por sua vez, dispõe que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual”. Enquanto o preceito anterior veicula uma norma eminentemente ampla, sendo passível de integração e ponderação com outros valores, o art. 5º, XII, possui menor abstração e maior especificidade, contendo uma norma que independe de qualquer integração e cuja aplicação, em linha de princípio, não pode ser afastada senão na hipótese expressamente contemplada.

20. Assim, como manifestação do direito à intimidade, é inviolável o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados; já o sigilo das comunicações telefônicas, contemplado na segunda parte do preceito, pode ser afastado por ordem judicial, em sendo necessário à investigação criminal ou à instrução processual. Não obstante a redação aparentemente restritiva desse último preceito, que somente se refere, de forma expressa, à possibilidade de quebra do sigilo telefônico, inexistem dúvidas de que o direito à intimidade é uma garantia meramente relativa - já que inadmissíveis direitos absolutos em um Estado de Direito eminentemente pluralista -, podendo ser afastado para a salvaguarda de outros bens jurídicos igualmente tutelados pela Constituição (v.g.: a persecução penal e a segurança pública).

21. Alguém sustentaria a ilicitude da conduta daquele que violou a correspondência alheia com o fim, único e exclusivo, de salvar a vida de outrem? Em uma situação como essa, o direito à vida não deve ser prestigiado em detrimento da intimidade? Considerando a amplitude semântica do vocábulo “*dado*” (elemento ou base para a formação de um juízo), constante do art. 5º, XII, da Constituição, que, acaso acolhida, tornaria letra morta a regra do art. 129, VI, norma legitimadora do poder de requisição do Ministério Público, é imperativo compatibilizá-lo com o princípio do art. 5º, X. Com isto, poderemos concluir que somente os *dados* que constituam, na pureza de sua concepção, estrita projeção do direito à intimidade, estarão cobertos pelo sigilo. Encampano a lição de EDILSON PEREIRA DE FARIAS (*Colisão de Direitos - A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, p. 137), é possível afirmar que a “intimidade pode ser definida como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só”. Como se vê, trata-se de noção de amplitude eminentemente restrita, não alcançando toda e qualquer informação referente à pessoa.

22. À guisa de ilustração, podemos mencionar duas situações fáticas semelhantes, mas que merecem um tratamento diferenciado: a) *Tício* adoece e é

atendido por um médico. Neste caso, o prontuário médico pode ser visto como projeção do seu direito à intimidade, pois o respectivo conteúdo apenas a ele interessa e somente pode ser revelado em sendo demonstrada a preponderância, no caso concreto, de um outro princípio igualmente contemplado no texto constitucional (v.g.: a saúde pública); b) *Tício* é alvejado por disparos de arma de fogo em uma tentativa de roubo. Aqui, o auto de exame de corpo de delito ou, mesmo, o seu prontuário médico não consubstanciará mera projeção do seu direito à intimidade, isto porque tal informação, longe de dizer respeito exclusivamente à sua pessoa, é imprescindível à preservação do bem-estar de todos (art. 3º, IV, da CR/88), já que necessária à persecução penal e à própria repressão da criminalidade. O foro de análise, assim, é deslocado do mal que acomete a pessoa para a sua condição de vítima de uma infração penal. Em situações tais, não se tratando de matéria inerente unicamente ao direito à intimidade, poderá o Ministério Público requisitar diretamente tais informações, ainda que sejam consideradas sigilosas. Esse entendimento deflui do disposto no art. 129, VI, da Constituição da República (*"São funções institucionais do Ministério Público: (...) expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;"*) e da regra do art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75/93 (*"Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido".*), aplicável subsidiariamente aos Ministérios Públicos Estaduais por força do art. 80 da Lei nº 8.625/93.

23. Considerando a amplitude da estrutura principiológica veiculada no art. 5º, X, da Constituição e a norma de exceção constante do inciso XII do mesmo preceito, não há dúvidas de que o direito à intimidade e, por via reflexa, o sigilo que dele seja projeção, tem estatura constitucional, o que, em princípio, restringiria o poder requisitório do Ministério Público. Apesar disso, por inexistirem direitos absolutos em um Estado de Direito, o que constitui um pressuposto necessário para a coexistência de múltiplos direitos de importância similar, não poderá o Ministério Público realizar, no caso concreto, um juízo de ponderação, prestigiando um direito em detrimento de outro? Ao nosso ver, a resposta deve ser afirmativa, pois a própria *ratio essendi* do Ministério Público, como Instituição voltada à defesa da sociedade e essencial à consecução do ideal de justiça, acrescido do poder requisitório que a Constituição lhe outorgou, está a autorizar essa conclusão.

24. Além de estar autorizado a requisitar as informações que não estejam estrita e primordialmente relacionadas ao direito à intimidade, poderá o Ministério Público, indicando o fundamento de suas conclusões, realizar a ponderação dos valores envolvidos e ter acesso a informações consideradas sigilosas, desde que a Constituição não tenha limitado tal acesso ao Judiciário, como no caso das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, da CR/88). Àquele que sentir prejudicado em seus direitos sempre restará a possibilidade de perquirir, junto ao Judiciário, a regularidade da requisição formulada, ocasião em que seria

afetada a correção das conclusões originárias do exercício de ponderação (art. 5º, XXXV, da CR/88). Esse entendimento, no entanto, não vem sendo acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, sob o argumento de dispensar ao preceito interpretação conforme à Constituição, tem limitado o alcance do art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75/93 nas hipóteses em que haja estrita e nítida superposição entre o direito à intimidade e a informação sigilosa, como ocorre no sigilo bancário, o que tornaria necessária a intervenção judicial para a imparcial ponderação dos bens envolvidos e conseqüente autorização de acesso à referida informação (*vide* DANIEL LIMA RIBEIRO, "O Supremo Tribunal Federal e a possibilidade de requisição direta, pelo Ministério Público, de informações protegidas pelo sigilo bancário...", *Revista do MPRJ* nº 16, no prelo).

25. De qualquer modo, é importante repetir que, em se tratando de informação que tão-somente tangencie com o direito à intimidade, mas com reflexos imediatos - e quiçá mais amplos - sobre outros bens jurídicos, poderá o Ministério Público requisitar diretamente a informação com arrimo no art. 129, VI, da Constituição da República. Nesse caso, a Instituição não realizará propriamente um juízo de ponderação entre os bens envolvidos, mas, sim, requisitará informações estritamente atreladas a um deles, ainda que, de forma reflexa, alcancem o outro. Essas situações, que serão objeto de valoração caso a caso, regra geral, apresentarão pouca, ou nenhuma, potencialidade lesiva ao direito à intimidade, o que reforça a conclusão de que não é ele a pedra angular da análise a ser realizada. Um dos exemplos que aprioristicamente apresentam esse contorno é justamente o objeto deste parecer: a requisição de prontuário ou boletim de atendimento médico de vítima de infração penal, tendo por fim apurar a natureza das lesões originárias desta. Em sendo prestigiada a tese de que o acesso a tais informações viola o direito à intimidade, pouco tardará até que se "evolua" a ponto de considerar que o próprio auto de exame de corpo de delito o viola: ou será que alguém sustenta que o designativo de um documento é mais relevante que suas características intrínsecas? Tendo tais documentos conteúdo praticamente idêntico, a eles haverá de ser dispensado tratamento similar, o que, com a devida vênia, não encontra ressonância na lógica do razoável, isto para lembrarmos a sugestiva expressão de RECASÉNS SICHES.

26. Como desdobramento do exposto, é possível afirmar que, por contrariar a normatização de regência do poder requisitório do Ministério Público, é ilegal a Resolução nº 1.605/00 do Conselho Federal de Medicina. Da ilegalidade defluiu a sua ausência de validade. Tratando-se de ato inválido, não é ele apto a produzir efeitos jurídicos; logo, ineficaz em relação ao Ministério Público.

27. Considerando que a Resolução do Conselho Federal de Medicina não é propriamente um ato normativo primário, pois, no mesmo passo em que aufere seu fundamento de validade na Lei nº 3.268/57, viola frontalmente a legislação federal e estadual concernente ao Ministério Público, não entendemos possível a deflagração do controle concentrado de constitucionalidade. Além disso, tendo tal Resolução caráter genérico, qualquer irresignação haverá de ser direcionada aos atos concretos que nela busquem amparo. Este, aliás, é o entendimento que vem sendo encampado pelo Superior Tribunal de Justiça ("*Toda vez que o ato*

administrativo, por sua natureza, produzir efeitos concretos e imediatos, ele perde a sua característica de ato normativo" - STJ, 2ª Turma, RMS nº 775-SP, rel. Min. José de Jesus Filho, j. em 18.11.91, unânime, RSTJ nº 27/212). Assim, em sendo violado direito líquido e certo do Ministério Público, conforme art. 5º, LXIX, da Constituição e Lei nº 1.533/51, é cabível a impetração de mandado de segurança. 28. No que concerne à atribuição para a impetração do *writ*, é ela do órgão ministerial que venha a ter o seu direito líquido e certo tolhido pela autoridade coatora.

III

29. É o que parece a esta Assessoria.

Rio de Janeiro, 24 de janeiro de 2003.

EMERSON GARCIA
Promotor de Justiça
Assistente

De acordo:

FERNANDO CHAVES DA COSTA
Procurador de Justiça
Assessor de Assuntos Institucionais

Aprovo. Encaminhe-se cópia do parecer aos doutos órgãos referidos no despacho de fl. 29. Publique-se e arquite-se.

ANTÔNIO VICENTE DA COSTA JÚNIOR
Procurador-Geral de Justiça

Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso Público. Notário. Princípio da publicidade. Vinculação das questões formuladas ao programa constante do edital. Prova de Processo Civil. Interpretação restritiva dos itens do programa. Perfeita correspondência entre os temas - discricionariamente - apontados e as questões - vinculativamente - elaboradas. Possibilidade de controle pelo Judiciário. Atribuição da integralidade dos pontos ao candidato. Princípio da igualdade. Provimento do recurso.

Recurso Ordinário n. 2001.140.00001

Recorrente: Carlos Roberto Teixeira Guimarães.

Recorrido: Corregedor-Geral da Justiça do Rio de Janeiro.

Mandado de Segurança. Concurso Público. Tabela. Vinculação das questões da prova ao programa do edital. Possibilidade de controle judicial. Legalidade. Atribuição dos pontos correspondentes às questões anuladas. Provimento do recurso.

PARECER

Trata-se de mandado de segurança impetrado por candidato ao Concurso Público para Admissão nas Atividades Notariais e de Registro, promovido pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Tendo sido reprovado na prova dissertativa, segunda etapa do certame, insurge-se contra a decisão da autoridade coatora que, em recurso hierárquico, indeferiu a anulação de determinadas questões do exame, as quais versariam sobre temas não previstos no programa do concurso, ao argumento de que "não existiu o pretendido desvio programático" (fls. 42).

Sustenta o impetrante que há três questões de Processo Civil não abrangidas pelo programa do concurso, versando sobre cumulação de pedidos, intervenção de terceiros e legitimidade processual ou condições da ação, pelas quais lhe foram atribuídos apenas 5 pontos, sendo de 20 pontos o seu valor total (fls. 29). O programa foi publicado juntamente com o edital (fls. 25) e refere apenas a "Processo: formação, suspensão e extinção (noções gerais)", rubrica sob a qual a autoridade alega estarem compreendidos aqueles temas, objeto das questões impugnadas. Requer a concessão da segurança para anular as referidas questões e obter a pontuação total correspondente, com a qual alcançará aprovação no certame, com a nota de 58, resultante da soma da nota originalmente atribuída (43) com o valor das questões anuladas (15).

A liminar foi indeferida (fls. 50), ante a possibilidade de “prejuízo sério” causado à Administração do Tribunal pelo acolhimento da pretensão, tendo sido afinal a segurança denegada, por decisão assim ementada (fls. 92):

“Mandado de segurança. Pretensão à invalidação de questões de prova em concurso público para Notário. Inocorrência de qualquer causa de invalidação. Denegação da segurança. Não havendo, na hipótese em exame, qualquer causa que pudesse justificar o pedido de invalidação, sendo o mandamus sem fundamento algum, impõe-se a sua denegação.”

Inconformado, interpôs o Impetrante recurso ordinário (fls. 102), requerendo a reforma integral do julgado, para obter a concessão da segurança. Insiste nos argumentos deduzidos na inicial, afirmando ser a elaboração das provas uma atividade vinculada aos termos do edital, não se podendo argüir os candidatos a respeito de outros assuntos que não estejam rigorosamente relacionados no programa, em lista de temas que “por mais extensa ou minuciosa que seja, há de ser sempre interpretada como exaustiva”. Invoca o princípio constitucional da publicidade, que restou vulnerado pela decisão atacada ao desrespeitar os termos do edital do concurso. Traz à colação pronunciamentos da doutrina que, em praticamente todos os manuais de Processo Civil, inclui os temas em questão em outros tópicos, e jamais em “formação, suspensão e extinção do processo”, tal como sustenta o impetrante.

Finalmente, o recorrente afirma que a anulação das questões deve conduzir à atribuição dos pontos a todos os candidatos, como única forma de se observar o princípio da igualdade que deve presidir o certame, invocando sobre a questão precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Em nova manifestação, o recorrente dá conhecimento de que persiste o seu interesse de agir, comprovando que, dos 57 candidatos aprovados, apenas 30 assumiram efetivamente os cargos, restando ainda várias serventias vagas, como se vê dos documentos de fls. 127/129.

Contra-razões do Estado às fls. 131. Sustenta o recorrido o descabimento do *mandamus*, por ausência de liquidez e certeza do direito invocado, eis que se faz necessária “amplíssima” dilação probatória. Afirma que admitir a possibilidade de rever a solução atribuída às questões significa substituir-se àquele que as formulou ou criar uma instância revisora das provas e tal pretensão, evidentemente, não pode ser acolhida. Ademais, a edição das regras do edital está inserida no mérito administrativo, impossibilitando “alterações” por parte do Judiciário, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes.

É o relatório.

O recurso foi regularmente interposto, conforme certidão de fls. 123, estando presentes os requisitos de admissibilidade.

Merece reforma a r. decisão recorrida.

Quanto ao cabimento do *writ*, não há dúvida, não só em razão da absoluta desnecessidade de novas provas, além dos documentos que constam dos autos, como porque não se trata de matéria infensa a controle judicial.

A atuação do Judiciário limita-se, exatamente como ocorre na espécie, ao exame da legalidade, ou seja, da conformidade da prova com os ditames do edital do concurso. Não há que se falar, portanto, em invasão do mérito administrativo, tratando-se de avaliação objetiva, que inobservou o regulamento do certame.

Não há tampouco interferência no julgamento da banca examinadora pois o candidato não se insurge contra critérios de correção, nem pretendê sua reapreciação, pleiteando apenas a declaração de nulidade, a qual resulta do desacordo das questões com a letra do edital do concurso público. Ao Judiciário, frise-se, será sempre dado examinar a adequação da prova às normas estabelecidas no edital, cotejando o conteúdo do programa com as questões formuladas aos candidatos.

Sobre a questão, vale citar aresto do Superior Tribunal de Justiça, examinando situação idêntica a esta dos autos:

“Processual Civil. Recurso especial. Anulação de questão de prova de concurso público. Legalidade do certame. Análise. Dilação probatória.

Desnecessidade. - Em tema de Concurso Público, é vedado ao Poder Judiciário reapreciar as notas de provas atribuídas pela Banca Examinadora, limitando-se o *judicial control* à verificação da legalidade do edital e do cumprimento de suas normas pela comissão responsável.

- A análise da legalidade e da observância das regras do edital, para fins de anulação de questões de prova, limita-se ao cotejo do conteúdo programático previsto nas normas editalícias e a matéria contida nas questões formuladas pela banca examinadora, não requerendo dilação probatória.

- Recurso especial conhecido e provido. (Sexta Turma, REsp 286344/DF, DJ 5.3.01, p. 00256, Rel. Min.Vicente Leal) ”

À toda evidência, portanto, é cabível o *mandamus*, restando indagar sobre a existência do direito líquido e certo que reclama a concessão da ordem.

Quanto à matéria de fundo, igualmente assiste razão ao recorrente. Com efeito, as questões impugnadas não se harmonizam com o programa constante do regulamento do concurso, referindo-se a temas que a melhor doutrina relaciona a outras áreas do Direito Processual, mas certamente não à “formação,

suspensão e extinção do processo”, especialmente se relativas a “noções gerais”, tal como constou no edital.

É lamentável o equívoco da autoridade coatora quando, em informações, procura justificar o ato praticado sob o fundamento de que o “Processo Civil, como todos os outros Institutos de Direito, não pode ser visto de forma estanque, parte por parte, e sim como um todo”, a sugerir então que não se faz necessária a publicação de um programa do concurso, a fim de assegurar aos candidatos a perfeita correspondência entre os temas – discricionariamente – apontados e as questões – vinculativamente – elaboradas.

O argumento decisivo, no entanto, nos é dado pelo recorrente, trazendo aos autos cópia do edital do concurso da magistratura estadual, publicado três meses antes pela mesma administração do Tribunal, cujo programa relaciona, em itens distintos, a capacidade (Ponto V), a intervenção de terceiros (Ponto VIII) e a petição inicial (Ponto IX) (fls. 43). Assim, admite o administrador a procedência do pedido formulado neste *writ*.

Finalmente, a anulação das questões há que redundar na atribuição da integralidade dos pontos e não na “redução” do valor total da prova do Impetrante a 80 pontos, como chegou a ser sugerido neste processo, pois tal decisão, obviamente, resultaria em prejuízo do próprio candidato. A solução preconizada resguarda a igualdade entre os candidatos, eis que pode se estender a todos eles, e encontra apoio em precedente do próprio Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

Administrativo - Recurso Especial - Concurso Público - Dissídio pretoriano comprovado e existente - Auditor tributário do DF - Prova objetiva - Formulação dos quesitos - Duplicidade de respostas - Erro material - Princípio da legalidade dos atos - Nulidade.

1 - A teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, para comprovação e apreciação da divergência jurisprudencial (art. 105, III, alínea “c”, da Constituição Federal), devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados. O confronto ocorreu e os paradigmas foram devidamente anexados aos autos, o que leva ao conhecimento do recurso e à apreciação deste.

2 - Por se tratar de valoração da prova, ou seja, a análise da contrariedade a um princípio ou a uma regra jurídica no campo probatório, porquanto não se pretende que esta seja mesurada, avaliada ou produzida de forma diversa, e estando comprovada

e reconhecida a duplicidade de respostas, tanto pela r. sentença monocrática, quanto pelo v. acórdão de origem, afasta-se a incidência da Súmula 07/STJ (cf. AG nº 32.496/SP).

3 - Consoante reiterada orientação deste Tribunal, não compete ao Poder Judiciário apreciar os critérios utilizados pela Administração na formulação do julgamento de provas (cf. RMS nºs 5.988/PA e 8.067/MG, entre outros). Porém, isso não se confunde com, estabelecido um critério legal - prova objetiva, com uma única resposta (Decreto Distrital nº 12.192/90, arts. 33 e 37), estando as questões mal formuladas, ensejando a duplicidade de respostas, constatada por perícia oficial, não possa o Judiciário, frente ao vício do ato da Banca Examinadora em mantê-las e à afronta ao princípio da legalidade, declarar nula tais questões, com atribuição dos pontos a todos os candidatos (art. 47 do CPC c/c art. 37, parág. único do referido Decreto) e não somente ao recorrente, como formulado na inicial.

4 - Precedentes do TFR (RO nº 120.606/PE e AC nº 138.542/GO).

5 - Recurso conhecido pela divergência e parcialmente provido para, reformando o v. acórdão de origem, julgar procedente, em parte, o pedido a fim de declarar, por erro material, nulas as questões 01 e 10 do concurso ora *sub judice*, atribuindo-se a pontuação conforme supra explicitado, invertendo-se eventuais ônus de sucumbência. (Quinta Turma, REsp 174291/DF, DJ 29.5.00, p. 00169, Rel. Min. Jorge Scartezzini)"

Pelo exposto, devidamente comprovada a existência de direito líquido e certo a ser amparado, o Ministério Público opina pelo provimento do recurso ordinário, reformando-se a decisão recorrida para conceder a segurança.

Rio de Janeiro, 12 de março de 2002.

HELOISA CARPENA VIEIRA DE MELLO
Procuradora de Justiça
Assistente

De acordo.

LUIZ SERGIO WIGDEROWITZ
Assessor-Chefe da Assessoria Cível

Aprovo.

JOSÉ MUINOS PIÑEIRO FILHO
Procurador-Geral de Justiça

Ação declaratória de reconhecimento de união estável cumulada com partilha - Convivência cujo término ocorreu em razão do falecimento do companheiro antes do advento da Lei 9.278-96. Reconhecimento da união estável e da meação dos bens, considerando-se a contribuição direta e indireta da autora para formação do patrimônio comum. Procedência dos pedidos.

9ª CURADORIA DE FAMÍLIA DA CAPITAL

Proc. nº 99.001.148.657-1

9ª Vara de Família da Capital

Autor: *Sandra Maria Fontoura de Souza.*

Réus: *Espólio de Reginal Treiger e os herdeiros Thales Arcoverde Treiger, Joana Arcoverde Treiger, Eduardo Treiger e Gabriela Treiger, os dois últimos menores.*

AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL E PARTILHA

MEMORIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MMA. Dra. Juíza,

1. Trata-se de ação de reconhecimento de união estável, com pedido de declaração do período da união e do direito da autora à meação dos bens adquiridos no período da convivência. Esta, segundo a autora, iniciou-se em 1981 e foi rompida em decorrência do falecimento do companheiro, *Reginaldo Treiger*, em 15 de janeiro de 1996 (certidão de óbito de fl. 15).

A autora, *Sandra Maria Fontoura de Souza*, e o falecido Sr. *Reginaldo* tiveram dois filhos, *Eduardo Treiger* (certidão de nascimento – folha 21) e *Gabriela Treiger* (certidão de nascimento – fl. 22), ambos menores. O Sr. *Reginaldo* tinha ainda outros dois filhos, atualmente maiores, *Thales* e *Joana Arcoverde Treiger*, que nasceram durante o período em que o finado ficou casado com *Maria Angélica Tourinho Arcoverde*, de quem se separou em 1980, separação esta que foi convertida em divórcio em 1984 (certidão de fl. 18).

2. A autora relacionou na inicial os bens que constituiriam o patrimônio dos companheiros e que teriam sido adquiridos na constância da união estável, a título oneroso. Estes bens foram arrolados quando do requerimento de abertura do inventário de *Reginaldo Treiger* (item 24 (a, b, c, d, e) de fls. 8/9).

3. A autora anexou à inicial os documentos de fls. 12/131.

4. Na petição de fls. 158/159, a autora requereu, em aditamento à inicial, a inclusão no pólo passivo dos herdeiros do Sr. *Reginaldo*: *Thales Arcoverde Treiger*, *Joana Arcoverde Treiger*, *Eduardo Treiger* e *Gabriela Treiger*, requerendo a sua citação. Como os dois últimos réus são menores e filhos da autora, foi nomeado

Curador Especial para defesa destes menores, na forma do disposto no artigo 9º, I, do CPC.

5. O *Espólio de Reginaldo Treiger* e os réus *Thales Arcoverde Treiger* e *Joana Arcoverde Treiger* apresentaram contestação às fls. 189/194, requerendo a improcedência dos pedidos, admitindo apenas, em última hipótese, o reconhecimento da união estável sem o deferimento da meação, mas sim um percentual da herança de no máximo 10% (dez por cento).

6. A Curadoria Especial, como substituto processual de *Eduardo* e *Gabriela Treiger*, apresentou contestação por negação geral, requerendo a improcedência do pedido (fl. 225).

7. Foi realizada a audiência prevista no art. 331 do CPC, restando impossível a conciliação.

8. Na audiência de instrução e julgamento, foram tomados os depoimentos pessoais da autora e de *Eduardo*. Outrossim, foram ouvidas três testemunhas (fls. 297/304). O julgamento foi convertido em diligência a fim de que o cartório reiterasse os ofícios remetidos à 8ª Vara de Órfãos e Sucessões da Capital, ao Delegado da Receita Federal e ao Diretor de Pessoal do Banco BNDES, determinando-se, ainda, que fosse aberta vista à Curadoria Especial.

9. Após a juntada dos documentos solicitados através dos ofícios, as partes manifestaram-se em razões finais através dos memoriais de fls. 436/438 (da autora), 439/440 (dos dois primeiros réus) e 442/443 (da Curadoria Especial).

10. Após o breve relatório, passo a opinar.

11. Preliminarmente, deve ser ressaltado que, apesar do despacho de fl. 2, que determinou a retificação do pólo passivo, e da petição de fls. 158/159, o *Espólio de Reginaldo Treiger* ainda consta como réu na autuação, razão pela qual o Ministério Público requer a sua exclusão do pólo passivo, mantendo-se neste apenas os herdeiros do falecido *Reginaldo Treiger*.

12. No mérito, a análise dos pedidos comporta **duas questões básicas**:

a) se a autora e o finado *Reginaldo Treiger* mantiveram uma união estável no período apontado na inicial;

b) se a autora faz jus à meação dos bens adquiridos a título oneroso pelos companheiros durante a convivência (item 24 a/e da inicial - fls. 08/09) e, em caso positivo, qual é o fundamento jurídico do deferimento da meação.

13. Quanto à primeira questão, os próprios réus *Thales* e *Joana Arcoverde Treiger* admitiram que seu pai viveu com a autora até o seu falecimento, cabendo registrar que a referida convivência apresenta características de uma união estável.

14. As provas documentais carreadas aos autos e as provas orais são uníssonas no sentido do reconhecimento da união estável no período de 1981 a 15 de janeiro de 1996, data do trágico acidente automobilístico que vitimou fatalmente o Sr.

Reginaldo, ocasião em que estavam no carro do finado a autora, os dois filhos em comum, a filha do falecido, *Joana*, e o filho da autora, *Felippe*, quando voltavam de férias de Búzios para o Rio de Janeiro.

15. Analisando a união estável como forma de família, conforme dispõe a Constituição da República de 1988, destacamos o conceito apresentado pelo ilustre doutrinador RODRIGO DA CUNHA PEREIRA:

“O delineamento do conceito de união estável deve ser feito buscando os elementos caracterizadores de um “núcleo familiar”. É preciso saber se daquela relação nasceu uma entidade familiar. Os ingredientes são aqueles já demarcados principalmente pela jurisprudência e doutrina pós-constituição de 1988: durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole, dependência econômica. Entretanto, se faltar um desses elementos, não significa que esteja descaracterizada a união estável. É o conjunto de determinados elementos que ajuda a objetivar e a formatar o conceito de família. O essencial é que se tenha formado com aquela relação afetiva e amorosa uma família, repita-se.”

(“Da União Estável”, in *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 209)

16. O relacionamento entre a autora e o Sr. Reginaldo tinha todos os elementos característicos de uma união estável. Deve-se ressaltar, inclusive, que estão presentes os requisitos especiais estabelecidos pela Lei 8.971/94, ou seja, a demarcação de um tempo rígido (a autora e o finado viveram *more uxorio* durante 15 anos) e a exigência de que os companheiros não tivessem impedimento para o casamento (o falecido era divorciado e a autora é solteira).

17. No meio social, a autora era conhecida como esposa do Sr. *Reginaldo*. Como este ocupava cargo de diretoria no BNDES, o seu falecimento motivou diversas mensagens de pesar dirigidas à Sra. *Sandra*, bem como matérias jornalísticas em que a autora é mencionada como viúva (fls. 120/130).

18. Também deve ser destacado, para o reconhecimento da união estável, o fato de a Sra. *Sandra* constar como companheira e dependente de *Reginaldo Treiger* na Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES, no INSS e no PIS/PASEP/FGTS. Além disso, foi nomeada inventariante do inventário de *Reginaldo Treiger* (fls. 12/23), o que ocorreu com a concordância dos herdeiros na época.

19. Certamente, a inventariança foi deferida à Sra. *Sandra* pois esta vivia *more uxorio* com o inventariado e estava na posse e administração dos bens da herança, razão pela qual foi considerada meeira do inventariado. Contudo, como informou a autora na inicial, depois de muito tempo do inventário em curso e de manterem a autora e os herdeiros patronos comuns, os filhos do primeiro casamento do inventariado contrataram outro patrono e pediram a exclusão

da autora do inventário, até que fosse proferida sentença em ação de reconhecimento de sociedade de fato. A autora foi destituída do cargo de inventariante pelo Juízo da 8ª Vara de Órfãos e Sucessões, não lhe sendo mais reconhecida a meação.

20. Ultrapassada a questão referente ao reconhecimento da união estável, passo a examinar o segundo pedido, ou seja, o reconhecimento do direito à meação dos bens adquiridos a título oneroso durante o período da convivência.

21. Como se sabe, o Sr. *Reginaldo* faleceu meses antes da promulgação da Lei 9.278/96, que, em seu art. 5º, estabeleceu uma presunção de esforço comum para os bens adquiridos na constância da união estável a título oneroso.

22. No caso concreto, como ainda não vigorava a Lei 9.278/96 na época em que terminou a união estável, pela morte do Sr. *Reginaldo*, não se pode opinar pela meação para a autora *somente em razão da existência da união estável. O deferimento da meação depende da prova dos autos, considerando-se a contribuição direta e indireta da autora para a formação do patrimônio comum.*

23. A irretroatividade da Lei 9.278/96 deve ser afirmada no caso dos autos, visto que a união, em razão do evento trágico já mencionado, terminou em 15 de janeiro de 1996, meses antes do advento da Lei 9.278, de 13 de maio de 1996. *A lei nova não pode atingir situações jurídicas que já se achavam consolidadas antes da sua vigência. Esta é a posição majoritária dos nossos Tribunais.* Neste sentido, trazemos à colação acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

Acórdão

REsp 147098/DF; Recurso Especial (1997/0062534-6) Fonte DJ Data: 07/08/2000 Pg: 00108 REVJMG VOL.: 00153 PG: 00501 Relator (a) Min. Salvo de Figueiredo Teixeira (1088)

Data da Decisão 25/03/1999 Órgão Julgador T4 - Quarta Turma

EMENTA: Direito Civil. Dissolução de sociedade de fato anterior à vigência da Lei 9.278/96. Partilha de bens. Presunção do Art. 5º. Inaplicabilidade das disposições dessa lei. Necessidade de demonstração do esforço comum na aquisição do patrimônio disputado para ensejar a sua partilha. Precedentes. Recurso desacolhido.

I - Não se aplicam às uniões livres dissolvidas antes de 13.05.96 (data da publicação) as disposições contidas na Lei 9.278/96, principalmente no concernente à presunção de se formar o patrimônio com o esforço comum, pois aquelas situações jurídicas já se achavam consolidadas antes da vigência desse diploma normativo.

II - A jurisprudência das Turmas que integram a Segunda Seção desta Corte é firme no sentido de

que somente com a prova do esforço comum na formação do patrimônio disputado, mesmo que em contribuição indireta, tem lugar a partilha dos bens.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Bueno de Souza."

24. É através desta linha de argumentação que deve ser analisado o caso concreto. *A autora faz jus à meação dos bens adquiridos a título oneroso pelos companheiros durante a convivência (item 24 ale da inicial - fls. 08/09)? Qual seria o fundamento jurídico do deferimento da meação, visto que, como já afirmado anteriormente, é incabível a retroatividade da Lei 9.278/96?*

25. Os nossos principais doutrinadores esclarecem que, na união estável, as regras econômicas e patrimoniais sempre foram objeto de muita confusão e discussão. Por tal motivo, foi decisiva a interpretação construtiva dos nossos Tribunais, especialmente o Supremo Tribunal Federal, a partir da década de 60, com as Súmulas 380 (*Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum*) e 382 (*A vida em comum sob o mesmo teto more uxorio não é indispensável à caracterização do concubinato*). A evolução da jurisprudência fez-se no sentido do desenvolvimento da teoria do enriquecimento ilícito, da sociedade de fato e do reconhecimento do esforço comum, o qual evoluiu para o reconhecimento da *contribuição direta e indireta*.

26. Destacamos paradigmática decisão que sintetiza a posição jurisprudencial sobre esta questão da contribuição dos companheiros, antes da vigência da Lei 9.278/96:

"Porque, de regra, um homem e uma mulher não se atraem, entregam, nem vinculam sob firme ou fugaz expectativa de estabilidade e perseverança, compelidos por cálculos imediatos de proveitos econômicos, senão para satisfazer anseios de realização pessoal, ditados por imperativos conscientes e profundos, a cooperação decisiva é a pessoa do outro. E é ela, enquanto presença, estímulo, amparo e refúgio, que, na aventura da parceria, possibilita ou facilita todas as outras aquisições, inclusive as de ordem patrimonial. O jurídico, porque

humano, consiste, pois, em que, embora não sendo mensurável como grandeza física, não deixe de se traduzir em valor econômico, quando se cuide de partilhar os frutos de uma comunhão de vidas, não os resultados financeiros de uma sociedade qualquer...

Se toda união estável, *more uxorio*, é entidade familiar, a disciplina dos aspectos patrimoniais de sua vivência e dissolução não pode conter-se nas regras de obrigações mercantis, ou de sociedades irregulares, mas no seio dos princípios do Direito de Família, perante os quais o dinheiro pesa mais que a pessoa, e, salvo convenção, os aqüestos se comunicam sempre”.

(TJSP, Acórdão n. 145.071/5, Rel. Des. César Peluso, j. 17/12/1991)

27. Desta forma, a Constituição de 1988 instala um outro marco teórico, ao incluir a união estável como forma de **entidade familiar**, *transformando totalmente o ângulo de visão e a forma de atribuição e distribuição de direitos decorrentes da união estável*. Portanto, sendo a união estável uma família, com seus laços de afeto e de solidariedade, *a concepção sobre a contribuição indireta ganha mais força*, perdendo importância a interpretação segundo as regras mercantis ou de sociedades irregulares.

28. A doutrina e a jurisprudência orientam o juiz sugerindo critérios que o auxiliam a arbitrar, com razoabilidade, o percentual devido à companhia/companheiro em cada caso concreto. Na fixação deste percentual, que necessariamente não implica meaço no seu sentido estrito (50%), é recomendável que o seu arbitramento seja feito levando-se em conta o tempo de duração da união, a idade das partes, o patrimônio que estas tinham ao iniciar a união e a contribuição direta e/ou indireta prestada pela concubina. Vale ressaltar que a experiência, o bom senso e a sensibilidade do magistrado são importantes, de vez que demonstram que está atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

29. Esta é a posição adotada, com muita propriedade, pelo Superior Tribunal de Justiça:

Acórdão REsp 183718/SP ; Recurso Especial (1998/0055882-9) Fonte DJ Data: 18/12/1998 Pg: 00367
LEXSTJ VOL.: 00120 PG: 00206 REVJMG VOL.: 00146
PG: 00478 Relator(a) Min. Salvo de Figueiredo
Teixeira (1088) Data da Decisão 13/10/1998 Orgão
Julgador T4 - Quarta Turma
EMENTA: *Direito Civil. Sociedade de fato. Reconhecimento de participação indireta da ex-*

companheira na formação do patrimônio adquirido durante a vida em comum. Partilha proporcional. Cabimento. Fixação nesta instância. Possibilidade. Critérios. Indenização por serviços prestados. Ressalva. Recurso parcialmente provido.

I - Constatada a contribuição indireta da ex-companheira na constituição do patrimônio amealhado durante o período de convivência "more uxorio", contribuição consistente na realização das tarefas necessárias ao regular gerenciamento da casa, aí incluída a prestação de serviços domésticos, admissível o reconhecimento da existência de sociedade de fato e conseqüente direito à partilha proporcional.

II - Verificando-se que haja diminuição de despesas (economia) proporcionada pela execução das atividades de cunho doméstico pela ex-companheira, há que se reconhecer patenteado o "esforço comum" a

que alude o enunciado nº 380 da Súmula/STF.

III - Salvo casos especiais, a exemplo de inexistência de patrimônio a partilhar, a concessão de uma indenização por serviços domésticos prestados, prática de longa data consagrada pela jurisprudência, não se afeiçoa à nova realidade constitucional, que reconhece "a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar" (art. 226, § 3º, da Constituição).

IV - O arbitramento da parcela devida à companheira pode ser fixado nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso, com objetivo de evitar inconvenientes e atraso na solução jurisdicional.

V - Na fixação do percentual, que necessariamente não implica meaço no seu sentido estrito (50%), recomendável que o seu arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao tempo de duração da sociedade, a idade das partes e a contribuição indireta prestada pela concubina, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

Decisão

Por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento.

30. Diante das provas existentes nos autos, é importante destacar alguns dados. O finado Sr. *Reginaldo*, antes de iniciar a união com a Sra. *Sandra*, separou-se judicialmente da ex-esposa e mãe de seus dois filhos mais velhos, Sra. *Maria Angélica Arcoverde Treiger* (fls. 249/258), em 1980. O ex-casal tinha como patrimônio dois automóveis e um imóvel em Botafogo, comprado através de financiamento imobiliário.

31. O Sr. *Reginaldo*, na partilha dos bens, ficou apenas com um automóvel FIAT, deixando para a ex-esposa o outro automóvel e a totalidade do bem imóvel, renunciando à sua meação do único imóvel do ex-casal. Além disso, comprometeu-se a pagar integralmente as prestações faltantes do imóvel, até a quitação do mesmo. Pagava também a pensão alimentícia de 30% dos seus ganhos para os filhos e o benefício de saúde (fls. 250/251). Na conversão em divórcio, em 1984, foi mantido o percentual da pensão alimentícia, obrigando-se o Sr. *Reginaldo* a pagar o percentual de 70% da prestação do referido imóvel.

32. Portanto, ao iniciar com a autora a união em 1981, o Sr. *Reginaldo* não tinha imóvel algum e grande parte da sua renda estava comprometida com a pensão alimentícia para os filhos e com o financiamento do imóvel deixado para a ex-esposa.

33. Por outro lado, os documentos juntados aos autos demonstram que o Sr. *Reginaldo*, durante quase toda a década de 1980, não exercia, nos quadros do BNDES, função de alto escalão. Sua situação funcional apenas melhorou em 1989, quando assumiu a Superintendência da Área de Infra-Estrutura (fls. 243 e 259/261). A petição de fls. 243 esclarece que, em janeiro de 1994, o Sr. *Reginaldo* deixou a Superintendência e voltou a ser mero funcionário sem comissão até janeiro de 1995, quando foi cedido, com o *status* de superintendente, para o Governo do Estado do Rio de Janeiro. Em 24/11/95 retornou ao BNDES para assumir a Diretoria de Infra-Estrutura, onde ficou por apenas 53 dias, até o seu falecimento.

34. O Sr. *Reginaldo* construiu a sua carreira no BNDES com muito esforço, estudo e dedicação, como se vê do seu currículo (fls. 259/261). E, certamente, o fato de a Sra. *Sandra* também ser funcionária do BNDES deve ter sido um apoio a mais na carreira do Sr. *Reginaldo*. É evidente que uma companheira que dá idéias de trabalho, ajuda e organiza os eventos sociais que são inerentes a essas funções, participa da vida profissional, contribui, efetivamente, para o crescimento da carreira do parceiro.

35. Sem falar nos cuidados que a companheira teve com o lar e com os filhos *Eduardo* e *Gabriela*, cabendo ressaltar que a Sra. *Sandra* comprovou que, nos primeiros anos da relação, pagava sozinha despesas escolares e médicas dos

filhos em comum (até despesas com o parto do filho *Eduardo*, em 1984, foram pagas pela Sra. *Sandra*- fl. 275) .

36. Além disso, as declarações de renda da Sra. *Sandra* juntadas aos autos demonstram que esta tinha um bom salário no BNDES, o que hoje corresponde a R\$ 3.700,00 (três mil e setecentos reais).

37. Todos estes documentos corroboram o depoimento pessoal da autora e do menor *Eduardo* (fls. 297/298 e 303), visto que a Sra. *Sandra* informou que “sempre colocou todo o dinheiro que possuía nas despesas da casa” (fl. 297). *Eduardo* esclareceu que “o pai do depoente sempre pagava a maior parte das despesas da casa, mas a mãe também pagava as despesas; que a mãe do depoente ajudava o pai de todas as formas, moralmente, com dinheiro, contribuía e estava sempre ao lado dele”.

38. A contribuição da autora não foi apenas indireta; esta foi direta, diante do que foi analisado. Outrossim, um dos bens dos conviventes, relacionado no item 24-a da inicial, foi adquirido em 1982 em nome dela com um financiamento junto ao seu empregador (BNDES).

39. Os outros bens (itens 24-b/e) foram adquiridos apenas a partir de 1992, em nome do Sr. *Reginaldo*, quando este já havia melhorado a sua situação profissional, após construir uma união longa e sólida com a autora, como demonstram as provas dos autos.

40. Por tudo que foi demonstrado, a solução mais justa no caso dos autos é o deferimento do *direito à meação* dos bens adquiridos pelos conviventes na constância da vida em comum.

41. Mesmo diante da irretroatividade da Lei 9.278/96, temos a solução para o caso concreto diante da evolução da nossa jurisprudência, que se antecipou à lei, regulando novos comportamentos sociais ainda não previstos expressamente pelo Direito Positivo. Não houve, portanto, com o advento da Lei 9.278/96, a criação de um novo direito, mas a sua inclusão no texto legal, visto que este já vinha sendo aplicado pela jurisprudência dominante.

42. Neste sentido, posicionam-se a melhor doutrina e jurisprudência, existindo diversos precedentes no Superior Tribunal de Justiça, como, por exemplo, o REsp 120.335, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 24.08.98; REsp 60.073-DF – Rel. p/acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 15.05.2000; REsp 38.657-SP – 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 25.04.94.

43. Pela sua importância e clareza, destacamos o seguinte acórdão, da lavra do Eminentíssimo Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

Acórdão REsp 297910/SE; Recurso Especial (2000/0144764-5) Fonte DJ Data: 20/08/2001 PG: 00476
Relator(a) Min.Ruy Rosado de Aguiar (1102) Data da Decisão 22/05/2001 Orgão Julgador
T4 - Quarta Turma

EMENTA: *União Estável. Partilha. Patrimônio comum. União estável de 23 anos confere à concubina o direito à metade do capital acumulado durante a convivência, para*

cuja formação contribuiu cuidando da casa, criando e educando os filhos. O fato de a união ter sido desfeita antes da vigência da Lei 9278/96 não elimina o direito da mulher, deferido com base em norma jurisprudencial pacificada nesta Corte.
Recurso não conhecido.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Salvio de Figueiredo Teixeira.

44. Em face do exposto, o Ministério Público opina pela procedência dos pedidos, com o reconhecimento da união estável da autora com o Sr. *Reginaldo Treiger* no período de 1981 a 15/01/1996, reconhecendo-se, ainda, o direito da autora à meação dos bens adquiridos pelos companheiros, a título oneroso, no período da união.

Rio de Janeiro, 15 de fevereiro de 2002.

LUCIA MARIA TEIXEIRA FERREIRA
Promotora de Justiça

Crime de calúnia. Recurso ministerial pretendendo a condenação do apelado também pelo crime de injúria e defensivo pleiteando a anulação do processo e, no mérito, sustentando negativa de autoria e ausência de dolo. Nulidades inexistentes a serem rejeitadas à falta de amparo legal e ante a evidente preclusão. Decisão condenatória que bem enfoca a matéria questionada, demonstrando a caracterização do único crime efetivamente imputado, a ser mantida, portanto. Parecer pelo não provimento de ambos os apelos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
4ª CÂMARA CRIMINAL
Apelação Criminal nº 1994/01

Apelante: Aroldo Menezes de Pereira.

Apelado: Ministério Público.

Origem: Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrópolis.

Crime de calúnia. Recurso ministerial pretendendo a condenação do apelado também pelo crime de injúria e defensivo pleiteando a anulação do processo e, no mérito, sustentando negativa de autoria e ausência de dolo. Nulidades inexistentes a serem rejeitadas à falta de amparo legal e ante a evidente preclusão. Decisão condenatória que bem enfoca a matéria questionada, demonstrando a caracterização do único crime efetivamente imputado, a ser mantida, portanto. Parecer pelo não provimento de ambos os apelos.

PARECER

Egrégia Câmara,

Mediante recurso de apelação, insurge-se Aroldo Menezes Pereira contra a r. decisão de fls. 82/85, que o condenou à pena privativa de liberdade de 08 meses de detenção e ao pagamento de 13 dias-multa, a primeira substituída por prestação pecuniária, dando-o como incurso nos artigos 138 c/c 141, inc. II do CP.

Da decisão recorre o órgão ministerial (fls. 89/91) para ver incluído na condenação o crime de injúria, que entende caracterizado.

Recorre também o réu, em prolixas razões de recurso (fls. 113/137), sustentando, em preliminar, inobservância das garantias constitucionais do

devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, em razão da subversão do rito processual e da insuficiência de defesa. No mérito, questiona a prova da autoria, também insistindo na ausência do dolo, sustentando ainda a imunidade judiciária, tudo para alcançar absolvição pleiteada.

Cuidadasas e objetivas contra-razões da Promotoria de Justiça, subscritas pelo Dr. *Alexandre Couto Joppert* (fls. 142/155), analisando os argumentos contidos na peça recursal, manifestam-se em prestígio da sentença impugnada, trazendo significativa jurisprudência a ampará-la.

Brevemente relatados, passa-se a opinar.

Não merecem prosperar, *concessa venia*, os argumentos expendidos para fundamentar os pleitos de reforma.

I – Das Nulidades Apontadas

Sustenta-se a preliminar de nulidade na subversão do rito processual previsto para os crimes imputados e na insuficiência de defesa, que, além de violar os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, teriam trazido prejuízo ao apelante.

A primeira observação que se impõe é que as preliminares articuladas estão, em sua maioria, fulminadas pela preclusão. O apelante não se insurgiu pela via própria nas inadiáveis oportunidades em que os atos foram praticados, só o fazendo, agora, a destempo.

Em segundo lugar, também deve ser observado que a defesa não deixou evidenciado o prejuízo que entendeu resultante das alterações que vislumbrou no rito processual previsto.

Da assentada de fls. 61 vê-se que “Peló Ministério Público foi dito que desistia da produção de prova testemunhal e *pela defesa foi dito que não havia provas a produzir.*”

A dilação do prazo para alegações, de 03 (três) para 10 (dez) dias, *com a concordância das partes*, confere ainda mais “ampla defesa” ao acusado.

Assim, não se constata dos autos as irregularidades sugeridas sem objetividade pela ilustre defesa técnica. Não se pode “embaralhar” os conceitos de contraditório, ampla defesa e devido processo legal, para justificar infundadas nulidades, em que se pretende até mesmo obrigar as partes a produzir provas que, a par de desnecessárias, não lhes convêm.

Para quê ouvir o ofendido se a prova documental esgota-se em si mesma; quando os fatos estão narrados e subscritos por quem os descreveu?

Não se pode confundir *insuficiência de defesa* com *discordância da estratégia* defensiva utilizada por cada patrono, a seu talante. Como se não fosse o recorrente, ele próprio, um advogado por formação profissional e o Procurador-Geral do Município de Arraial do Cabo...

Mas a realidade é que o acolhimento de tais alegações constituiria perigoso precedente, levando ao absurdo de que a cada mudança de patrono em um processo, o Juiz, para evitar a fantasiosa nulidade, houvesse que reabrir os prazos processuais ultrapassados.

De outro lado, fatos políticos, campanhas eleitorais, o conteúdo da decisão de outro processo **não interessam aos autos**. Ainda mais porque tudo teria ocorrido após as ofensas irrogadas nas petições.

II – Do Mérito

Novos absurdos são propostos pela defesa, a título de argumentação meritória. Não resiste sequer a um questionamento lógico a alegação de que “a autoria da elaboração da peça processual ficou indemonstrada”.

Ora, não importa quem tenha redigido as peças ofensivas. Ao firmá-las, o apelante aderiu ao seu conteúdo e por ele responsabilizou-se incondicionalmente. Inadmissível a afirmação de que um Procurador do Município possa vir a assinar qualquer documento sem proceder à devida leitura!

A negativa de autoria poderia ter sido tese a ser escolhida pela defesa, a ela, pois, incumbindo desenvolvê-la. Mas não o foi. Também não se cogitou de se alegar falsidade das assinaturas.

O elemento subjetivo do tipo não foi negado pelo réu, ao contrário, foi por ele confirmado e exsurge perfeitamente dos próprios termos em que o ataque à honra do Promotor foi vazado.

A doutrina tem entendido – lições de E. MAGALHÃES NORONHA, in “*Direito Penal*” – que o crime em questão tem, como requisitos para sua configuração, a falsidade e a publicidade, observando, ainda, o renomado jurista, que o *ônus da prova da inexistência do dolo é daquele que lançou a imputação*, sendo também admissível o *dolo eventual*.

Registre-se que a tarefa de “aconselhar” ou “alertar” um Promotor de Justiça no exercício de seu mister não se encontra no rol de atribuições do douto Procurador do Município, a par de que as aleivosias assacadas contra a moral do ilustre membro do *Parquet* em muito excederam ao afirmado objetivo de “alerta” ou ao do cuidado com a causa em debate.

O questionado “erro material” que causou tanta preocupação durante o processo é irrelevante na hipótese, considerando-se a condenação em um único crime de calúnia, individualmente caracterizado pelas demais expressões descritas na denúncia e constatadas da prova documental.

Sobre a alegação de imunidade judiciária, de todo pertinentes as observações trazidas nas contra-razões recursais, às quais ora me reporto para evitar desnecessária repetição.

Assim, não merece ser provido o apelo da defesa.

III – Do Recurso do MP

Sobre a injúria, ainda segundo o citado autor, é esta a ofensa à honra subjetiva, a exteriorização de um juízo negativo que se faz de alguém. É também a expressão de uma *opinião* que traduz *desprezo* ou *menoscabimento* sobre o ofendido.

Não se pode cogitar, dos termos da inicial, a prática de tal crime. Retirando-se da denúncia a expressão “marionete”, equivocadamente lançada na representação, ainda que se pudesse perquirir da existência de opiniões ofensivas em outros trechos das peças trazidas aos autos, não guardariam elas descrição na denúncia.

A peça vestibular, extremamente sucinta, não traz os detalhes nem a clareza das alegações finais, não deixando suficientemente distintas as ofensas dirigidas ao ilustre Promotor, dando a impressão de que trata-se de um único ataque à honra deste.

Como se pode igualmente constatar, os dois trechos ressaltados às fls. 90, a meu sentir, constituiriam desdobramento do mesmo crime, uma idéia ofensiva a completar outra, fechando-se em um bem caracterizado delito de calúnia. *Narra mihi factum dabo tibi jus.*

Assim, melhor sorte não assiste ao apelo ministerial, cujo desprovimento também se impõe.

Ante as considerações expostas, é o presente parecer no sentido de que seja negado provimento aos apelos, mantendo-se a r. decisão impugnada.

Rio de Janeiro, 23 de agosto de 2001.

LUCIA NEVES DE OLIVEIRA
Procuradora de Justiça

NOTA: Vide acórdão na Seção de Jurisprudência. O parecer *supra* foi acolhido pela E. 4ª Câmara Criminal. Decisão unânime.

Imunidade de Fundação instituída como museu. Impossibilidade de tributação na transferência dos bens do instituidor.

PROVEDORIA DE FUNDAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO DE JANEIRO.

CURADORIA DE FUNDAÇÕES

Proc. nº 91.001.094877-2

PARECER

MM Dr. Juiz,

Com o falecimento de *Eva Klabin Rapaport*, em 8 de novembro de 1991, com existência de testamento público (fls. 20/24), seu inventário se processa neste juízo, por arrolamento sumário, face à inexistência de herdeiros e sucessores.

Pelo ato de disposição de última vontade foi destinado o maior valor do monte à Fundação *Eva Klabin Rapaport-para fins culturais*, criada nos termos do art. 25 do Código Civil (Proc. MP nº E-15/5995/88), com a finalidade de manter um museu na residência da testadora para promover atividades de caráter cultural, artístico e científico, com os seguintes bens:

1. prédio e terreno onde reside nesta capital, na Av. Epitácio Pessoa nº 2.480, com todos os objetos de arte, móveis, tapetes, pratarias e utensílios nele existentes do inventário assinado pela testadora, que não poderão ser retirados de onde se encontram, inclusive quanto aos acréscimos decorrentes de aquisições a qualquer título, recebidos por doação, herança ou legado, cabendo à Fundação *Eva Klabin Rapaport*, na forma dos estatutos, a competência exclusiva para administrá-los (fls.21);

2.Todos os bens imóveis que existirem por ocasião de sua morte e que não estejam destinados a outras pessoas ou instituições, neste testamento;

3.A importância que estiver aplicada na caderneta de poupança nº 00814355 - da Caixa Econômica Federal - Agência Almirante Barroso, cuja renda destina-se à despesa com a manutenção, conservação e funcionamento da aludida Fundação, a fim de

que seja assegurada a atividade ininterrupta da mesma, **como um patrimônio Rio – Cultural do Estado do Rio de Janeiro;**

4. As importâncias resultantes da doação a que se obrigou a firma Klabin Irmãos e Cia, ou sucessores, nos termos da cláusula “2” do aditamento da alteração do contrato social firmado em 29.11.1977, que deverão ser depositadas na Caderneta de Poupança mencionada anteriormente;

5. Todos os títulos, créditos, ações e depósitos de qualquer espécie, que lhe pertençam na data da sua morte e que não tenham sido legados, especificamente, a outras instituições ou pessoas, neste testamento;

6. O direito ao uso e gozo das linhas telefônicas de que for assinante a testadora;

7. Todos os bens constantes dos itens nº 1 a 5, ficarão gravados com as cláusulas de **inalienabilidade e impenhorabilidade vitalícias**, ficando livres os rendimentos dos que produzirem para a manutenção da citada fundação;

8. As jóias e o automóvel deverão ser alienados para, com o seu produto, pagar as despesas com o processamento do inventário, vintena dos testamentários e inventariantes e honorários de advogado, cujo saldo, se houver, deverá ser depositado na caderneta de poupança nº 00814355-2, da CEF, Agência Almirante Barroso;

9. Deixou, ainda, a importância que estiver depositada na Caderneta de Poupança nº 100.122.058-4, Banco do Brasil S.A., Agência 1251 – Carioca – Rio para ser dividida em partes iguais entre as pessoas arroladas às fls. 2v/ 3v do testamento (fls. 22/23v).

10. Deixa a importância que estiver depositada na caderneta de nº 00.801.051-4, da Caixa Econômica Federal – Agência 0212 – Copacabana, para ser dividida, em partes iguais, para as seguintes instituições:

- a) Associação Brasileira Beneficente e Reabilitação – A.B. B. R.;
- b) Associação Religiosa Israelita do Rio de Janeiro;
- c) Associação Pro Matre;
- d) Casa São Luiz para a Velhice;
- e) Hospital Israelita;
- f) Lar da Criança Israelita Rosa Waeismann;

11. Deixa para Sirio Taddei e Gilberto Alves 20 salários mínimos para cada um;

12. Deixa, ainda, para as pessoas que estiverem prestando serviço por ocasião de sua morte, a importância de 1 salário mínimo por ano de trabalho prestado e 2 salários para os com menos de 2 anos de casa;

13. Na hipótese de falecimento de algum legatário ou extinção de alguma instituição supra referidas, antes do falecimento da testadora, a importância reverterá à Fundação Eva Klabin Rapaport – para Fins Culturais;

14. Nomeou para seus testamentários e inventariantes o Sr. João Pedro Lorch e o Dr. Renato Diniz Kovach, dando-os por abonados em juízo e fora dele, atribuindo-lhes a vintena de $\frac{1}{2}\%$ (meio por cento), e na falta de um o outro exerce o encargo, e no caso de duplo impedimento, o encargo será exercido pelo Dr. Celso Lafer;

15. Indicou para processar o seu testamento e respectivo inventário a Dra Yolanda Padilha Gomes, sendo os seus honorários fixados na forma da tabela em vigor.

A situação jurídica da Fundação e suas conseqüências nos autos.

A Fundação Eva Klabin Rapaport foi instituída por testamento (fls. 20/24), com o monte (*sic*) no valor de R\$ 24.217.403,39 (vinte e quatro milhões, duzentos e dezessete mil, quatrocentos e três reais e trinta e nove centavos) (fls.72/736 em 30/05/98).

A relação de bens imóveis, móveis e o acordo com a Klabin Irmãos & Cia é declarada no valor de CR\$ 1.173.423.348,62 (*Hum bilhão, cento e setenta e três milhões, quatrocentos e vinte e três mil, trezentos e quarenta e oito cruzeiros e sessenta e dois centavos*) (em 18 de novembro de 1993).

Em outras palavras, por disposição de última vontade, a extinta transferiu do domínio privado para o chamado público não estatal todos os seus bens, para que fossem desenvolvidas atividades culturais, dentre elas um museu, com viabilidade econômica decorrente da gestão de bens imóveis, aplicações financeiras e da doação referida no item 4.

Isto significa dizer que todo este acervo passa a pertencer à sociedade brasileira, como claramente declarado no ato de última vontade e, em caso de inviabilidade econômica, o Ministério Público procederá sua liquidação,

passando o remanescente a outra entidade filantrópica ¹ de fins iguais ou assemelhados, conforme o art. 30 do Código Civil:

"Art. 30 - Verificado ser nociva ou impossível a manutenção de uma fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou nos estatutos, será incorporado em outras fundações, que se proponham a fins iguais ou semelhantes."

A Fundação está regular perante o Ministério Público, com seu controle finalístico de atividades realizado em 1999 por inspeção pessoal do Promotor de Justiça e contas aprovadas até 2000 (2001 está em processo de análise), conforme divulgado no site mp.rj.gov.br/fundacoes, links fundações por natureza (cultural) e prestações de contas (docs. em anexo).

A relação dos bens foi declarada às fls. 78/213.

Os legados relacionados às fls. 396/397 e devidamente quitados (fls. 413/441).

A Fundação *Eva Klabin Rapaport* é detentora do domínio e posse da herança que constitui o fundo patrimonial da mesma, nos termos do art. 1572 do Código Civil:

"Art. 1572 - Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários."

Pretendeu prestação da Dra. Yolanda Padilha Gomes, Diretora Administrativa e Conselheira do Conselho Curador, que as fez, *sic*, de somente parte do patrimônio imobiliário, *não o fazendo em relação ao período de 8/11/91 a 31/12/95*.

Isto inclui o acesso aos demais bens legados:

1. Depósitos de caderneta de poupança nº 00814355-2 - CEF;
2. Conta corrente nº 2.800.122.058-6 - Banco do Brasil;
3. Conta corrente nº 122058-6 - Banco do Brasil;
4. Conta corrente nº 11.948-7 - Banco Itaú;
5. Poupança nº 0923188312 - Banerj.

Considerou a existência de disparidade entre os valores declarados e a avaliação dos representantes da Fundação (fls. 648/651).

¹ Filantropia é atividade humanística não lucrativa e se difere de benemerência, atividade assistencial sem contraprestação pecuniária.

Foram feitas as declarações dos bens do espólio (fls. 724/ 728) e remetido o processo ao contador que deu ao monte o valor de R\$ 24.217.403,39 (fls. 732/736).

Foram juntados os RGIs dos imóveis e certidões negativas correspondentes às fls. 822/909.

A imunidade da Fundação Eva Klabin Rapaport na transferência dos bens destinados à sua viabilidade econômica e a isenção reconhecida com a declaração de utilidade pública federal e estadual para impostos e taxas.

A natureza de atividade pública não estatal vem reconhecida nas esferas Federal e Estadual (fls. 910/918), o que significa dizer que cada fato gerador de tributo será objeto de requerimento de isenção tributária nas respectivas unidades federadas.

Como fundo patrimonial destinado a servir a humanidade e, no caso específico, a sociedade carioca, a incidência de qualquer imposto de transmissão sobre o “fundo em ação” significa desviar da finalidade pública não estatal de fins culturais, bens e valores afetos a esta finalidade para outras, ao juízo político de conveniência e oportunidade do administrador público, após as ingerências de mesma natureza pelo Legislativo.

Isto, por si só, já significa que toda incidência tributária sobre o fato gerador – transferência de bens do espólio à Fundação – *deve ser objeto de declaração deste juízo sobre a impossibilidade de constituição do crédito tributário.*

Quanto aos legados, não estão abrangidos pela isenção ou pela situação da pessoa jurídica imune pela sua natureza.

Como veremos a seguir, não só a Fundação Eva Klabin goza de isenção, que se refere à sua atividade, face às declarações de utilidade pública nas esferas federal e estadual: no caso, transferência do patrimônio a ela destinado. Como também da imunidade, que, por esta natureza, é conferida à pessoa jurídica fundação de educação, nos expressos termos do art. 150 da Constituição da República.

“Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI – Instituir impostos sobre:

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, *das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;*

Par. 4º – As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda

e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que os requisitos da lei a que se refere a Constituição da República são os do art. 14 do Código Tributário Nacional, que estabelece:

Art. 14 – O disposto na alínea c do inciso IV do art. 9º ² é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I - não distribuírem qualquer parcela do seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado;

II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Par. 1º - Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no par. 1º do art. 9º ³, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

Par. 2º - Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do art. 9º são exclusivamente os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previsto nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

A imunidade constitui um instrumento político-constitucional, que é utilizado pelo legislador constituinte para resguardar certos princípios fundamentais do regime e a incolumidade de certos valores éticos e culturais, que o ordenamento constitucional consagra.

Lembra muito bem AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, examinando o conceito de imunidade, que esta é caracterizada *“pela circunstância de que com ela o legislador constituinte procura resguardar, assegurar ou manter incólumes certos princípios, idéias-forças ou certos postulados que consagra como preceitos básicos do regime político”*. Assim, no seu aspecto sistemático, há uma índole política na imunidade.

² **Art.9º** – É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV – cobrar imposto sobre:

c) o patrimônio, a renda ou serviços de partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo.

³ **Par.1º** - O disposto no inciso IV não exclui a atribuição, por lei, às entidades nele referidas, da condição de responsáveis pelos tributos que lhes caiba reter na fonte, e não as dispensa da prática de atos, previstos em lei, assecuratórios do cumprimento de obrigações tributárias por terceiros.

Pela imunidade, o legislador ordinário fica sem competência para tributar certas pessoas.

Nesse aspecto, a questão que se coloca é qual a amplitude desse preceito em relação ao poder de tributar sobre a constituição do fundo patrimonial da Fundação Eva Klabin Rapaport.

A Interpretação do preceito que confere a Imunidade.

Toda norma constitucional que confere direitos deve ter a interpretação mais ampla possível, sob pena de, ao aplicá-la, negar-se vigência à Constituição.

A razão é muito simples. Ao conferir direitos subjetivos ao povo, a lei do povo e para o povo deve buscar, de princípio, abraçar todos os casos a que se dirige.

Interpretar é trazer à luz todos os elementos que uma idéia compreende, é buscar-lhe o conteúdo. Os alemães falam em *Interpretation*, mas usam também o verbo *auslegen*, que pode traduzir-se por extrair: *aus* – para fora (indica movimento de dentro para fora) e *legen* – pôr, colocar. A interpretação consiste em exteriorizar, mostrar, exibir, ostentar o conteúdo da norma, trazer à tona o que nele se encerra. Aplicar é colocar uma coisa em cima de outra. A norma se aplica sobrepondo-se aos casos a que se estende. A interpretação é processo lógico pelo qual se precisa e determina o sentido e a vontade da lei. Antecede à aplicação, processo pelo qual se submete o caso à norma legal. ⁴

Para interpretar-se o preceito que confere imunidade às associações civis sem fins lucrativos de educação e assistência social (aí se incluem as Fundações: associações civis destinadas a servir a humanidade), devemos, após a consideração de que, em primeiro lugar, a sua interpretação deve ser ampla, atentarmos para sua importância dentro do sistema de democracia participativa adotado pela Constituição. ⁵

Já no seu início, a lei maior, no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, se refere, no Capítulo I, a Direitos e Deveres individuais e coletivos, estabelecendo o princípio da participação da sociedade na defesa dos direitos que a Constituição assegura.

Desta forma, é forçoso concluir que as iniciativas que buscam a efetividade do direito à educação e assistência social, *da qual em relação àquela, a atividade cultural inegavelmente faz parte*, são formas de democracia participativa, e merecem, por parte do Estado, seu amplo reconhecimento à imunidade.

⁴ HÉLIO TORNAGHI, *Instituições de Processo Penal*, Vol. I, p. 121.

⁵ A Constituição da República, expressamente, estabelece forma de democracia participativa nos seus arts. 31, p. 3º; 74, par. 2º; 194, inc. VII; e 206, inc. VI, 216, par. 1º.

Nesse sentido, mostra IHERING que, “na interpretação das leis, a jurisprudência antiga não seguia o texto cegamente, sem se preocupar com o resultado. Bem ao contrário, tinha ele o olhar permanentemente voltado para as necessidades da vida prática e sabia interpretar as leis em coerência com essas necessidades”.⁶

Nesse sentido, é importante observar que as expressões: **educação e assistência social**, por estarem diretamente relacionadas ao direito à imunidade, devem ter interpretação a mais ampla possível, por se tratarem, como assinalamos, de normas constitucionais que conferem direitos.

Desta forma, a interpretação ou regulamentação desses preceitos não pode ser tal que conduza à conclusão de que a atividade de educação se restrinja a apenas a curricular de ensino, ou que a assistência social seja restrita a atividades sem contraprestação pecuniária.

Nesse sentido, leciona GERALDO ATALIBA, que o poder constituinte derivado não pode, mesmo por lei complementar, restringir o alcance da imunidade e, referindo-se ao poder regulamentar da lei complementar ao preceito que confere a imunidade, afirma: *“a lei complementar não pode alterar um desígnio constitucional. O desígnio constitucional, no caso, é claro: atribuir a essas entidades imunidade tributária. Aí estão conteúdo, sentido e alcance exaustivos do comando, todos eles já contidos na Constituição. A lei complementar não poderá ampliar nem restringir esse preceito constitucional, sob pena de deturpá-lo e nisso incidir em inconstitucionalidade. Por isso a lei complementar não pode, sob pena de inconstitucionalidade, no caso, passar dos aspectos formais. Em outras palavras, deve ditar medidas tendentes a assegurar a eficácia do preceito constitucional, de modo que se possa identificar as instituições, criar meios de comprovação do que trata cada qual (se de educação ou assistência social); que se comprove antecipadamente, de modo solene, que não tem fins lucrativos e outros requisitos formais que dentro do conteúdo e do alcance do preceito constitucional -, simplesmente explicitem aquilo que já está implícito no texto constitucional”*.⁷

Devemos ter ainda em conta que a concepção de Estado Liberal determina que a regra seja a iniciativa privada e a exceção a pública, que deve ser fiscalizadora e propulsora das ações da sociedade civil em suprir suas necessidades essenciais (arts. 170 e p. u.; 173; 205; 209; 213; 215; 216; 217; 218; 220; 225 todos da C.R.).

Redimensionou-se o papel do Estado de empresário e juiz das necessidades sociais para assumir a função de parceiro, fiscal e incentivador da iniciativa privada.

O desenvolvimento passou a ser gerido a partir de ações da sociedade civil, ficando reservado ao Governo as funções essenciais de realização da saúde, educação e segurança, que, ainda assim, devem ser implementadas em parcerias

⁶ Par. 49 do *Espírito do Direito Romano*, Vol. III, p. 153. Tradução de O. de Meulenaere, 3ª edição.

⁷ *Revista de Direito Tributário* nº 55, p. 140.

com o setor privado, de forma a captar novas formas de financiamento dessas atividades.

Por isso, no que diz respeito às imunidades, o Poder Constituinte teve como sentido teleológico dos preceitos que a conferem, repartir responsabilidades com os cidadãos, tornando-os juízes das necessidades sociais.

Nesse aspecto, devemos, ao interpretar o alcance dos preceitos que conferem esse direito subjetivo público ao povo brasileiro, ter presente a regra do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que, conquanto literalmente se refira à aplicação da lei, não deixa, entretanto, de conter uma regra de interpretação: “Na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum”.

A inconstitucionalidade de possíveis atos normativos que restrinjam a abrangência do preceito que confere a imunidade.

Somente nas hipóteses de não adequação aos preceitos do Código Tributário Nacional poderá a instituição de educação ou assistência social sem fins lucrativos não gozar da imunidade constitucional.

Esse direito subjetivo público, assegurado constitucionalmente a todas as instituições filantrópicas desta natureza, deve ter a interpretação a mais ampla possível por tratar-se de norma constitucional que confere direitos, não podendo ser restringido por qualquer lei ou ato normativo infra-constitucional. Sua restrição somente pode se dar através de emendas à Constituição.

Pensar de outra forma é admitir que o poder constituinte originário impõe limitação ao poder de tributar do Estado, que pode ser restringido ou suprimido pelo poder constituinte derivado.

Não tem sido outra a manifestação da doutrina ao longo dos anos, valendo a pena destacar:

“É que, se ao legislador ordinário fosse outorgado o direito de estabelecer condições à imunidade constitucional, poderia inviabilizá-la *pro domo suo*. Por esta razão, a lei complementar, que é lei nacional e da Federação, é a única capaz de impor limitações, de resto, já plasmadas no art. 14 do Código Tributário Nacional”.⁸

“A Constituição vigente, repetindo a anterior, determina que as entidades favorecidas devem atender os ‘requisitos da lei’. No passado, essa parte

⁸ CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, Ed. Saraiva, Volume VI, 1993, p. 185.

final do preceito gerou entendimento equivocado que defendia a possibilidade de serem fixados requisitos exigíveis aos imunes, por lei ordinária dos entes impositores. Agravada a situação, por outro lado, a existência de requisitos já fixados pelo art. 14 do CTN, generalizadamente aceitos como os acolhidos em nível de lei complementar, sempre requisitada para regular as limitações constitucionais ao poder de tributar. Ora, a prevalecer o duvidoso entendimento supra, qualquer legislador ordinário, na esteira de sua visão subjetivista, poderia criar e exigir requisitos vários, criando obstáculos ao reconhecimento da imunidade, dificultando e desvirtuando mesmo o benefício outorgado pela Lei Suprema: e, ainda, pretender a extravagância de alterar preceito de Lei Complementar, fato inadmissível face o princípio da hierarquia das leis. Escrevi, à luz da Constituição precedente, que os valores referidos às entidades de educação e de assistência social, ínsitos na ordem constitucional, não são de grau inferior aos protegidos nos demais casos de imunidades recíprocas e genéricas, e que tais requisitos, reguladores de limitação constitucional do poder de tributar, constituem matéria reservada à Lei Complementar já disciplinados no art. 14 do CTN. Esse entendimento sempre decorreu de singela e óbvia interpretação sistemática: as imunidades são limitações constitucionais ao poder de tributar, matéria relevante para cuja regulação a Carta Magna reivindica, expressamente, lei complementar (hoje no inciso II do art. 14 do CTN)".⁹

Corroborando a afirmativa de que o poder constituinte derivado não pode, mesmo por lei complementar, restringir o alcance da imunidade, afirma o saudoso GERALDO ATALIBA:

"Sem interferir no âmago da decisão fixar preceitos que completem a Constituição, de modo a assegurar-

⁹ YONNE DOLACIO DE OLIVEIRA, "Imunidades Tributárias na Constituição de 1988", *Direito Tributário Atual*, Vol. XI/12, p. 3.344. Também nesse sentido podemos destacar as posições de RUBENS GOMES DE SOUZA e GERALDO ATALIBA (*Comentários ao Código Tributário Nacional*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, p. 123), CÉLIO DE FREITAS BATALHA ("Lei Complementar em Matéria Tributária", *Revista de Direito Tributário*, Vol. XLIX/122) e ELIZABETH NAZAR CARRAZA (*Revista de Direito Tributário*, Vol. III, p. 170).

lhe plenitude de eficácia (vd. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Ed. RT, 1968, p. 220). Ora, isso não se obtém alterando a essência do preceito – o que ao Congresso é vedado – mas, sim, dispondo medidas que desdobrem, explicitando, os seus pressupostos.

A subordinação da lei complementar à Constituição é formal e substancial. Substancialmente, a lei complementar não pode agregar conteúdo material à norma que está na Constituição. Com efeito, a lei complementar não pode alterar o desígnio constitucional.

O desígnio constitucional, no caso, é claro: atribuir a essas entidades imunidade tributária. Af estão conteúdo, sentido e alcance exaustivos do comando, todos eles já contidos na Constituição. ”

A imunidade assegurada na Constituição.

A imunidade assegurada na lei maior, dirigida às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, deve ter a interpretação mais ampla possível, abrangendo todas as entidades que desenvolvam atividades de educação e assistência social.

O conceito de educação não pode se restringir à atividade curricular de ensino, mas à atividades de museus, preservação de valores culturais, históricos; enfim, tudo que tenha, como resultado, a agregação de educação aos seus beneficiários *como as desenvolvidas pela Fundação Eva Klabin Rapaport*.

Por estas razões, espera o Ministério Público, através da sua Curadoria de Fundações, *a declaração incidental de não incidência qualificada de todos os impostos incidentes sobre a transferência do fundo patrimonial à Fundação Eva Klabin Rapaport. A uma, por ser pessoa jurídica imune nos termos da Constituição. A duas, por ser declarada de utilidade pública, o que determina a isenção sobre os referidos fatos geradores.*

No que respeita ao pedido de honorários pela Dra. Yolanda Padilha Gomes.

Como referido anteriormente, estabeleceu o testamento que “indica para processar o seu testamento e respectivo inventário, a Dra Yolanda Padilha Gomes..., sendo os seus honorários fixados na forma da tabela em vigor”.

Existem, neste aspecto, dois pontos a serem analisados:

1º - Se a aplicação pura e simples da tabela de honorários, que conduz ao valor de R\$ 726.522,09, por sua interpretação literal,

expressa a contraprestação por uma atuação administrativa na execução de inventário, que transfere do domínio privado ao público não estatal bens e valores necessários ao desenvolvimento de uma atividade que visa o benefício da humanidade;

2º - Se é do costume da atividade advocatícia a pretensão de verba de tal monta, com a aplicação pura e simples da tabela em situação de inventário de bens, que ainda revela monte pouco comum, face ao elevado valor.

1º Quanto ao primeiro, o resultado da auditoria referente ao período de 1991 a 1995 aponta que não foram computados uma série de pagamentos de imóveis pertencentes ao espólio:

1. Não foram computados os recibos de condomínio pagos de vários imóveis, referentes a determinados meses;

2. Valores apresentados não correspondem aos valores que foram realmente pagos;

3. Valores referentes ao recebimento de alugueres, embora tenham sido caracterizados, não puderam ser averiguados, pelo fato de não terem sido anexados os recibos correspondentes;

4. Os valores dos IPTU's /92 foram pagos pelo sistema de cota única e cobrados dos inquilinos por cotas mensais, segundo o relatório da Dra. Yolanda. Contudo não tivemos meios de confrontar estes dados, por falta dos documentos de receitas;

5. O valor pago relativo ao item "seguro" não confere com os valores apresentados;

6. Os valores pagos em 03/92 referentes ao condomínio de imóveis localizados à Av. das Américas nº 4790, salas 513, 514, 515 e 516 não apresentam autenticação de recebimento legível;

7. O valor pago em 11/92 do condomínio do imóvel localizado à Av. Alvorada nº 270, aptº 208, é de Cr\$ 1.593.683,00; no entanto, o banco registrou valor de Cr\$ 2.593.683,00;

8. Constan recibos sem autenticação bancária de condomínio dos imóveis localizados à Rua da Glória, nº 190, apt's 702 e 1002, no valor de Cr\$ 5.225.660,00 cada, relativos ao mês 4/93. Contudo, esses valores não foram computados em nosso trabalho, e também não foram ignorados no relatório apresentado pela Dra. Yolanda;

9. Não aparece registro de autenticação de recebimento bancário nos recibos de condomínio do imóvel localizado à Av. Alvorada nº 270, aptº 401 e 408, referentes ao mês 08/93 no valor de Cr\$ 12.205,57 cada. No entanto, consideramos tais valores e recomendamos que seja confirmado seu pagamento pelo documento original;

10. Os pagamentos dos IPTU's /93 referentes a todos os imóveis foram pagos pelo sistema de cota única; no entanto, no documento apresentado aparecem os recebimentos destes feitos pelo sistema de parcelamento;

11. Constan recibos para pagamento de condomínio dos imóveis localizados à Av. Alvorada nº 270, salas 201, 208, 401 e 408 relativos ao mês 09/94, no valor de R\$ 80,76 para cada um dos imóveis. No entanto, estes não apresentam autenticação de recebimento bancário.

Seus valores não foram computados neste trabalho, nem no apresentado pelo escritório da advogada Dra. Yolanda Gomes. Recomendamos que seja confirmado seu pagamento;

12. Os pagamentos dos IPTU's/94 referentes a todos os imóveis foram pagos pelo sistema de cota única, no entanto, no documento apresentado, aparecem recebimentos feitos pelo sistema de parcelamento;

13. Os pagamentos dos IPTU's/95 referentes a todos os imóveis foram pagos pelo sistema de cota única, no entanto, constam 2 imóveis (Av. Sernambetiba nº 6500/507 e Rua da Glória 190/1002) como tendo sido pagos pelo sistema de parcelamento de cotas;

15. O valor da cota do Imposto de Renda presumivelmente com vencimento para o mês 12/94 não foi computado por ter sido inviável a sua leitura, face à ilegibilidade da xerox anexada;

16. Foi computado, tanto por este trabalho quanto pelo encaminhamento para análise, o valor de R\$ 1.356,84, referente ao pagamento da 6ª cota do Imposto de Renda. Devemos salientar que tal pagamento não foi feito por DARF, mas por intermédio de lançamento interno do banco Itaú.

Essas são apenas algumas referências do relatório de auditoria, constante de fls.66/115, do incidente de remoção de inventariante.

Tais indícios, por si só, representam malversação de verba pública não estatal, que traduz desfalque do fundo patrimonial da Fundação Eva Klabin Rapaport, e será objeto de procedimento de Supervisão de auditoria pelo Ministério Público para apurar o valor desviado, de forma a embasar as providências para restituir à entidade os valores não comprovados, através de ação de improbidade (Portaria em anexo, decorrente do Pedido de Providências MP 12726/02).

2º Quanto ao segundo, é fato público e notório na atividade de advocacia que, quanto maior o monte, menor o percentual a ser aplicado para cálculo da verba honorária. Desta forma, a utilização da tabela que parte do valor de 500 salários mínimos, para um monte de vários milhões, denota, no mínimo, má-fé.

Entretanto, como é atribuição da Curadoria de Resíduos se manifestar sobre as disposições de última vontade, reserva-se a Curadoria de Fundações para se pronunciar sobre o que entende razoável, com base na equidade, ou seja, considerações éticas, econômicas, laborais, eficiência na gestão do patrimônio, transparência, natureza da destinação dos bens etc, após ouvida a mesma.

Entretanto, *ad cautelam*, requer que qualquer autorização para pagamento aguarde a conclusão da Supervisão de Auditoria, já determinada pelo Ministério Público no procedimento referido, com o objetivo de apurar o quanto foi desviado do “fundo em ação” da entidade.

Quanto à pretensão de incidência do cálculo da vintena sobre o valor líquido, deve-se ouvir a Curadoria de Resíduos.

Por todo o exposto, requer a declaração incidental da não incidência qualificada ou da isenção sobre todos os bens e valores que constituem o acervo da Fundação Eva Klabin Rapaport, protestando por nova vista após a manifestação da Curadoria de Resíduos.

Nestes termos,
Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 11 de junho de 2002.

LUIZ FABIÃO GUASQUE
Promotor de Justiça
Curador de Fundações

Promotor de Justiça arrolado como testemunha. Incompatibilidade lógica entre o múnus de acusar e de depor no mesmo processo. Jurisprudência e doutrina.

ASSESSORIAS CRIMINAL E DE ASSUNTOS INSTITUCIONAIS
Procedimento Administrativo MP nº 25.773/01

Origem: 9ª Promotoria de Investigação Penal da Primeira Central de Inquéritos
(Ref.: Processo nº 98.001.070572-6 da 37ª Vara Criminal).

Consulta formulada por Promotora de Justiça subscritora de denúncia a respeito da legalidade, ou não, de sua atuação como testemunha. Incompatibilidade lógica entre o múnus de acusar e de depor no mesmo processo, consoante entendimentos jurisprudencial e doutrinário. Parecer no sentido de sugerir o encaminhamento da presente manifestação à ilustrada Promotora de Justiça para os devidos fins.

PARECER

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça

A Exma. Dra. Ana Lúcia Mello, íclita Promotora de Justiça Titular da 9ª Promotoria de Investigação Penal da Primeira Central de Inquéritos, através do pronunciamento de fls. 02/03, indaga à Chefia do *Parquet* acerca da postura a ser adotada diante de notificação a ela dirigida pelo douto Juízo da 37ª Vara Criminal a fim de que indicasse dia e hora convenientes para a coleta de seu testemunho:

“

De acordo com nossa atribuição no órgão de atuação **suso** referido, oficiamos nos autos do Inquérito Policial nº 390/97, oriundo da 19ª DP. O referido procedimento de polícia judiciária visava investigar as circunstâncias e a autoria do evento que culminou com a morte de André de Barros Macieira.

Na formação da *opinio* ministerial, baseada nas inúmeras diligências e provas contidas nos autos, este órgão ministerial ofertou denúncia em face de Luiz Carlos Almeida da Silva e Geraldo Chini, ambos médicos que tiveram atuação ligada ao procedimento médico-cirúrgico que culminou com a morte da referida vítima. A referida inicial foi recebida pelo Juízo da 37ª Vara Criminal da Capital, tendo originado o Processo Criminal nº 98.001.070572-6.

Inusitadamente, no início do corrente mês de outubro, recebemos ofício encaminhado pelo referido Juízo, extraído dos autos daquele Processo, dirigido a V. Exa. e redirecionado a nós pela Chefia de Gabinete, que solicita providências no sentido de intimar esta Promotora de Justiça como testemunha arrolada na Defesa Prévia de um dos acusados.

Tendo em vista que atuamos como parte no referido feito, tendo apresentado o Ministério Público Estadual ao oficial nos autos da investigação e subscrever a denúncia, entendemos totalmente descabida e ilegal nossa atuação como testemunha nos mesmos autos, sobre os mesmos fatos narrados na exordial.

O conhecimento que possuímos acerca do ocorrido se restringe tão somente a documentação contida nos autos e nossa posição técnica como membro do Ministério Público já foi exposta na denúncia ofertada, e assim nada mais temos a acrescentar que possa auxiliar a Justiça" (fls. 02/03).

Por determinação do 2º Subprocurador-Geral de Justiça, os autos vieram a estas Assessorias Criminal e de Assuntos Institucionais para análise e parecer.

Este é o relatório.

A matéria trazida ao conhecimento da Chefia do *Parquet* não é nova na jurisprudência que, de forma preponderante, vem posicionando-se pela nulidade do processo no qual atue o Promotor de Justiça denunciante como testemunha.

Inicialmente, analisando hipótese em que determinado magistrado havia figurado, a um só tempo, como testemunha do fato e julgador da causa, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, por ocasião do julgamento da Apelação nº 3.488, em 04.12.53, entendeu pela nulidade da sentença condenatória em tal hipótese, tendo o parecer lançado pela Procuradoria Geral de Justiça feito menção a precedente antiquíssimo do Tribunal de Justiça do mesmo Estado, publicado na *Revista dos Tribunais* nº 170/66.

Posteriormente, cuidando especificamente da suspeição, para o oferecimento de denúncia, por parte do membro do Ministério Público que tenha testemunhado o fato objeto de persecução, o Tribunal de Justiça de São Paulo teve a oportunidade de assentar que:

“Processo Crime – Nulidade – Denúncia – Oferecimento pelo mesmo Promotor de Justiça que depusera no inquérito como testemunha – Inadmissibilidade – Impedimento – Preliminar acolhida – Inteligência dos arts. 252 e 258 do Código de Processo Penal.

Dispõe o art. 252 do Código de Processo Penal, que o juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que houver servido como testemunha, impedimento que se estende aos órgãos do Ministério Público, *ex vi* do art. 258 do citado estatuto. É verdade que a lei fala em processo, mas esta expressão abrange o inquérito” (2ª Câmara Criminal, j. 27.10.75, RT 486/266).

Tem-se, no mesmo sentido, o acórdão publicado na RT nº 425/311, de março de 1971.

No caso ora em análise, ocorre o inverso: o que se deseja saber é da possibilidade, ou não, de o Promotor de Justiça que participou do momento administrativo da persecução, oferecendo denúncia, figurar como testemunha no processo.

Conforme esclarecido pela ímclita Promotora de Justiça Ana Lúcia Mello, os fatos narrados na inicial não foram por ela presenciados, limitada sua atuação a impulsionar o inquérito e a receber os resultados da investigação, formulando a imputação. Conclui-se, assim, numa primeira aproximação intelectual, que nenhum sentido faria – como de fato não faz – a sua indicação, pela defesa, como testemunha, isto porque, de acordo com a melhor doutrina, *“testemunho é a declaração, positiva ou negativa, da verdade feita ante o Magistrado penal por pessoa (testemunha) distinta dos sujeitos principais do processo penal sobre percepções sensoriais recebidas pelo declarante, fora do processo penal, a respeito de um fato passado e dirigida à comprovação da verdade”* (MANZINI, *apud* FERNANDO DA COSTA TOURINHO, *Processo Penal*, Saraiva, Vol. III, p. 262).

O Superior Tribunal de Justiça, analisando idêntico caso, já teve a oportunidade de decidir pela nulidade da sentença condenatória que vai buscar arrimo em testemunho prestado por Promotor de Justiça que, no desempenho de suas atribuições, tenha atuado na fase administrativa da persecução:

“Processo Penal. Ministério Público. Impedimento. Nulidade.

É irrito o depoimento do órgão do Ministério Público, que, após ter exercido função própria do *Parquet* no inquérito policial, vem a servir como testemunha na fase judicial, estendendo-se a nulidade à sentença de pronúncia que nele se baseou, para arredar alegação essencial da defesa, segundo o princípio da causalidade. *Incompatibilidade lógica cuja base está na separação das funções no processo. Aplicação dos arts. 252, II, e 258, do CPP. Recurso não conhecido*" (Recurso Especial nº 5.502/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Costa Leite, maioria, j. em 01.09.92, DJU 28.09.92 [grifamos]).

No voto do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, a questão foi longamente analisada, merecendo, por sua clareza, parcial transcrição:

".....

O Ministério Público, por imperativo constitucional, é a instituição encarregada de promover a ação penal (art. 129, I).

Apresentada a denúncia, forma-se outra relação jurídica – relação jurídico-processual.

Aqui, o Estado comparece ainda como sujeito ativo e o réu, sujeito passivo.

O Ministério Público é, contudo, sujeito processual, como também o é o réu.

(...)

O autor (processo civil) é parte. Como tal, parcial, no sentido de dirigir a prova exclusivamente no seu interesse.

O Ministério Público (processo penal) é também parte. Todavia, com marcante distinção, própria da essência do processo penal. Este não visa a reclamar do réu o dar, não dar, fazer ou não fazer. Busca, no interesse dele, constatar a imputação. A sanção penal só é aplicável após esgotadas as garantias jurisdicionais, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Juridicamente, tenho repetido, o Ministério Público não é contra o réu. Está sempre em favor dele, impede que eventual condenação anteceda à verificação exhaustiva do fato. O sentido de que o Promotor Público 'acusa' só é válido no sentido vulgar da palavra. Em termos jurídicos, protege o réu.

Daí, *data venia*, não ser concebível falar em 'parte imparcial', expressão que LEONE muito bem definiu como 'significativo *bisticcio*' (*Elementi di Diritto e Procedura Penale*, Napoli, 1972, Jovene, 3ª edição, p. 263). Com efeito, mero trocadilho.

(...)

De outro lado, cumpre lembrar ARTURO SANTORO (*Diritto Processuale Penale*, Roma, 1953, Ed. dell' Ateneo, p. 171) ao distinguir – sujeitos do processo – e – sujeitos no processo. Em linhas fundamentais, os primeiros são partes do processo; os segundos, no entanto, atuam, de um forma ou de outra, no mesmo processo. O juiz, o Ministério Público e o réu são sujeitos do processo. O perito e a testemunha são sujeitos no processo.

A atuação de cada sujeito tem contornos definidos na Constituição da República.

O sujeito da imputação não se confunde com o sujeito do julgamento. O Ministério Público não pode lavrar a sentença, como é vedado ao juiz oferecer denúncia.

Decorre daí, cada sujeito tem atuação limitada. Não pode, então, praticar os atos próprios do outro.

Se assim é quanto ao Juiz e ao Ministério Público, dedução lógica impõe esta conclusão: os sujeitos no processo não podem atuar como se fossem sujeitos do processo. Além disso, a recíproca também é verdadeira – o sujeito do processo não pode agir como sujeito no processo.

Em outras palavras: o juiz e o agente do Ministério Público não podem ser perito ou testemunha. Como o perito e a testemunha não podem ser juiz ou agente do Ministério Público.

A ilação resulta também do princípio da verdade real, que só alcança sua finalidade, caso os protagonistas do processo sejam imparciais.

(...)

O Ministério Público, *dominus litis*, pode acompanhar o inquérito policial, sugerir diligências, acompanhar as provas. Quando o fizer, o seu representante torna-se inibido para ser sujeito da prova, na respectiva ação penal. Torna-se comprometido (sentido jurídico do termo) com o sujeito do processo penal.

Mutatis mutandis, é, ilustrativamente, como no caso de o réu contratar dois advogados para defendê-lo. Evidentemente, nenhum deles, ainda que não pratique qualquer ato no processo, poderá servir de testemunha de defesa. Torna-se também comprometido com um dos sujeitos do processo penal”.

A discussão travada pelo referido Tribunal Superior neste precedente recebeu, é verdade, preciosos subsídios doutrinários, representados por parecer da lavra da Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, que, em sua parte essencial, assenta:

“Seja como for, mesmo quando ‘*custos legis*’, o Ministério Público é sempre parte; parte parcial, ou imparcial por vezes, mas sempre sujeito processual. E, no processo penal, em que vai deduzir a pretensão punitiva, é parte parcial. Ora, há uma *incompatibilidade lógica e insanável entre a posição de parte e de testemunha*. Basta analisar a função do Ministério Público no processo penal para afirmá-la, banindo qualquer possibilidade de o Promotor de Justiça testemunhar em processos criminais de que participou, ainda que na fase administrativa prévia. Além disso, outros princípios impedem ao Promotor que atuou no procedimento vestir a camisa de testemunha: o princípio da *par conditio*, ou paridade de armas, no qual se transfunde modernamente o princípio de igualdade, em sua dimensão dinâmica, e pelo qual acusação e defesa devem litigar em equilíbrio de situações – não iguais mas recíprocas – de modo a garantir a verdadeira contraposição dialética, capaz de assegurar o contraditório efetivo e a imparcialidade da jurisdição. E, ainda, o *princípio da lealdade processual*, que se manifesta na idéia deontológica de correção, pela qual a atividade do juiz e sobretudo das partes deve obedecer a uma escrupulosa regra moral.
(...)

No Brasil, o Código de Processo Penal é expresso no que se refere ao impedimento do juiz (artigo 252, II). E a regra se estende ao Ministério Público, por força do disposto no art. 258 do Código de Processo Penal. É evidente que se não podem, juiz e promotor, atuar em suas funções nos casos em que serviram

como testemunhas, a recíproca impede que sirvam como testemunhas, o juiz e o promotor, que já tenham exercido suas funções no processo (*lato sensu*). O Código de Processo Civil, promulgado em época mais recente e afinado com o respeito aos princípios deontológicos do processo, expressamente inscreve o impedimento de testemunhar de quem é parte na causa (art. 405, § 2º, III). Tais regras aplicam-se inquestionavelmente ao processo penal, por integração analógica, de vez que defluem dos mesmos grandes princípios que informam os dois processos”

Posteriormente, o mesmo órgão julgador teve a oportunidade de ratificar tal entendimento por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 72.368/RJ, Rel. designado para o acórdão o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, maioria, j. 17.12.96, DJU 31.03.97:

“AR(AI) – Processual Penal – Promotor Público – Prova – 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”.

Induvidosa, assim, a impossibilidade, sob pena de nulidade insanável (art. 564, I, c.c. arts. 252, II, e 258 do Código de Processo Penal), de figurar o Promotor de Justiça denunciante como testemunha no processo, pouco importando tenha a sua indicação partido da própria defesa. Aliás, no mais das vezes, a indicação de membros do Ministério Público em hipóteses tais parece visar a, de duas uma: a) criar a suspeição do Promotor para prosseguir atuando no processo, o que pode ocorrer em Estados que não contem com Centrais de Inquérito; b) provocar uma nulidade processual, uma vez que o indeferimento da produção da prova pelo magistrado ensejará a alegação, por óbvio descabida, de nulidade do processo e da sentença por cerceamento de defesa. O seu deferimento e respectiva produção, por outro lado, conduz à mesma alegação de nulidade, aqui acertadamente, só que por parte do co-réu prejudicado pela produção do elemento. Atitude que deve ser processualmente repelida, embora não se possa afirmar esteja a ocorrer no presente caso.

Em assim sendo, é o parecer no sentido de sugerir o encaminhamento da presente manifestação à ilustrada Promotora de Justiça para os devidos fins.

Rio de Janeiro, 18 de outubro de 2001.

ROGÉRIO PACHECO ALVES
Promotor de Justiça
Assistente

De acordo:

FERNANDO CHAVES DA COSTA
Procurador de Justiça
Assessor Criminal

Aprovo. Remeta-se cópia do parecer à Dra. Ana Lúcia Mello, íclita Promotora de Justiça Titular da 9ª Promotoria de Investigação Penal da Primeira Central de Inquéritos. Publique-se e arquite-se o remanescente.

JOSÉ MUINOS PIÑEIRO FILHO
Procurador-Geral de Justiça

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Habeas Corpus nº 75.110—RS
(Segunda Turma)

Redator p/ o acórdão: O Sr. Ministro Maurício Corrêa
Paciente: Silênio Fauth
Impetrante: Ivan Guardati Vieira
Coator: Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul.

Habeas Corpus. Furto e roubo: artigos 155 e 157 do Código Penal.

1. Furto é a subtração pura e simples de coisa móvel alheia, sem violência contra a pessoa, enquanto o roubo pressupõe o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa.
2. Violência exercida contra a vítima, atacada e derrubada por um *trombadinha* que lhe retira a bolsa das mãos: circunstância elementar que tipifica o crime de roubo.

Habeas corpus conhecido, mas indeferido.

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, 10 de junho de 1997 — Néri da Silveira, Presidente — Maurício Corrêa, Redator p/ o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Marco Aurélio**: Ao apreciar o pedido de concessão de liminar, assim revelei a hipótese:

“1. A inicial revela que o Paciente foi denunciado por dois fatos distintos: o primeiro, ligado a roubo ocorrido em 30 de agosto de 1995, e o segundo, relativo à tentativa de estelionato, porquanto, em 4 de setembro de 1995, fizera uso de talonário a que teve acesso mediante o primeiro dos acontecimentos mencionados. O Juízo condenara o Paciente à pena de quatro anos de reclusão

e dez dias-multa, à razão de um trinta avos do salário mínimo, considerado o delito de roubo simples, procedendo, assim, à desclassificação, já que, na denúncia, fora tido como crime qualificado. Em vista da tentativa de estelionato, impôs-se ao Paciente a pena de nove meses de reclusão e dez dias-multa, na razão de um trinta avos do salário mínimo. Protocolada apelação, a pena concernente ao segundo crime reduzira-se a seis meses de reclusão. Sustenta-se que a hipótese estaria a evidenciar não o crime de roubo, mas o de furto, conforme, aliás, opinara o Procurador de Justiça em atuação na Câmara julgadora da apelação. Ressalta-se a afronta ao princípio da legalidade insculpido no artigo 1º do Código Penal, aludindo-se ao teor da denúncia e ao depoimento da própria vítima, que negara tivesse sido ameaçada de agressão física. No caso vertente, restara olvidado o princípio da correlação. Há referência à melhor doutrina (WEBER MARTINS BATISTA em "*O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal — Doutrina e Jurisprudência*" — Editora Forense, 1995), salientando-se que o roubo pressupõe violência não contra a coisa, mas contra a pessoa. Remete-se à lição de DAMÁSIO DE JESUS no sentido de que "no furto com arrebatamento, a violência é dirigida à coisa e não à pessoa. Se o possuidor é atingido, por repercussão, nem por isso o fato passa a tipificar o delito de roubo, salvo se ficar demonstrado que o agente também quis usar de violência contra a vítima". Pleiteia-se a concessão de liminar que implique a expedição do alvará de soltura, deferindo-se, alfim, a ordem, para que a espécie seja enquadrada no tipo do artigo 155, chegando-se à pena mínima de um ano de reclusão. Com a inicial vieram os documentos de folhas 15 a 146, que reproduzem, em si, a ação penal. (Folha 150)"

Concedi a liminar para afastar a eficácia do decreto condenatório formalizado, determinando a ciência do órgão apontado como coator e a observância dos consectários próprios quanto à liberdade do Paciente.

Aos autos vieram as informações de folhas 161 e 162, retratando a ação penal, juntando-se documentos relativos a esta última. Os autos seguiram à Procuradoria-Geral da República, que, mediante o parecer de folhas 193 a 196, da lavra do Subprocurador-Geral da República Dr. Edinaldo de Holanda Borges, opinou pelo indeferimento da ordem. Voltaram-me conclusos em 20 de maio, tendo sido liberados no dia 2 do mês seguinte, quando indiquei como data para julgamento a de hoje, ou seja, 10 de junho de 1997, isso objetivando a ciência,

pelo Gabinete, do Impetrante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Marco Aurélio** (Relator): Ressalvo a convicção relativa à competência para julgar *habeas corpus* impetrado contra ato de Tribunal de Alçada Criminal quando o paciente não goza de prerrogativa de foro. Os integrantes do referido Tribunal, como juízes estaduais, estão submetidos à jurisdição direta, nos crimes comuns e de responsabilidade, do Tribunal de Justiça local — inciso III do artigo 96 — ao qual cabe, assim, julgar o *habeas corpus*. Todavia, até aqui não é este o entendimento predominante, razão pela qual, considerado o julgamento da reclamação nº 314-DF, em que fiquei vencido, na companhia honrosa dos Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Celso Mello, coloco a conclusão própria em plano secundário e conheço do pedido formulado. O tema foi melhor desenvolvido quando verificado o debate junto ao Pleno (acórdão publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 9, páginas 140 a 146).

Reafirmo o que tive oportunidade de consignar quando deferi o pedido de medida acauteladora:

“2. A máxima segundo a qual o Direito, como ciência, possui institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio ganha contornos robustos quando em jogo a liberdade do cidadão e, portanto, a aplicação do Código Penal, cujos dispositivos estão vinculados, até mesmo por comporem a ordem jurídica pátria submetida à Carta da República, ao princípio da legalidade. Daí ter-se no artigo 1º que ‘não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal’. Ora, distintos são os tipos do furto e do roubo. O primeiro, segundo a norma no artigo 155 do Código Penal, revela-se mediante a subtração, para si ou para outrem, de coisa alheia móvel, exurgindo a figura do furto qualificado uma vez presente qualquer das hipóteses dos incisos do § 4º do mesmo artigo. A pena fixada diante da configuração do delito é de um a quatro anos de reclusão, acrescida da multa, sendo certo que a forma qualificada alça o balizamento para dois a oito anos de reclusão. Já o roubo diz com a prática de ato tendo em vista não só o objeto material imediato (a coisa alheia móvel) como também a própria pessoa: concretiza-se em acontecimento que implique a subtração de coisa alheia móvel, para o agente ou para outrem, mediante grave ameaça ou

violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. A dualidade do objeto material (pessoa e coisa alheia móvel) conduziu o legislador a estabelecer para o tipo pena substancialmente superior à do furto, ou seja, de quatro a dez anos, mais a multa. É possível asseverar que o elemento de distinção, conforme frisado na melhor doutrina, está na circunstância de, no roubo, e somente neste, ter-se a violência contra a pessoa.

Examinem-se os parâmetros da hipótese dos autos. Na denúncia descreveu-se fato passível, não há a menor dúvida, de ser enquadrado como roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo:

‘No dia 30 de agosto de 1995, por volta das 9h10min, na Av. Mauá, nesta Cidade, o denunciado, mediante grave ameaça exercida pelo emprego de arma (não apreendida), subtraiu, para si, uma bolsa, contendo em seu interior diversos documentos pessoais, cartões de crédito, talões de cheque e a importância de R\$ 102,00, pertencente a Zélia Maria de Freitas Tomaselli.’
(Folha 17)

Inegavelmente, o Estado-acusador sopesou o termo de declaração da vítima, lavrado na delegacia policial, quando narrara que fora ‘abordada por um elemento de cor branca (morena) que tripulava uma bicicleta de cor preta e mostrou à depoente um revólver que levava na cintura, neste ato a mesma teve roubado o seguinte: ...’. Potencializou-se, é certo, a questão alusiva à arma, admitindo-se que, em face de encontrar-se na cintura do Paciente, consubstanciara a grave ameaça atinente ao roubo. Ocorre que, como bem salientado na sentença, o depoimento da vítima perante o Juízo foi totalmente diverso, havendo sido relatada a aproximação do Paciente, em bicicleta, e o fato de haver puxado a bolsa, procurando a vítima retê-la. Eis trecho da sentença, suficientemente elucidativo:

‘A vítima Zélia Maria informou em juízo que na data do fato estava caminhando pela rua, quando foi abordada pelo réu, o qual passou de bicicleta e puxou a sua bolsa, arrancando-a. Mencionou

que não houve agressão física e nem ameaça com arma de fogo, não tendo percebido se o acusado estava armado na ocasião do fato.'

Em seguida, à folha 113, voltou o Magistrado a versar sobre o tema, consignando que:

'... a vítima Zélia informou em seu depoimento que não foi ameaçada com revólver e nem mesmo chegou a ver se o réu possuía algum tipo de arma, na ocasião do fato, ressaltando apenas a violência dele ao puxar a sua bolsa, no momento do roubo.'

Ao primeiro exame, o trecho é suficiente a concluir-se que a violência, o fato de o Paciente haver puxado a bolsa, revela como destinatário não a pessoa, mas a coisa. É comum a espécie, sendo apontada pela doutrina como configuradora de arrebatamento. A situação aproxima-se da 'tombada', em que o choque com a vítima visa a distraí-la. Por isso mesmo, o Procurador de Justiça, ao opinar no julgamento da apelação, fê-lo na qualidade não de acusador, mas de fiscal da lei, no sentido da desclassificação da figura de roubo para furto. Registro que, na análise ora procedida, foram levadas em conta as premissas do decreto condenatório e a própria definição do tipo penal. (Folhas 150 e 152)"

Por tais razões, concedo a ordem para, assentando a configuração do crime de furto simples, fulminar as decisões condenatórias formalizadas. Considerando que a pena-base foi fixada em quatro anos e seis meses de reclusão, sendo alijada a majoração em virtude da menoridade do Paciente e, portanto, havendo ficado no mínimo previsto para o tipo de roubo, adoto idêntico raciocínio quanto ao crime de furto e fixo a pena-base em um ano e seis meses, diminuindo-a, em face da menoridade, para um ano. Ressalto que não cabe, na espécie, determinar o retorno dos autos ao Juízo, para que, já assentado o crime de furto, repita simplesmente o raciocínio desenvolvido no que enquadrou a hipótese como configuradora de roubo. A economia e celeridade processuais obstaculizam este desiderato, que acabaria por alcançar o fetichismo da forma.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro **Maurício Corrêa**: Sr. Presidente, meu voto é no sentido de manter as decisões anteriores em virtude da prática violenta em que se consumou o delito.

No caso, a vítima foi atacada por um trombadinha, de forma violenta. O conceito de furto guarda o significado da subtração pura e simples, o que pressupõe o apossamento sem as características da violência, enquanto o roubo pressupõe-no com grave ameaça ou violência. Ora, na hipótese, o que se viu é que a vítima foi derrubada, provavelmente até se machucando, e isto não é subtração no sentido da definição de furto, mas claramente de roubo.

Não há aqui cogitar-se da aplicação do art. 155 do Código Penal, mas sim do dispositivo relativo ao roubo, que está previsto no artigo 157, *caput*.

Por isso mesmo, com a devida vênia do e. Relator, conheço do *habeas corpus*, mas indefiro a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: Sr. Presidente, a violência está evidente, de sorte que não há dúvida que se tem o crime tipificado na cabeça do art. 157 do Código Penal.

O fato da bolsa ter sido arrancada das mãos da vítima caracteriza a violência exigida no art. 157 do Código Penal.

Com essas breves considerações, peço licença aos eminentes Ministros Relator e Nelson Jobim, para acompanhar o voto do Sr. Ministro Maurício Corrêa.

VOTO

O Sr. Ministro **Néri da Silveira** (Presidente): Penso que a hipótese não é a do art. 155, mas, sim, a do art. 157, ambos do Código Penal. O art. 157 referido preceitua:

“Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.”

A meu ver, não é possível deixar de ter como configurada violência a uma pessoa arrancar-lhe do braço a bolsa que ela portava, caminhando tranquilamente pela rua.

A gravidade da punição está exatamente em ser o crime também contra a pessoa. No caso, a vítima é a pessoa, não se trata de violência contra coisa, pura e simplesmente. É diferente apanhar uma bolsa que se encontra em cima de um muro, pertencente a outrem que ali a deixou para conversar com alguém, e arrancar a bolsa que esta sob a guarda, sob a vigilância exclusiva do seu proprietário. Tenho como caracterizado, efetivamente, o crime de roubo.

Por essas razões, também peço vênha aos Srs. Ministros Relator e Nelson Jobim, para indeferir o *habeas corpus*, acompanhando o voto do Sr. Ministro Maurício Corrêa.

EXTRATO DA ATA

HC 75.110 — RS — Red. p/ o acórdão: Min. Maurício Corrêa. Pacte.: Silênio Fauth. Impte.: Ivan Guardati Vieira. Coator: Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: Por maioria, a Turma indeferiu o *habeas corpus*, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator) e Nelson Jobim.

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. Edinaldo de Holanda Borges.

Brasília, 10 de junho de 1997 — Carlos Alberto Cantanhede, Secretário.

Habeas Corpus nº 75.479—DF (Segunda Turma)

Relator: O Sr. Ministro Néri da Silveira

Paciente: Milton dos Reis

Impetrantes: Amauri Serralvo e outro

Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Habeas Corpus. 2. Réu condenado à pena de vinte e nove anos de reclusão. 3. Protesto por novo júri. 4. Alegação de excesso de prazo de prisão preventiva. 5. Não cabe falar, aqui, em excesso de prazo de custódia preventiva, pois, desde a condenação pelo Júri, confirmada pelo Tribunal de Justiça, o título da prisão do paciente é decorrente da decisão condenatória definitiva. Não há, no caso, como deferir-lhe o pleito para ser posto em liberdade e, nessa condição, aguardar o novo julgamento. 6. Natureza do “protesto por novo júri”. 7. Não ocorre, aí, desde logo, anulação da pena imposta, mas, tão-só, oportunidade garantida ao paciente, — que se encontra condenado a vinte e nove anos de reclusão, — de novo pronunciamento do Tribunal Popular. Até

que essa nova apreciação da espécie suceda, força é entender que o réu se encontra condenado. 8. Se já faz, a esta altura, como alega, o paciente jus a progressão no regime carcerário, tal pleito há de deduzir-se, originariamente, perante o Juízo das Execuções Penais. 9. *Habeas Corpus* indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, indeferir o *habeas corpus*.

Brasília, 14 de outubro de 1997 — Néri da Silveira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Relator): Em favor de Milton dos Reis, condenado, no Juízo de primeiro grau, à pena de 19 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática de homicídio qualificado, havendo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, julgando recursos interpostos pela defesa e pela acusação, elevado a reprimenda para 29 anos de reclusão, mantido o regime prisional, os Drs. Amauri Serralvo e José Gomes de Matos Filho impetram ordem de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar (fls. 2/9).

Destacando que o colendo Superior Tribunal de Justiça, nestes autos indicado como coator, ao julgar recurso especial interposto pela defesa e acusação, determinou fosse o paciente a novo Júri, na forma do art. 607, do CPP, alegam os impetrantes *excesso de prazo da prisão*, eis que o paciente se encontra preso desde 20 de julho de 1992, tendo em conta o decreto da custódia cautelar, que restou confirmado na pronúncia, não havendo o STJ se manifestado, até a data da presente impetração, acerca de pedido de revogação da custódia, requerida em 31 de março do corrente ano. Anotam, ademais, os impetrantes que o paciente tem direito à progressão do regime prisional, ainda que confirmada a condenação a 29 anos de reclusão, tendo em conta seu comportamento na prisão. Destacam, ainda, a desnecessidade de se manter o paciente na prisão.

Requisitadas as informações, veio ao feito o ofício de fl. 67, do ilustre Presidente do Superior Tribunal de Justiça, informando que os autos do recurso especial se encontravam conclusos ao Relator, bem assim que cópia do acórdão respectivo seria encaminhada a esta Corte tão logo publicado. Atendendo pedido de informações complementares, oficiou o aludido Tribunal, à fl. 94, nestes termos:

“Cumprimentando Vossa Excelência, tendo a satisfação de prestar-lhe as informações solicitadas através do

Ofício nº 1.139/R, de 20 de agosto de 1997, dirigido ao ilustre Presidente deste Superior Tribunal de Justiça, a respeito da situação jurídico-processual do Recurso Especial nº 108.901-DF.

O processo referenciado foi julgado em 17-12-96, tendo o respectivo acórdão sido publicado no Diário da Justiça de 31-3-97. Em oposição ao mencionado acórdão foram interpostos Embargos Declaratórios, em 10-4-97, pelo Ministério Público Federal, os quais foram rejeitados na Sessão de Julgamentos de 27-5-97. Após, foram interpostos os recursos de Embargos de Declaração, por Milton dos Reis, e Recurso Extraordinário, pelo Ministério Público Federal. Presentemente, encontram-se aos autos em fase de conclusão ao Exmo. Sr. Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**, Relator, para exame dos Embargos Declaratórios.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência meus protestos de admiração e respeito."

Antes mesmo da vinda aos autos das informações complementares, peticionaram os impetrantes, à fl. 74, dando conta da interposição, pelo Ministério Público Federal, de recurso extraordinário contra decisão do STJ que garantiu o direito a novo Júri, bem como que o paciente foi aprovado em vestibular na Universidade Católica de Brasília estando regularmente matriculado. Reiteraram, ainda, o pedido de concessão de liminar, para que o paciente, solto, viesse a freqüentar o curso universitário.

Decidindo, acerca da liminar e em face da informação de que o paciente se encontrava matriculado em curso universitário, exarei o despacho de fl. 85 e verso, neste termos:

"1. O paciente está condenado, pelo Júri, a 29 anos de reclusão (fl. 2). A custódia do paciente não mais decorre da prisão preventiva, mas, sim, da condenação a severa pena restritiva de liberdade. Não há como deferir-lhe o pleito liminar para ser posto imediatamente em liberdade. O protesto por novo júri não implica, por si só, anulação da pena imposta, mas a oportunidade garantida ao condenado de novo pronunciamento do Júri. Até que essa nova apreciação da espécie suceda, força é entender que o réu se encontra condenado. Daí resulta não caber a alegação de excesso de prazo de prisão, sem condenação. Indefiro, no ponto, a liminar.

2. Em face dos documentos de fls. 11/13 e 15/17, officiese, com urgência, a Administração do Presídio em que

se encontra recolhido o paciente, consultando-a sobre a possibilidade de manter-se *guarda e segurança*, a fim de o paciente poder freqüentar, acompanhado, as aulas na Universidade Católica de Brasília, de acordo com os horários constantes do documento de fl. 81, cuja cópia deve instruir o ofício."

Em atenção ao contido no item 2 do despacho supratranscrito, vieram aos autos os Ofícios nºs 888/97-DAA/CPE e 3.199/97-CIR (fls. 134 e 136), ressaltando-se, no primeiro ofício:

"Atendendo solicitação de Vossa Excelência, informo que o custodiado **Milton dos Reis**, encontra-se recolhido no Centro de Internação e Reeducação, para onde encaminhamos Fax do presente ofício.

Contudo, acrescento que não temos condições de escotar internos para freqüentar curso superior em qualquer outra modalidade que necessite de acompanhamento policial diário, pois temos limitações de recursos materiais e de pessoal."

Em despacho exarado à fl. 137, indeferi a pretensão do paciente de freqüentar as aulas do curso em que obteve aprovação no concurso vestibular, *verbis*:

"1. Tendo em conta os termos do despacho de fl. 85 e v. (item 1), referentes ao indeferimento da liminar, bem assim o que se contém nos Ofícios de fls. 134/136, indefiro a solicitação feita pela defesa, à fl. 74, quanto à freqüência às aulas, pelo paciente, na Universidade Católica de Brasília.

2. Vista ao Dr. Procurador-Geral da República."

Oficiando no feito, opinou o Ministério Público Federal, no parecer de fls. 161/163, no sentido de que, conhecido o *writ*, seja denegada a ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Néri da Silveira** (Relator): Preso preventivamente a 20-7-1992, manteve-se a custódia provisória, ao ensejo da sentença de pronúncia. Condenado pelo júri a 19 anos de reclusão, a pena foi elevada para 29 anos de reclusão, no julgamento das apelações do réu e MP, eis que a Corte ora indigitada

coatora, provendo o recurso das acusações, elevou a pena a 29 anos de reclusão. Deferiu-se ao paciente a oportunidade de submeter-se a outro julgamento, mediante a acolhida de protesto por novo júri.

Ao decidir o Recurso Especial nº 108.901, interposto pelos réus, o colendo STJ fê-lo em acórdão assim ementado (fl. 106), *verbis*:

“REsp. — Constitucional — Processual penal — Júri — Protesto por novo Júri — O protesto por novo Júri é apresentado no Código de Processo Penal como recurso. Materialmente, contudo, apresenta as características de ação. Tem, como pressuposto, a condenação pelo Tribunal do Júri quando a sentença condenatória for de reclusão por tempo igual ou superior a 20 (vinte) anos (art. 607). Ação privativa da defesa, incidental. O art. 606 foi revogado pela Lei nº 263, de 23-2-1948. Hoje, o Júri goza de soberania, constitucionalmente, garantida. Antes de 1948, o Tribunal de Justiça poderia rever a decisão do Conselho de Sentença, no mérito. Hoje, ao contrário, limitar-se-á a declarar nulidade, ou promover a corrigenda da pena. Não muda, assim, o julgamento. Em elevando a *sanctio iuris*, a defesa pode postular novo julgamento. Em sendo acima de 20 anos (é a pena do julgado) é facultado à defesa postular outra reunião do Tribunal Popular. Precedente do Supremo Tribunal Federal (RTJ nº 87/789, HC nº 55.295).”

No voto condutor do julgado, registrou o Relator, ilustre Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, acerca do “protesto por novo júri” (fls. 115/116), *verbis*:

“A defesa de direito, em juízo, faz-se através da ação. Aliás, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Const., art. 5º, XXXV).

Ação, portanto, é a postulação da prestação jurisdicional.

A ação penal (diferentemente da ação cível) não encerra — pedido — no sentido de delimitar a pretensão deduzida pelo autor. Daí, com precisão, na área do processo civil, distinguirem-se as decisões *citra*, *ultra* e *extra petita*.

A ação penal é diferente. O Ministério Público e o querelante comunicam ao juiz fato definido como infração penal a fim de ser judicialmente averiguado, por imperativo dos princípios do contraditório e da plenitude de defesa. Pouco importa o representante do

Ministério Público postular, a final, condenação, ou absolvição. O magistrado decidirá como lhe parecer correto.

Não há, portanto, demanda, no sentido processual civil. O processo penal é exigência constitucional de ninguém ser condenado sem o devido processo legal.

Além dessa ação, LEONE sob os *nomina iuris* — ações penais complementares — relaciona, dentre outras, o postular a reabilitação, a anistia e o indulto (*Elementi, Jovene*, Napoli, 3ª ed., p. 214).

O — protesto por novo júri — situa-se entre os institutos que a literatura especializada relega a plano secundário. O réu do Tribunal do Júri, como regra, é pessoa humilde, sem proteção social e econômica, o que explica ser colhido pelas instâncias formais de controle da criminalidade. Inexiste, então, interesse maior para o estudo dos temas próprios do processo dos crimes dolosos contra a vida.

O Código de Processo Penal, tal como faz com *Habeas Corpus* (arts. 647 e seguintes) e a Revisão Criminal (art. 621 *usque* 631), inclui o Protesto por novo júri (arts. 607/608), no rol dos — Recursos (Título II). Há, sem dúvida, equívoco evidente. Tem, a exemplo do *Habeas Corpus* e da Revisão Criminal, as características de — ação penal. Privativa de defesa, admissível quando a sentença condenatória do Tribunal do júri for de reclusão por tempo igual ou superior a vinte anos, não podendo em caso algum ser feito mais de uma vez (art. 607).

A ação, como causa, constitui relação processual. Esta, por seu turno, encerra, no conteúdo, complexo de direitos e obrigações contrapostos. Dentre estes, tem-se o — recurso. Ação e recurso não se confundem. Este pressupõe aquela.

Toda ação provoca o aparecimento de relação processual. O recurso, ao contrário, integra relação processual existente. Além disso, deve manifestar-se antes da preclusão, ou da coisa julgada. Tem, por objeto, decisão (de mérito, ou não). E, por finalidade, a crítica jurídica dessa decisão, nos aspectos, pois, de legalidade e justiça. A decisão, por isso, será mantida, ou reformada (total, ou parcialmente).

A ação, ainda que tome fato histórico integrante de relação processual, dá causa a nova relação processual.

Não compõe, como acontece com o recurso, única relação jurídico-processual. A ação pode ser desenvolvida, antes, ou depois da preclusão, ou mesmo da coisa julgada. Terá, por sua vez, por objeto, decisão, ou prevenir uma decisão. A finalidade, outrossim, a crítica jurídica da decisão. O *Habeas Corpus* serve de ilustração idônea até para afetar relação processual, como corriqueiramente se diz — trancar a ação penal.

O protesto por novo júri é interposto, antes da coisa julgada. Incidente à relação processual penal. Não tem por objeto, registro importante, decisão condenatória. Esta, ao contrário, é — pressuposto, antecedente lógico. No protesto por novo júri, não se examinam a legalidade e a justiça da condenação. Bastam o rigor e a origem da pena para ensejar ao réu direito a novo julgamento. O acusado limita-se a pleitear — outra reunião do Tribunal do júri. Há direito do condenado a nova sentença de mérito. Configura — ação — distinta da inaugurada com a denúncia. Ao contrário desta, entretanto, há — pedido (postulação certa e determinada). Ademais, insista-se, — ação incidental.

O art. 607, § 2º, do Código de Processo Penal fornece importante subsídio para essa conclusão: o protesto prejudicará (melhor do que invalidará) qualquer recurso. Vale dizer, afeta a eficácia de qualquer impugnação de legalidade, ou injustiça da decisão do júri. Evidente, não alcança eventual apelação por outro crime (art. 608).

O protesto por novo júri fulmina o julgamento. A nova decisão é desvinculada da anterior. Não confirma, nem ratifica a antecedente. É outra decisão.”

A Procuradoria-Geral da República, nessa linha, anotou (fl. 162), *verbis*:

“2. O presente *Habeas Corpus* deve ser conhecido mas, no mérito, denegada a ordem.

3. É que o paciente está condenado pelo Júri a vinte e nove anos de reclusão, decisão que inclusive já passou pelos crivos da apelação e do recurso especial e que deve prevalecer até que o Tribunal Popular reexamine a questão.

4. Portanto a prisão do paciente não decorre do decreto de prisão preventiva ou da sentença de pronúncia, como quis fazer crer o impetrante, e sim da condenação que

subsiste, como visto, até que o Tribunal do júri reexamine a matéria, o que nem sempre é garantia de indulgência vez que a condenação anterior pode ser mantida em sua integralidade.

5. Ademais, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o benefício do art. 594 do Código de Processo Penal não se estende à hipótese de protesto por novo Júri como se vê das emendas a seguir transcritas:

“EMENTA: Habeas Corpus. Júri. Condenação. Protesto por novo julgamento. Prisão do réu.

O benefício previsto no art. 594 do CPP (redação da Lei nº 5.941/73) não se estende aos casos de protesto por novo Júri (RHC 58.649-AM — Rel. Min. Cunha Peixoto — RTJ 101/982)

EMENTA: Habeas Corpus. Júri. Condenação. Protesto por novo julgamento. Manutenção da prisão do réu pelos motivos que fundamentaram a prisão preventiva, aos quais se reportaram a pronúncia e a sentença condenatória. Recurso desprovido.”

(RT 553/465).”

Não cabe, efetivamente, falar aqui em excesso de prazo de prisão preventiva do paciente, pois, desde a condenação pelo Júri, confirmada pelo Tribunal de Justiça, o título da prisão do paciente não é mais a custódia preventiva, mas, sim, a decisão condenatória definitiva. Não há, no caso, como deferir-lhe o pleito para ser posto em liberdade. Não ocorre anulação da pena imposta, mas, tão-só, oportunidade garantida ao paciente, que se encontra condenado a 29 anos de reclusão, de novo pronunciamento do júri. Como referi no despacho transcrito no relatório (fl. 85 v.): “Até que essa nova apreciação da espécie suceda, força é entender que o réu se encontra condenado”.

Se já faz, a esta altura, como alega, jus a progressão no regime carcerário, tal pleito há de deduzir-se perante o juízo competente, originariamente, com recurso à Corte de Segundo Grau, podendo vir a ser conhecida a matéria, em grau de recurso ou em novo *habeas corpus* contra decisão da Corte local, pelo STF.

Do exposto, indefiro o *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro **Nelson Jobim**: Sr. Presidente, ao que tudo indica, pelas informações constantes do processo, os demais réus não protestaram pelo novo

júri; logo, o Superior Tribunal de Justiça conheceu do recurso especial, porque o protesto invalida os demais recursos.

No momento em que o Superior Tribunal de Justiça admitiu o protesto — o qual havia sido negado pelo Tribunal de Justiça — e determinou sua admissão, ficou inviável o conhecimento, por parte do STJ, das alegações de outra natureza contidas no recurso de apelação, isso no interesse da defesa. A defesa optou pelo caminho no qual excluía o conhecimento das matérias suscitadas na apelação caso fosse acolhido o protesto.

Os demais réus, que recorreram ao Superior Tribunal de Justiça, não optaram pelo caminho do protesto por novo júri — não sei se teriam condições de fazê-lo, a condenação foi superior a vinte anos, portanto poderiam ter feito e não o fizeram —, optaram pelo caminho do conhecimento do recurso especial.

Tendo o paciente exercido o direito que lhe assegurava a circunstância do agravamento da pena pelo Tribunal, os seus procuradores e o próprio recorrente fizeram a opção de um novo júri e não o exame das matérias de natureza processual a respeito do novo júri.

Na hipótese de acolhido o protesto e verificadas as condições, se entendêssemos que o protesto por novo júri, pela mera interposição, desconstitui, desde logo, o júri anterior, teríamos que considerar o excesso com relação ao tempo da prisão preventiva ou provisória, já que esta é de 1992.

Ora, se isso fosse verdade e se não déssemos efeito à condenação, estaríamos viabilizando que, em todas as hipóteses de júri com pena superior a vinte anos, a prisão preventiva teria sempre, como decorrência o excesso, e não daríamos efeito a essa decisão, levando à contradição.

Portanto, Sr. Presidente, nessa temática, não tenho dúvida em acompanhar o voto de V. Exa. para dar efeitos à prisão do réu, em decorrência do júri. A sua decisão ainda produz efeitos, dependendo da nova que venha a ser tomada.

Quanto à progressão, não há dúvida, o Supremo Tribunal não poderá examinar, mas, desde logo — lembro a V. Exa. —, se o Tribunal entende, no sistema jurídico, que o protesto por novo júri não desconstitui a decisão anterior, a progressão de regime, havendo prisão provisória, terá de ser concedida, sob pena de a invalidarmos.

Se ele for condenado à pena superior ao tempo que já se encontra na prisão, o tempo cumprido será computado na pena fixada pelo segundo júri. Nessa hipótese, evidentemente, terá direito à progressão do regime, mesmo antes da realização do segundo júri, pois estamos perante a eficácia do primeiro, onde houve uma sentença condenatória. Não é possível, em face da nossa incompetência originária, decidirmos sobre esse tema.

Acompanho integralmente o voto de V. Exa.

VOTO

O Sr. Ministro **Maurício Corrêa**: Sr. Presidente, quer me parecer que a matéria se resume, exatamente, quanto aos efeitos do primeiro júri e ao protesto provido no sentido da exacerbação da pena. Nesse terreno, não vejo como se possa desconstituir o acórdão proferido e a decisão do júri. Nessa fase há de prevalecer os efeitos produzidos nas instâncias ordinárias.

Entendendo que não é o caso de se apreciar a questão relativa à progressão, a qual se reserva à instância adequada, indefiro a ordem, acompanhando V. Exa.

VOTO

O Sr. Ministro **Marco Aurélio**: Senhor Presidente, creio que dois são os temas a serem apreciados. O primeiro diz respeito à prisão do Paciente, à persistência da prisão no que se mostrou preventiva, formalizada antes da sentença de pronúncia e ratificada quando dessa sentença.

Há de se distinguir a hipótese em que, no julgamento de um certo recurso, declara-se insubsistente o veredicto dos jurados e, também, a sentença do Presidente do Tribunal do Júri fixando a pena, quando automaticamente não se restabelece a prisão decorrente da sentença de pronúncia, daquela na qual, tendo sido exacerbada a pena em segunda instância, parte-se para o protesto por novo júri. Neste caso, persiste a condenação inicial e, portanto, a justificativa.

Por essa razão, no particular, indefiro a ordem.

A segunda questão diz com o regime do cumprimento da pena. Ao decidir o *Habeas Corpus* nº 72.565/DF, impetrado em favor do falecido Paulo César Farias, a Corte assentou que o fato de ainda não se contar nos autos com decisão condenatória trântia em julgado não é óbice à instauração do incidente, objetivando saber se o preso tem direito, ou não, à progressão no regime do cumprimento da pena.

Ocorre que não houve o pleito desse incidente no Juízo da Vara das Execuções Criminais competente, havendo dúvida, até mesmo no próprio Tribunal do Júri, já que a decisão não transitou em julgado.

O nobre advogado que fez a cuidadosa sustentação da tribuna adentrará tal campo, objetivando alcançar essa progressão.

Acompanho V. Exa., indeferindo a ordem na primeira parte e não conhecendo do *habeas* na segunda.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 75.479 — DF — Rel.: Min. Néri da Silveira. Pacte.: Milton dos Reis. Impetes.: Amauri Serralvo e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por unanimidade, a Turma indeferiu o *habeas corpus*. Falou pelo

paciente o Dr. José Gomes de Matos Filho.

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. Edinaldo de Holanda Borges.

Brasília, 14 de outubro de 1997 — Carlos Alberto Cantanhede, Secretário.

Habeas Corpus nº 76.213—GO
(Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence

Paciente: Marcos Francisco Rodrigues Silva

Impetrante: Carlos Gil Rodrigues

Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Quadrilha (ou quadrilha armada) e roubo com majoração de pena pelo emprego de armas e pela prática em concurso de agentes: compatibilidade ou não: análise das variações da jurisprudência do STF: opção pela validade da cumulação da condenação por quadrilha armada, sem prejuízo do aumento da pena do roubo por ambas as causas especiais.

A condenação por quadrilha armada não absorve nenhuma das duas cláusulas especiais de aumento da pena de roubo previstas no art. 157, § 2º, I e II, do C. Penal: tanto os membros de uma quadrilha armada podem cometer o roubo sem emprego de armas quanto cada um deles pode praticá-lo em concurso com terceiros, todos estranhos ao bando.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 14 de abril de 1998 — Moreira Alves, Presidente — Sepúlveda Pertence, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O caso é relatado com precisão no parecer pelo deferimento da ordem do il. Subprocurador-Geral Mardem Costa Pinto — fl. 71:

"Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelo advogado Carlos Gil Rodrigues, em benefício de Marcos Francisco Rodrigues da Silva, alegando e requerendo o seguinte:

a) o paciente foi denunciado, ao lado de outros co-réus, perante o Juízo de Direito da Terceira Vara Criminal de Jaboatão-PE (fls. 10/11) sendo, ao final, condenado à pena de onze anos e oito meses de reclusão e multa, por infringência aos artigos 157, parágrafo 2º, incisos I e II e artigo 288, parágrafo único, do artigo 288, ambos do Código Penal (fls. 12/19);

b) inconformado com a sentença condenatória apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco buscando, no mérito, a absolvição (fls. 21/30). A Terceira Câmara Criminal daquele Órgão Colegiado, à unanimidade, negou provimento ao recurso (fls. 52/60);

c) espera a concessão da presente ordem de *Habeas Corpus* para excluir as qualificadoras impostas ao paciente, sustentando a ocorrência de *bis in idem* ao fundamento de que houve dupla condenação pelo mesmo fato, eis que as qualificadoras impostas pelo delito de roubo constituem elementar do crime de quadrilha, em que também restou condenado o paciente.

O presente *Habeas Corpus* deve ser conhecido e, no mérito, concedida a ordem.

Através da sentença condenatória de fls. 12/20, verifica-se que o paciente foi condenado como incurso nas penas do artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, e artigo 288, parágrafo único, ambos do Código Penal. Ao fixar a reprimenda para o crime de roubo, aquele juízo a agravou em dois meses, considerando o emprego de arma previsto no inciso I e o concurso de pessoas disposto no inciso II, ambos do artigo 157 do Código Penal. Em seguida, condenou o paciente à pena de três anos de reclusão pelo crime de quadrilha, previsto no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal.

Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, a condenação do réu pelos crimes de roubo qualificado (incisos I e II) e quadrilha armada (artigo 288, parágrafo

único) implica em *bis in idem*, eis que as qualificadoras do roubo constituem elementares do crime de quadrilha, em sua forma prevista no parágrafo único do artigo 288, bastando conferir ementas adiante transcritas:

‘EMENTA: *Habeas Corpus*. Réu condenado a vinte e três anos de reclusão, por infração ao art. 157, par. 2º, I e II, três vezes, combinado com o art. 51, par. 1º, e o art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal, em concurso material. Não é possível a condenação por crime de roubo qualificado pelo emprego de arma e por se perpetrar com o concurso de duas ou mais pessoas (CP, art. 157, par. 2º, I e II), no caso concreto, em que o paciente foi condenado, também, em concurso material (CP, art. 51) por crime de quadrilha, na forma qualificada (CP, art. 288, parágrafo único). As qualificadoras do roubo, assim consideradas, constituem elementares do crime de quadrilha, na forma qualificada.

Condenado, pelos crimes de roubo e quadrilha, em concurso material, cumpre, dessa maneira, não acrescer, em cada delito de roubo (CP, art. 157) o aumento de metade referente a dupla qualificação, como fez o acórdão. Reconhecida, outrossim, a prática dos três crimes de acréscimo de um sexto, por concurso formal, *ut* art. 51, par. 1º, do Código Penal. *Habeas Corpus* deferido, para reduzir o total da pena de vinte e três anos para quatorze anos e oito meses de reclusão, ou seja, mantida a pena-base de quatro anos e dois meses, estabelecida na sentença (CP, art. 157), para cada um dos crimes de roubo, em concurso material (CP, art. 51), totalizando doze anos e seis meses de reclusão, a essa pena crescendo, ainda, a sanção de dois anos e dois meses, fixada na sentença, para o delito de quadrilha, na forma qualificada (CP, art. 288, parágrafo único) (HC 61.858/RJ — Rel. Min. Néri da Silveira — DJ 8-11-84 — p. 18766).

‘EMENTA: *Quadrilha e roubo qualificado*. *Bis in idem* com a apenação do art. 157, parágrafo 2º, I e II e artigo 288, parágrafo único do Código Penal.

Exclusão da *quadrilha e roubo*.

Habeas Corpus deferido para excluí-la.' (HC 62.570/RJ — Rel. Min. Oscar Corrêa — DJ 29-3-85 — p. 4282).

'EMENTA: *Habeas Corpus*. Condenação por roubos qualificados, em concurso material, e *quadrilha* na forma qualificada (CP, arts. 157, parágrafo 2º, I e II, e 288, parágrafo único). Paciente, que é co-réu em processo-crime, havendo a Turma concedido *Habeas Corpus*, pelo mesmo fundamento, a dois outros co-réus. *Habeas Corpus* nºs 61.858 e 62.598, ambos do Rio de Janeiro. Código de Processo Penal, art. 500. *Habeas Corpus* deferido, para não se acumularem os acréscimos relativos as qualificadoras do art. 157, parágrafo 2º, I e II, do Código Penal, com *quadrilha* qualificada (art. 288, parágrafo único, do CP), mas, tão só, as penas por crimes de **roubo**, em cúmulo material, e a de *quadrilha* qualificada.' (HC 62.564/RJ — Rel. Min. Néri da Silveira — DJ 28-6-85 — p. 10678).

Diante do exposto, somos pelo conhecimento e concessão da presente ordem de *Habeas Corpus* para excluir as circunstâncias qualificadoras previstas no § 2º, inciso I e II, do artigo 157, do Código Penal, reduzindo-se a pena para nove anos de reclusão, tomando-se a pena-base fixada em seis anos para o crime de **roubo**, cumulada pelo concurso material, com a pena de três anos de reclusão pelo crime de *quadrilha*."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Sepúlveda Pertence** (Relator): O tema do *habeas corpus* ainda divide a jurisprudência do país (cf. SILVA FRANCO *et alii*, *C. Penal*, ed. RTJ, 2/3329 ss.) e tem sofrido variações na do Supremo Tribunal.

Acórdão da lavra autorizadíssima de NELSON HUNGRIA, HC 34.088, de 13-6-56, reproduzido nos seus *Comentários ao Código Penal* (Forense, 1959, IX/180, nota 6), afirmou a compatibilidade da condenação em cúmulo material por *quadrilha* e outro crime pela prática em concurso de agentes:

"A quadrilha ou bando é crime *per se stante*, consistente no associarem-se mais de três pessoas, não acidentalmente, para a prática de um crime determinado, mas estável ou permanentemente para a prática de crimes não previamente determinados ou individuados. Tanto não se identifica com a participação criminosa que, enquanto por ele respondem todos os associados, já pelo crime efetivamente praticado, dentro no plano genérico da associação, respondem tão-somente os respectivos agentes. Se, para a prática do crime que atende ao programa da associação, não é necessário o concurso de todos os associados, podendo mesmo ser praticado por um só deles, é claro que a reunião de todos ou de alguns para esse crime individuado é circunstância que não se identifica com a anterior associação para delinquir. Reconhecendo-se, portanto, concurso material entre o crime ou bando ou quadrilha e o subsequente crime qualificado pela pluralidade de agentes, não há o *bis in idem* alegado pelo impetrante. O crime qualificado pelo concurso de agentes não absorve ou exclui o crime de quadrilha ou bando, pela singela razão de que não é necessária a precedência deste para a prática de determinado crime, não dependendo esta última ação, necessariamente, da primeira."

O raciocínio do saudoso mestre parece conduzir, *mutatis mutandis*, a também negar o *bis in idem* entre a quadrilha armada e a causa especial de aumento da pena de ser o roubo cometido com emprego de arma.

A orientação contrária, no entanto, prevaleceu em diversas decisões da antiga Primeira Turma, na primeira metade dos anos 80.

Começa essa jurisprudência com o HC 58.928, 5-6-81, do saudoso Ministro Clóvis Ramalhete (RTJ 99/1097), onde se afirma constituir *bis in idem* a condenação por quadrilha e a exacerbação da pena do furto pelo concurso de agentes.

Seguem-se diversos julgados, a respeito do concurso entre a quadrilha armada (C. Pen., art. 288, parágrafo único) e o roubo, todos no sentido da inadmissibilidade de agravar-se a pena deste tanto pela pluralidade de agentes quanto pelo emprego de armas (CP, art. 157, § 2º, I e II): cf. HC 61.859, 19-8-84, Muñoz, RTJ 110/1067; HC 61.858, 31-8-84, Néri, RTJ 120/1042; HC 62.564, 9-4-85, Néri, DJ 28-6-85; HC 62.570, 1º-3-85, Oscar, DJ 29-3-85.

A virada parcial vem com a decisão plenária do HC 64.772, 1º-4-87 (RTJ 128/1162), da lavra do em. Ministro Octavio Gallotti, que, fundado em brilhante parecer do então Subprocurador-Geral Assis Toledo, mantém a tese da incompatibilidade entre a quadrilha e a majorante do concurso de agentes no

roubo, mas não entre a quadrilha armada e a agravante especial do emprego de armas; o entendimento foi reiterado, nesta Turma, no RE 107.773, 3-3-89, vencido o em. Ministro Néri da Silveira, relator originário, redator do acórdão o Ministro Gallotti.

De minha parte — vencendo embora minha animosidade em relação às penas exageradas —, a convicção me leva a tomar, no problema, a posição mais severa, a rigor, jamais adotada nos acórdãos ora pesquisados, mas que parece implícita na do grande HUNGRIA: estou em que a condenação por quadrilha armada não afasta nenhuma das duas causas especiais discutidas de aumento da pena do roubo.

Quanto à do emprego de armas, no parecer acolhido no HC 64.772, é irresponsável, *data venia*, a demonstração do douto Ministro Assis Toledo (RTJ 128/1165 ss.).

Depois de mostrar, como é do consenso doutrinário, a possibilidade do concurso material entre a participação na quadrilha e qualquer outro crime praticado por um ou mais dos membros do bando, prosseguiu o ilustre penalista (RTJ 128/1167):

“Fixadas essas premissas, parece-nos perfeitamente possível ocorrer, entre outras, estas duas situações:

a) configuração de quadrilha armada e roubo praticado por seus membros, sem emprego de arma (p. ex.: assalto a uma pessoa idosa, para o qual se julgou suficiente o emprego da força muscular);

b) configuração de quadrilha armada e roubo praticado por seus membros, com emprego de arma (p. ex.: caso dos autos).

Na hipótese sob a teremos uma quadrilha armada em concurso material com roubo simples (não houve efetivo emprego de arma). Na hipótese sob b, o concurso será de quadrilha armada com roubo qualificado pelo emprego de arma. O porte de arma que qualifica a quadrilha (perigo abstrato) não é equivalente ao emprego efetivo de arma que qualifica o roubo (perigo concreto).”

Claro, assim, ao contrário do que asseveram os julgados afirmativos do *bis in idem*, que essa agravante especial do roubo não integra o fato típico constitutivo da quadrilha qualificada.

O mesmo raciocínio me leva, contudo, animado pela autoridade de HUNGRIA, a discordar do parecer de Assis Toledo e do acórdão de Gallotti, no ponto em que divisam *bis in idem* na imputação simultânea da quadrilha, armada ou não, e do roubo agravado pelo concurso de agentes.

“... exigindo a quadrilha o número mínimo de quatro pessoas, é impensável um crime cometido pela quadrilha sem a participação de, no mínimo, duas pessoas. Embora seja admissível, em tese, como se viu, a responsabilização de parte dos membros do bando nos crimes planejados e cometidos, é impossível que isso ocorra com o envolvimento de apenas um deles (menos de dois). É que, se um dos quadrilheiros executa crime planejado pela quadrilha, haverá, no mínimo, dois: um, o autor intelectual, a ligação com a quadrilha, outro, o autor material. Se apenas um dos partícipes do bando planeja e executa sozinho, por conta própria, determinado crime, sem o conhecimento, sem a anuência ou sem o auxílio dos demais, hipóteses de crime sem concurso de agentes, fica muito difícil, nesse caso, atribuir-se o fato à própria quadrilha, exurgindo a responsabilidade pessoal, isolada, do único agente. Não se há de cogitar de concurso material. Isso significa, a nosso ver, que o concurso de agentes ocorrerá sempre no roubo cometido por quadrilha (armada ou não), diferentemente do que ocorre com o emprego de arma...”

O vício do raciocínio está, *data venia*, em emprestar entidade jurídica própria ao “crime cometido pela quadrilha” que, ao meu ver, não existe.

O que pode existir é o crime cometido exclusivamente por membros da quadrilha, caso em que todos os partícipes responderão, em cúmulo material, pelo crime praticado em co-autoria e também pela associação para delinquir.

São, no entanto, a quadrilha e o outro delito cometido por seus membros — e o próprio Toledo o recordara, no início do seu belo parecer — crimes reciprocamente independentes, consumados em momentos distintos e com diversa objetividade jurídica: por isso, é óbvio, para a punição da quadrilha é de todo indiferente que os partícipes do crime a ser punido em concurso material sejam ou não, todos eles, integrantes do bando.

Vale dizer. Assim como um estranho pode ser partícipe de um crime cometido por membros de uma quadrilha — caso em que por este não responderá —, assim também é possível que, na comissão de determinado crime material, um só dos membros da quadrilha coopere com estranhos ao bando, caso em que o primeiro — e somente ele — no mesmo processo, poderá responder pelo concurso material de delitos.

Indefiro, pois, o *habeas corpus*: é o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Octavio Gallotti: Sr. Presidente, acompanho o brilhante voto do eminente Ministro-Relator, cuja crítica ao precedente de que fui Relator terminou por convencer-me.

Indefiro a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 76.213 — GO — Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. Pacte.: Marcos Francisco Rodrigues Silva. Impte.: Carlos Gil Rodrigues. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.

Brasília, 14 de abril de 1998 — Ricardo Dias Duarte, Secretário.

Habeas Corpus nº 80.617 — MG (Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence

Paciente e Impetrante: Erasmo Gil de Souza

Coatora: Turma Recursal do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte

Ação penal pública incondicionada: contravenção de vias de fato (LCP, art. 17).

A regra do art. 17, LCP — segundo a qual a persecução das contravenções penais se faz mediante ação pública incondicionada — não foi alterada, sequer com relação à de vias de fato, pelo art. 88, L. 9.099/95, que condicionou à representação a ação penal por lesões corporais leves.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, “indeferir” o pedido de *habeas corpus*.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Sepúlveda Pertence**: Nas férias, para indeferir a liminar, o em. Ministro Presidente, Carlos Velloso, sintetizou com precisão o caso — fl. 18:

“**Despacho**: Vistos. Trata-se de *habeas corpus* preventivo, com pedido de liminar, para trancamento da ação penal, impetrado por Defensora Pública em favor de *Erasmão Gil de Souza*, contra decisão da Turma Recursal do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte, que ‘dando provimento à apelação interposta pelo Ministério Público, os autos retornaram à origem para oferecimento de denúncia pelo *Parquet*’.

Alega a impetrante que o paciente, em razão de queixa apresentada contra ele, por sua esposa, na Delegacia Especializada de Crimes contra a Mulher, foi autuado pela prática do delito previsto no art. 21 da Lei das Contravenções Penais. A vítima não compareceu novamente à Delegacia para prestar esclarecimentos e os autos foram remetidos ao Juizado Especial Criminal. Apesar de intimada por mandado, por ter-se mudado de residência, não compareceu à audiência. Fundamentada no desinteresse tácito da vítima, a Dra. Juíza de Direito do Juizado Especial Criminal julgou extinta a punibilidade do autor do fato, com base no art. 107, IV, 2ª figura, do Código Penal. Irresignada, a representante do Ministério Público apelou da decisão. Os autos subiram à Turma Recursal, que deu provimento ao apelo ministerial, cassou a v. sentença e determinou o prosseguimento dos atos processuais.

Requer, por isso, seja concedida a liminar para suspender a ação, ‘trancando-se, ao final, por definitivo, a ação penal a qual encontra-se o paciente, ilegal e abusivamente, respondendo’.

Decido.

O que pretende a impetração implica o exame de provas, o que não se admite em sede de *habeas corpus*.

Ademais, não consta dos autos a decisão ora impugnada.

Indefiro a medida liminar, porque não ocorrentes os seus pressupostos."

Com as informações, veio cópia da decisão da Turma Recursal, objeto do HC, cujo voto condutor aduz — fl. 32:

"Apontam os autos que o apelado foi autor de vias de fato contra a vítima, em 5-9-99, pelo que ela, a vítima, dirigiu-se à Delegacia de Polícia formulando pedido de providência contra o agressor, conforme termo de fl. 9.

No entanto, tendo mudado de endereço, a vítima não foi intimada para a audiência preliminar (fl. 22v). Assim, decorridos mais de seis meses da data do fato, acolhendo a decadência do direito de representação, julgou-se extinta a punibilidade. Daí o recurso, oferecido pelo Ministério Público.

O autor/recorrido praticou, em tese, o delito de vias de fato, tipificado na Lei das Contravenções Penais. A representação do ofendido só constitui condição de procedibilidade da ação penal se expressamente determinar a lei. Ao contrário, o artigo 17 do Dec. - Lei nº 3.688/41 (LCP) determina que "a ação é pública, devendo a autoridade proceder de ofício". Se a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Não obstante, a representação do ofendido não carece de forma especial, quanto mais em matéria de competência do Juizado Especial, onde impera o princípio da informalidade. A vítima, ao se dirigir à Delegacia de Polícia, formulando expresse pedido de providência em desfavor do recorrido, demonstrou manifesto interesse em iniciar a ação penal".

Opinou pela denegação da ordem o il. Subprocurador-Geral Edinaldo Borges, que assinala — fl. 41:

"O comparecimento, *oportuno tempore* da vítima, perante a Delegacia Especializada de Crimes contra a Mulher atendeu à formalização do requisito à propositura da ação. O entendimento consolidado na Suprema Corte é no sentido da imprescindibilidade do rigor formal para a representação."

Cita precedente, da lavra do em. Ministro Rezek, no DJ de 3-5-96.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Sepúlveda Pertence** (Relator): A decisão questionada tem dois fundamentos suficientes: primeiro que, cuidando-se de contravenção penal, a ação é pública incondicionada; segundo que o comparecimento da vítima à Polícia para pedir providências contra o marido valeu por representação, que não carece de forma especial.

Cinge-se a impetração ao último fundamento. Decidir da alegação, parece-me, não prescindiria da requisição do termo circunstanciado de ocorrência, na qual se teria formalizado a manifestação de vontade da ofendida.

Basta-me, contudo, o primeiro fundamento da decisão *a qua*.

Ainda que possa soar paradoxal, o art. 88 da L. 9.099/95 — que tornou condicionada à representação a ação penal por lesões corporais leves — não se estende à perseguição das contravenções. Sequer à de vias de fato (LCP, art. 21), ainda que o fato que o constitui seja, de regra, consumido pela consumação de lesões corporais.

Não cabe condicionar à representação a ação penal pública — nem por analogia, nem por força de compreensão.

O que a lei penal, em situação semelhante dita, é a solução oposta, conforme se vê, no C. Pen. do

“**Art. 101.** Quando a lei considera como elemento ou circunstância do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público”.

De resto, na espécie, a ação pública incondicionada é prescrita por norma expressa — o art. 17, LCP, invocada na decisão impugnada — o qual permanece em vigor, salvo na previsão do processo penal de ofício, incompatível com o art. 129, I, da Constituição.

Indefiro a ordem: é o meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 80.617 — MG — Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. Pacte. e Impte.: Erasmo Gil de Souza (Advas.: DPE-MG — Nádia de Souza Campos e outra). Coatora: Turma Recursal do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e Ellen

Gracie. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.
Brasília, 20 de março de 2001 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

**Recurso Extraordinário nº 241.880 — MT
(Segunda Turma)**

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorridos: Fátima Jussara Rodrigues e Agrinaldo Jorge Rodrigues

Suspensão do processo — Artigo 89 da Lei nº 9.099/95.

Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reservas, o preceito do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 não revela direito do acusado. Ocorrida a recusa do Ministério Público quanto ao benefício, constatando-se o concurso dos requisitos objetivos, os autos devem ser remetidos ao Procurador-Geral de Justiça. Precedente: *Habeas Corpus* nº 75.343/MG, Pleno, Redator para o acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, em 12 de novembro de 1997.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 13 de fevereiro de 2001 — Néri da Silveira, Presidente — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria de votos, conheceu do recurso criminal como apelação e, a uma só voz, negou acolhida ao pedido então formulado, à luz dos seguintes fundamentos:

**Processo penal — Suspensão condicional do processo
— Lei nº 9.099/95 — Aplicação.**

1. O artigo 89 da Lei nº 9.099/95 é norma de natureza processual, mas com repercussão na esfera do Direito Penal. Daí a possibilidade de aplicar-se retroativamente.
2. O art. 90 da referida lei não tem aplicação absoluta, porque, mesmo nos processos em andamento, com

instrução iniciada, ou concluída, aplica-se a suspensão condicional, se benéfica.

3. Dispositivo legal que não pode vulnerar norma constitucional (art. 5º, XL, da CF).

4. Recurso improvido.

No extraordinário de folhas 47 a 57, interposto com alegada base na alínea a do permissivo constitucional, o Ministério Público articula com o malferimento dos artigos 5º, incisos XXXIX e LIII, 98, inciso I, 127 e 129, inciso I, todos da Carta Política da República, defendendo, em suma, não ter o Juiz poderes para, de ofício, impor a suspensão condicional do processo, mesmo contra a expressa manifestação do *Parquet*. Sustenta que a suspensão do processo é ato postulatório, a ser requerido em conjunto pelo Ministério Público e o acusado, depois de haverem ajustado os termos dentro dos parâmetros legais, não sendo o julgador “mero expectador de um conluio, mas deferirá, ou não, a postulação” (folha 53). Vai além, ressaltando que a imposição da suspensão pelo Juiz implicará a frustração do caráter de conciliação e transação do instituto.

Conforme certificado à folha 70-verso, o Recorrido não apresentou contra-razões, estando o procedimento atinente ao juízo primeiro de admissibilidade à folha 72.

O especial simultaneamente interposto teve o trânsito obstado mediante a decisão de folha 71, seguindo-se a protocolação de agravo, não conhecido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

A Procuradoria-Geral da República emitiu o parecer de folhas 127 a 131, pelo provimento do recurso, assim resumido:

“Recurso Extraordinário. Lei 9.099/95. Suspensão condicional do processo. Ante a recusa do Ministério Público quanto à aplicação do benefício, não pode o magistrado exercer tal faculdade. Aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal. Pelo conhecimento e provimento do recurso (folha 127).”

Na peça, preconiza-se a remessa do processo revelador da ação penal ao Procurador-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Marco Aurélio** (Relator): Os pressupostos de recorribilidade estão atendidos, valendo notar que, publicado o acórdão de folhas 28 a 44 no Diário de 5 de março de 1997 — quarta-feira — folha 46, a interposição do recurso ocorreu em 20 imediato — quinta-feira — folha 47.

Em relação à matéria de fundo, tive a oportunidade de consignar, quando do julgamento que resultou no precedente evocado pela Procuradoria-Geral da República:

“O emprego do verbo “poder” pelo legislador brasileiro, especialmente no campo penal, não é incomum. Preceitos outros, além do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, contemplam o citado verbo, e nem por isso é possível, à mercê de interpretação literal, chegar-se a concluir pela existência de faculdade, de campo propício ao subjetivismo, ser apropriada a decisão por simples conveniência, mesmo porque em jogo a liberdade, apego maior deve haver à observância do arcabouço normativo, como fica bem em um Estado Democrático de Direito. Há de afastar-se a possibilidade de predominar concepção pessoal, de critérios particularizados, alfim, de óptica calcada em um verdadeiro direito alternativo vindo a repercutir na liberdade do cidadão. Tome-se, como exemplo, o que se contém no artigo regedor da fixação do regime de cumprimento da pena. Há pouco, votando no *Habeas Corpus* nº 75.663-8/SP, tive oportunidade de consignar que o emprego, no artigo 33 do Código Penal, do verbo “poder”, ao mesmo tempo constante do artigo 89 ora em comento, não deve ser tomado como revelador de discricionariedade na fixação do regime de cumprimento da pena. Justifiquei a utilização do vocábulo pelo legislador com base na premissa de se ter, nas alíneas a, b, e c do § 2º do artigo 33, regências diversas. Para alínea a, o condenado à pena superior a oito anos há de começar a cumpri-la em regime fechado. O critério é estritamente objetivo, sendo norteado, conforme está no preceito, pela quantidade de anos relativos à pena de reclusão. Na alínea b, buscou-se revelar o enquadramento da situação jurídica em que a pena fique entre quatro e oito anos. Ao aludir-se ao início de cumprimento no regime semi-aberto, impôs-se a condição de o condenado não ser reincidente, e empregou-se o verbo “poder” — poderá. Por último, quanto àqueles apenados com reclusão igual ou inferior a quatro anos, mais uma vez cogitou-se de não se tratar de reincidente, e, aí, também empregando-se o verbo “poder”, cuidou-se do regime aberto. Indaga-se: na espécie, seria possível partir para o literalismo e dizer da feição discricionária do ato do juiz ao fixar o regime de cumprimento da pena?

Ao votar no referido *habeas corpus*, ressaltei:

‘Por outro lado, entendo que o ofício judicante não diz com o aspecto discricionário. O juiz sempre atua vinculado à lei, de acordo com as normas materiais e instrumentais aplicáveis à espécie; portanto, não decide conforme o humor do dia, o regime de cumprimento da pena, mas deve fazê-lo norteado pelo texto do artigo 33.’

Posteriormente, para minha própria reflexão, perquiri, tendo em conta o aspecto verbal, gramatical, de teor das alíneas b e c do § 2º do artigo 33, já que, relativamente à alínea a, dúvidas jamais pairaram, o seguinte:

‘(...) diante dessa possibilidade, o que define se o regime será o semi-aberto ou o fechado? Por que a alínea b viabiliza, realmente, como salientado pelo Ministro Maurício Corrêa, a imposição do regime fechado, ainda que se trate de primário e a pena não exceda a oito anos?’

Fiz ver que o que define, diante da dualidade, o regime de cumprimento da pena é o texto do § 3º do artigo 33 do Código Penal — e a expressão inicial nele contida é muito sugestiva:

‘A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste código.’

Aí temos a vinculação do juiz. Não é ele livre para fixar este ou aquele regime de acordo, como lancei, numa expressão de retórica, com o humor que esteja a dominá-lo no dia do julgamento. São as circunstâncias judiciais que servem de parâmetro. Mostrando-se elas favoráveis ao condenado, descabe partir para regime de cumprimento da pena mais gravoso, porquanto existente o direito subjetivo assegurado legalmente.

Esse raciocínio, lançado, é certo relativamente ao ofício judicante, guarda harmonia com a atuação do Estado-acusador. Conforme ressaltado por LUIZ FLÁVIO GOMES, em *Suspensão Condicional do Processo Penal*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1997, tal como ocorre com

as decisões judiciais — inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal — as manifestações do Ministério Público hão de ser fundamentadas. Pelo inciso I do artigo 129 da Carta tem-se competir-lhe promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Ora, o artigo 89 da Lei nº 9.099/95, ao dispor sobre a suspensão do processo por dois a quatro anos, revela os requisitos para a tanto chegar-se, devendo estes, e apenas estes, em face do princípio da legalidade que submete o Ministério Público, especialmente quando em jogo o *status libertatis* do cidadão, ser observados.

Mais do que isso, a afastar a discricionariedade que alguns insistem em ver, no campo em exame, na atuação do acusador, tem-se o inciso VIII do artigo 129 do Diploma Básico. São funções institucionais do Ministério Público requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. Ora, o artigo 89 em análise não obstaculiza, em si, a oferta da denúncia. Apenas, considerada uma política de persecução criminal, cuja fixação não cabe ao Ministério Público, mas ao legislador, pressupõe, para os crimes de menor repercussão, nos quais a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, a formalização da proposta visando a suspender o processo. Entender-se que se está diante não de um poder-dever do Ministério Público, balizado por regras legais a direcionar não ao princípio da oportunidade regradada, mas à atuação livre, no que presentes critérios de mera conveniência, é olvidar que o Órgão atua segundo os parâmetros legais, objetivando, com isso, colaborar para a indispensável segurança jurídica. Implica admitir que a aplicabilidade do disposto no artigo 89 ganha contornos relativos, ditados, como ressaltou, na obra referida, LUIZ FLÁVIO GOMES, por convicções particulares de cada representante do Ministério Público, variando de comarca a comarca, de vara a vara, conforme as concepções mantidas sobre o momento vivido e a necessidade de implementar-se rigor maior. E tudo isso ocorrerá quando em jogo a liberdade, colocando em xeque o princípio isonômico. O poder de que cogita o artigo 89 “é vinculado e transforma-se em dever quando presentes todos os requisitos legais da medida alternativa. A margem da recusa em se formular a proposta está dada pela lei: são

os requisitos da suspensão. Dentro desta margem, o Ministério Público deve atuar. Para se posicionar contra a suspensão, deve motivar sua manifestação e essa motivação está atrelada “estritamente” ao ordenamento jurídico”.

Senhor Presidente, a não ser assim, ter-se-á colocado em plano secundário o princípio da igualdade, permitindo-se que elementos estranhos à ordem jurídica, totalmente irrelevantes quando em questão a liberdade, venham a definir se alguém deve cumprir a pena privativa de liberdade ou, uma vez aceitas as condições impostas pelo juiz, vê-la substituída na forma do artigo 89. Conforme salientado pelo autor do parecer da Procuradoria-Geral da República, a melhor doutrina já se debruçou sobre a matéria. DAMÁSIO DE JESUS, em *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, Editora Saraiva, 4ª edição, 1997, sob o título “Princípio da Obrigatoriedade da ação penal”, explicitou:

‘(...) A expressão “poderá” não deve ser entendida no sentido de discricionariedade absoluta. Desde que presentes as condições legais, o Ministério Público tem o dever de propor a suspensão condicional do processo.’

Também JOEL DIAS FIGUEIRA JUNIOR e MAURICIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, em *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, Editora Revista dos Tribunais, observaram:

‘A exemplo do que fixei em interpretação ao art. 76 desta Lei, uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos — lá para a proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, aqui para a suspensão condicional do processo —, surge um direito subjetivo do argüido ao benefício legal.’

E concluíram:

‘Se o Promotor de Justiça, ao oferecer a denúncia e sendo o caso de oferecimento da proposta, não a fizer, poderá o argüido solicitá-lo diretamente ao Juiz que, ouvido o Ministério Público, poderá

concedê-lo. Caberá, também, e nas mesmas condições da recusa de oferecimento de proposta de transação nos casos cabíveis, a impetração de *habeas corpus*.' (Páginas 390 e 391)

ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, em obra feita a quatro mãos — *Juizados Especiais Criminais*, Editora Revista dos Tribunais —, não discrepam desse enfoque. No item 6.2, contido à folha 210, deixaram consignado, em abordagem ao princípio da discricionariedade regrada, e no tocante aos limites da atuação do Ministério Público:

"Isso não pode significar, todavia, que o Ministério Público possa agir soberanamente, escolhendo os casos em que fará a proposta. Não é esse poder discricionário que lhe foi conferido. O fundamento da proposta de suspensão do processo, como sabemos, está no princípio da discricionariedade regulada, que confere ao órgão acusador o poder de optar pela via alternativa despenalizadora em tela, em detrimento da forma clássica. No instante do oferecimento da denúncia, destarte, abrem-se-lhe, dentro do novo modelo de Justiça criminal, dois caminhos: perseguir a resposta estatal clássica (pena de prisão, em geral) ou, de outro lado, abrir mão dessa penosa atividade persecutória (que tem o escopo de quebrar a presunção de inocência), enveredando para a via conciliatória da suspensão.

De qualquer modo, o certo é que o Ministério Público não optará por um caminho ou outro arbitrariamente, consoante seu modo de ver o mundo, suas idiosincrasias. Cada um das duas vias reativas possui seus pressupostos, taxativamente delineados. Ele tem uma alternativa, é verdade. Mas não é o dono isolado e soberano da escolha. Terá que pautar sua atuação, se deseja adequá-la ao Estado Constitucional e Democrático de Direito, de acordo com as regras legais fixadas (...). É nisso que consiste uma das faces do denominado

princípio da discricionariedade regrada. A outra parcela está em que tudo passa por controle judicial.'

Senhor Presidente, o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 submete, é certo, a suspensão do processo a uma vontade, a uma manifestação unilateral, mas essa é a daquele que, titular do direito ao devido processo, abre mão das garantias próprias e aceita, sem o julgamento de ação penal, do processo a que responde como acusado de prática de ato configurador de tipo penal, as condições estipuladas pelo juiz, devendo cumpri-las tal como fixadas. Isso decorre do teor do § 1º do artigo 89.

Por tudo, tenho que a manifestação da Procuradoria-Geral da República está a merecer acolhida. Cabia ao Juízo examinar o óbice apontado pelo Ministério Público ao deferimento da suspensão, aliás, de uma ambigüidade a toda prova, porquanto, impossibilitado materialmente de articular com a ausência de atendimento a qualquer dos requisitos legais, acabou por inserir no preceito condição que nele não se contém, ou seja, não se tratar de procedimento que, de alguma maneira, estimule o crime organizado. Presente o consumo da droga, teve como óbice o que se poderia chamar de estímulo aos traficantes. Em síntese, além de haver cogitado de algo relativo a procedimento de terceiro e sobre o alcance melhor dirá o Juízo, acabou por substituir-se ao próprio legislador, como se tivesse um *bill* de indenidade e não se submetesse ao princípio da legalidade, em jogo o interesse público, alfim, a liberdade do homem.

Concedo a ordem, para que o Juízo, de forma motivada, examine o enquadramento, ou não, da hipótese na regra do artigo 89 da Lei nº 9.099/95.

É o meu voto."

Entrementes, prevaleceu o voto médio do Ministro Sepúlveda Pertence, no sentido indicado pela Procuradoria-Geral da República. Conforme transcrito no Informativo nº 92 desta Corte, o Pleno, retomando o julgamento, decidiu que "a iniciativa para propor a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei 9.099/95 ("Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangida ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que ...") é uma faculdade exclusiva do Ministério Público, a quem cabe promover privativamente a ação penal pública (CF, art. 129, I), não podendo

o juiz da causa substituir-se a este (...) o Tribunal, por maioria, acolhendo o voto do Min. Sepúlveda Pertence, construiu interpretação no sentido de que, na hipótese de o promotor de justiça recusar-se a fazer a proposta, o juiz, verificando presentes os requisitos objetivos para a suspensão do processo, deverá encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça para que este se pronuncie sobre o oferecimento, ou não, da proposta”.

Assim, há de conhecer-se este extraordinário para o fim sugerido no parecer da Procuradoria-Geral da República, ou seja, para cassar-se o acórdão prolatado pela Corte de origem, devendo os autos ser enviados ao Procurador-Geral da República.

É como voto na espécie.

EXTRATO DA ATA

RE 241.880 — MT — Rel.: Min. Marco Aurélio. Recte.: Ministério Público Federal. Recdos.: Fátima Jussara Rodrigues e Agrinaldo Jorge Rodrigues (Adv.: Osmar Milan Capile).

Decisão: Por unanimidade, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Maurício Corrêa.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio e Nelson Jobim. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Maurício Corrêa. Subprocurador-Geral da República, Dr. João Batista de Almeida.

Brasília, 13 de fevereiro de 2001 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

Recurso Extraordinário nº 285.569 — SP (Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Moreira Alves

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Eduardo Graziano

— Recurso extraordinário. Competência para processar e julgar habeas corpus impetrado contra ato de membro do Ministério Público Federal.

— Ambas as Turmas desta Corte (assim, nos RREE 141.209 e 187.725) têm entendido que, em se tratando de *habeas corpus* contra ato de Promotor da Justiça Estadual, a competência para julgá-lo é do Tribunal de Justiça por ser este competente para seu julgamento quando acusado de crime comum ou de responsabilidade. O fundamento dessa jurisprudência

— como salientado pelo eminente Ministro Néri da Silveira no RE 187.725 — “foi sempre o de que da decisão do *habeas corpus* pode resultar afirmação de prática de ilegalidade ou de abuso de poder pela autoridade” e isso porque “ao se conceder o *habeas corpus*, se se reconhecer, expressamente, que a autoridade praticou ilegalidade, abuso de poder, em linha de princípio, poderá configurar-se algum crime comum. Dessa maneira, a mesma autoridade que julgar o *habeas corpus* será a competente para o processo e julgamento do crime comum, eventualmente, praticado pela autoridade impetrada”.

— No caso, em se tratando, como se trata, de *habeas corpus* contra membro do Ministério Público Federal que atua junto a Juízo de primeiro grau, e tendo em vista que, em virtude do disposto no artigo 108, I, *a*, da Constituição, compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar originariamente esses membros, a esses Tribunais compete, também, por aplicação do mesmo fundamento, julgar os *habeas-corpus* impetrados contra essas autoridades.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 18 de dezembro de 2000 — **Moreira Alves**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Moreira Alves** (Relator): É este o teor do acórdão que não conheceu de *habeas corpus*:

“Voto

A Exma. Sra. Des. Federal Suzana Camargo:

Inicialmente, cabe destacar que o presente *writ* foi impetrado em face de ato praticado pelo ilustre Procurador da República que atua em São José do Rio Preto.

Verifica-se, desse modo, que estamos diante da

chamada competência originária *ratione personae*, isto é, a competência determinada pela prerrogativa de função, pois, consoante leciona EDUARDO ESPÍNOLA FILHO:

‘A prerrogativa, que a função da pessoa sujeita a processo e julgamento, como responsável por qualquer infração penal, lhe dê, terá o efeito de, afastando a competência do foro comum, atribuir o conhecimento da causa e jurisdições de exceção. Nesses casos, firma-se, *ratione personae*, a competência do tribunal, que estende a sua jurisdição sobre todo o território do país, ou do Estado membro da Federação, pouco importando o lugar onde se levar a efeito a infração.

Há, então, competência absoluta, determinada pela ordem hierárquica da jurisdição, ou instância, e, nos termos do nosso direito processual vigente, a competência se firma originária e privativamente.’

A esse respeito, a legislação processual penal, em seu artigo 84, dispõe, ainda, que:

‘A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns ou de responsabilidade.’

A Carta Magna, por sua vez, no seu artigo 108, I, alínea a, preceitua que:

‘Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I — processar e julgar originariamente:

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.’

Ademais, a Lei Orgânica do Ministério Público da União, no Capítulo que trata das garantias e

prerrogativas dos seus membros, dispõe que:

‘Art. 17 — Os membros do Ministério Público da União gozam das seguintes garantias:

...

II — processuais:

c) do membro do Ministério Público da União que oficie perante juízos de primeira instância, ser processado e julgado, nos crimes comuns e de responsabilidade, pelos Tribunais Regionais Federais, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.’

Destarte, tem-se que a competência originária para o processo e julgamento dos membros do Ministério Público que atuam em Primeira Instância na jurisdição da 3ª Região é afeta a esta Corte, sendo que, como corolário, é dado asseverar que a competência para o conhecimento e apreciação do presente *habeas corpus* também é deste Tribunal.

É que não é possível dissociar uma situação da outra, até porque, em tese, um ato caracterizador de constrangimento ilegal, passível de correção através de *habeas corpus*, pode, paralelamente, evidenciar a prática de uma infração penal, pelo que, sendo competente o Tribunal Regional Federal para o processo e julgamento de membros do Ministério Público em razão da prática de ações penais, também o é para a apreciação de *habeas corpus*, quando resultam questionados justamente atos dessas autoridades.

Nesse sentido é, inclusive, o entendimento jurisprudencial, consoante se infere do julgado abaixo transcrito:

‘Processo penal. Habeas Corpus. Competência. Procurador da República. Autoridade coatora. Sigilo bancário. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional.

1. Compete ao Tribunal Regional Federal processar e julgar os *habeas-corpus*, quando a autoridade coatora for Procurador da República, uma vez que a esse Tribunal compete processar e julgar os membros do Ministério Público da

União, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressaltada a competência da Justiça Eleitoral (CF/88, art. 108, I, a).'

Assim, voto no sentido de reconhecer a competência originária desta Corte.

É como voto.

Voto condutor.

O inquérito policial que o impetrante sustenta configurar constrangimento ilegal contra o paciente foi instaurado na forma do artigo 5º, inciso II, 2ª parte, do Código de Processo Penal, isto é, por requisição do órgão ministerial.

Assinala ESPÍNOLA FILHO '... é de toda evidência que, recebendo requisição dos órgãos da Justiça, para abertura de um inquérito, à autoridade policial cumpre dar-lhe imediata salvação, sem se justificar qualquer dúvida, pois à polícia não cabe discutir determinações judiciárias' (in *Código de Processo Penal Brasileiro*, vol. I, p. 227).

Dessa forma, se é dever da autoridade policial nessas circunstâncias instaurar inquérito policial, porque vinculado à requisição legal; torna-se evidente que o constrangimento ilegal em tese causado parte da autoridade requisitante, *in casu*, o Ministério Público Federal.

Se assim o é, vale dizer, se o ato coator ter-se-ia praticado por representante do *Parquet* que oficia perante o juízo monocrático, compete ao juiz de primeiro grau processar e julgar o *writ*, nos termos do artigo 109, inciso VII, da Constituição Federal, *verbis*:

'Aos juízes federais compete processar e julgar:

.....
VII — os *habeas-corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;'

No caso em apreço, o inquérito objetiva apurar a prática de prevaricação por Delegado do Ministério das Comunicações no Estado de São Paulo. Segundo aduz o impetrante, '... o ilustre magistrado Doutor ... ao apreciar

o pedido liminar, entendeu que o paciente *deveria efetuar "vistoria técnica" na rádio clandestina da autora, denominada "Skala FM", emitindo laudo endereçado para aquele r. juízo.* (Doc. 7)... Através do Ofício 0724/97 GAB, de 20-2-97, o paciente solicitou ao citado magistrado, reconsiderar sua decisão, expondo as razões de direito que o impedia de cumprir aquela determinação. (Doc. 8)... Enquanto o paciente aguardava a decisão agravada, o íncrito magistrado, Doutor ..., remetia os autos para o zeloso *Parquet* federal, autor do constrangimento ora relatado, com o seguinte despacho: "Considerando que a conduta do Sr. Delegado Regional do Minicom, constitui crime, em tese, abre-se vistas ao MPF". (Doc. 14)... (grifo meu). Nota-se que, na hipótese de a peça investigativa transforma-se em ação penal, esta será processada e julgada por magistrado de primeira instância. Logo, a matéria criminal é daquelas da competência do juízo da instância *a quo*, como se refere o artigo da Carta Magna citado. De outro lado, o constrangimento, em tese, provém de membro do Ministério Público Federal que atua perante juízo de primeiro grau. Seus atos, no exercício de atribuições constitucionais, seja no âmbito penal ou extrapenal, são realizados, desenvolvidos e levados a efeito junto a juízo da instância inicial. Em consequência, também sob tal aspecto, a situação enquadra-se no mencionado dispositivo.

É ilógico, assistemático e inconveniente que se dê competência a um tribunal para, originariamente, apreciar a legalidade ou não da instauração de um inquérito e todos os atos e procedimentos que o compõem, assim como a ação penal dele resultante, sejam conhecidos e decididos por um juiz de grau inferior. Ou o tribunal conhece e julga tudo ou o faz o magistrado *a quo*.

Também é certo que os atos de membro do Ministério Público não estão, como diz a Constituição, diretamente sujeitos a outra jurisdição. A expressão 'atos' refere-se àqueles pertinentes ao exercício do cargo e todas as atividades do *Parquet* da 1ª instância, investigativas ou acusatórias, são realizadas perante a Vara em que oficia, ou seja, um juiz de 1º grau.

O artigo 108, inciso I, letra a, da Carta Magna incumbe aos tribunais regionais federais, originariamente,

processar e julgar, nos crimes comuns e de responsabilidade, os membros do Ministério Público da União. Determinar a instauração de inquérito não pode, nem em tese, pois resulta da *opinio delicti* do órgão acusatório ser qualificado como crime. A norma constitucional diz respeito, obviamente, à competência dos tribunais sobre inquéritos e ações penais em que o promotor ou procurador da República seja *investigado* ou *acusado* de crime.

Toda prerrogativa de foro é exceção ao sistema de competência constitucional. Todas as previsões devem ser interpretadas restritivamente. Desse modo, se o artigo 108, inciso I, letra d, da Constituição estabelece que cabe aos tribunais regionais federais julgar *habeas corpus* quando a autoridade coatora for juiz federal ou juiz que lhe faça as vezes, não se pode criar outras hipóteses, porquanto nem analogicamente o Ministério Público assemelha-se ao Poder Judiciário, porque um investiga e acusa e o outro julga.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *writ*, por entender que o Tribunal Regional Federal não é competente para apreciá-lo e julgá-lo, mas sim o Juízo de Primeiro Grau da Seção Judiciária de São José do Rio Preto, para onde os autos deverão ser remetidos.

É o meu voto." (Fls. 176/185).

Interposto recurso extraordinário, foi ele admitido pelo seguinte despacho:

‘Cuida-se de Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento na alínea a, do inciso III, do artigo 102, da Constituição Federal, contra acórdão de Turma Julgadora deste Tribunal que, por maioria de votos, não conheceu da ordem de *habeas corpus*, por entender que este Tribunal não é competente para apreciá-lo e julgá-lo, mas sim o Juízo de Primeiro Grau da Seção Judiciária de São José do Rio Preto.

Alega o recorrente que o v. acórdão recorrido contrariou o artigo 108, inciso I, alínea a, da Constituição Federal, na medida em que, tratando-se de *habeas corpus* impetrado contra ato

de Procurador da República que oficia em primeira instância, a competência para processá-lo e julgá-lo é deste Tribunal Regional Federal.

Estão presentes os requisitos genéricos de admissibilidade do recurso, quais sejam o cabimento, a tempestividade, a legitimidade e o interesse em recorrer.

Presentes, também, os pressupostos específicos da alínea **a**, do já mencionado dispositivo constitucional, pois há plausibilidade na tese do recurso, no sentido de que a competência para processar e julgar *habeas corpus* impetrado contra ato praticado por agente do Ministério Público de primeiro grau é do respectivo Tribunal de origem (RE nº 187.725/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, *v.u.*, j. 27-9-96, DJ, 17-10-97).

Ante o exposto, **admito** o Recurso Extraordinário.

Após as cautelas legais, subam os autos.

Publique-se. (Fl. 207)

Às fls. 213/215, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Edson Oliveira de Almeida:

“1. Em favor de Eduardo Graziano foi ajuizado pedido de *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, buscando trancar inquérito requisitado pela Procuradoria da República para apurar a possível prática de delito de prevaricação.

2. A colenda Quinta Turma daquela egrégia Corte, em votação majoritária, não conheceu da impetração, sendo acolhido o voto do Dr. André Nabarrete.

3. É está a ementa do acórdão recorrido (fl. 186):

“Habeas Corpus. Inquérito policial instaurado por requisição de parquet que oficia perante o juízo monocrático. Competência do juiz singular para processar e julgar o writ.

— Inquérito policial instaurado por requisição do órgão ministerial, *ex vi* do artigo 5º, inciso II, 2ª parte, do Código de Processo Penal.

— O Tribunal Regional Federal não é competente para processar e julgar o *habeas corpus*, mas sim o MM. Juízo *a quo*. Inteligência do artigo 109, inciso VII, da Constituição Federal.

— Ordem não conhecida. Remessa dos autos ao Juízo de Primeiro Grau da Seção Judiciária de São José do Rio Preto/SP.'

4. Contra esse acórdão, o Ministério Público interpôs recurso extraordinário, alegando ofensa ao art. 108, I, a, da Constituição Federal.

5. O recurso merece provimento, conforme precedente específico do Supremo Tribunal Federal (RECr nº 141.209-7/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, Seção I, 20-3-92, p. 3326):

"Habeas corpus: competência originária do Tribunal de Justiça de São Paulo: coação imputada a membro do Ministério Público Estadual.

1. Da Constituição do Estado de São Paulo (art. 74, IV), em combinação com o art. 96, III, da Constituição Federal, resulta a competência originária do Tribunal de Justiça para julgar *habeas corpus* quando a acusação ou ameaça seja atribuída a membro do Ministério Público local; nesse ponto, o preceito da Constituição estadual não ofende a competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual (CF, art. 22, I).

2. Não é exaustivo o rol dos casos de *habeas corpus* de competência originária dos Tribunais de Justiça, constante do art. 650 CPPrPen., porque a competência originária por prerrogativa de função, dita *ratione personae* ou *ratione muneris*, quando conferida pela Constituição da República ou por lei federal, na órbita da jurisdição dos Estados, impõe-se como mínimo a ser observado pelo ordenamento local: a este, no entanto, é que incumbe, respeitado o raio mínimo imposto pela ordem central, fixar-lhe a área total.

3. A matéria de que se cuida, relativa à competência material por prerrogativa de função, não é da área estrita do direito processual, dada a correlação do problema com a organização dos poderes locais, conforme já se entendia sob a ordem constitucional decaída (v.g., J. FREDERICO MARQUES), e ficou reforçado pelo artigo 125 da vigente Constituição da República.

4. Tanto mais se legitima a norma questionada da Constituição local quanto é ela que melhor se ajusta ao correspondente modelo federal, no qual — a única exceção da hipótese de afigurar como coator um Ministro de Estado — o princípio reitor é conferir a competência originária para o *habeas corpus* ao Tribunal a que caiba julgar os crimes de que seja acusada a autoridade coatora.'

6. Isso posto, opino pelo provimento do recurso."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Moreira Alves** (Relator): 1. Ambas as Turmas desta Corte (assim, nos RREE 141.209 e 187.725) têm entendido que, em se tratando de *habeas corpus* contra ato de Promotor da Justiça Estadual, a competência para julgá-lo é do Tribunal de Justiça por ser este competente para seu julgamento quando acusado de crime comum ou de responsabilidade. O fundamento dessa jurisprudência — como salientado pelo eminente Ministro Néri da Silveira no RE 187.725 — "foi sempre o de que da decisão do *habeas corpus* pode resultar afirmação de prática de ilegalidade ou de abuso de poder pela autoridade" e isso porque, "ao se conceder o *habeas corpus*, se se reconhecer, expressamente, que a autoridade praticou ilegalidade, abuso de poder, em linha de princípio, poderá configurar-se algum crime comum. Dessa maneira, a mesma autoridade que julgar o *habeas corpus* será a competente para o processo e julgamento do crime comum, eventualmente, praticado pela autoridade impetrada".

2. No caso, em se tratando, como se trata, de *habeas corpus* contra membro do Ministério Público Federal que atua junto a Juízo de primeiro grau, e tendo em vista que, em virtude do disposto no artigo 108, I, a, da Constituição, compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar originariamente esses membros, a esses Tribunais compete, também, por aplicação do mesmo fundamento, julgar os *habeas corpus* impetrados contra essas autoridades.

3. Em face do exposto, e acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral da República, conheço do presente recurso extraordinário e lhe dou provimento,

para declarar competente o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

EXTRATO DA ATA

RE 285.569 — SP — Rel. Min. Moreira Alves. Recte.: Ministério Público Federal. Recdo.: Eduardo Graziano (Adv.: Paulo Januário).

Decisão: A Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e Ellen Gracie. Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.

Brasília, 18 de dezembro de 2000 — Silvana Macêdo Soares, p/ Coordenador.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Recurso Extraordinário nº 208.790—SP (Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Ilmar Galvão

Recorrente: Álvaro José de Moraes

Recorrido: Ministério Público

Constitucional. Ministério Público. Ação Civil Pública para proteção do patrimônio público. Art. 129, III, da CF.

Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92).

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso extraordinário. Votou o Presidente.

Brasília, 27 de setembro de 2000 — Carlos Velloso, Presidente — Ilmar Galvão, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Ilmar Galvão** (Relator): Trata-se de recurso que, na forma do art. 102, III, a, da Constituição Federal, foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, além de afirmar a legitimidade do Ministério Público para intentar ação civil pública na defesa do patrimônio municipal, prevista no art. 129, III, da Carta Magna, impôs ao recorrente, ex-vice-Prefeito, a obrigação de restituir verbas de representação recebidas na legislatura em curso, com ofensa à norma do art. 29, V, da mesma Carta.

Sustenta o recorrente haver a referida decisão ofendido os arts. 2º; 5º, inc. LXXIII; 18, 19 e 129, III, todos da Carta da República.

O recurso, regularmente processado, foi admitido na origem, havendo a douta Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. João Batista de Almeida, opinado pelo não-conhecimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Ilmar Galvão** (Relator): Uma leitura do acórdão recorrido revela não haver ele ventilado as questões relativas aos arts. 2º; 5º, inc. LXXIII; 18 e 19, todos da Constituição, razão pela qual o recurso, nesse ponto, não tem condições de ser apreciado.

Resta examinar a alegação de ofensa ao art. 129, III, da Carta da República.

A propósito, discorreu o ilustrado parecer da douta Procuradoria-Geral da República, *in verbis* (fls. 223/224):

“...O art. 129, inc. III, da Constituição Federal é bem claro ao determinar que é função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. E essa competência não é inibida pelas atribuições dos procuradores dos entes estatais, sejam federais, estaduais ou municipais, pois o *Parquet* *independe* de outros órgãos para o fiel desempenho de suas prerrogativas.

Discorrendo acerca do interesse de agir do Ministério Público, assevera HUGO NIGRO MAZZILLI que “de parte do Ministério Público, o interesse de agir é presumido. Em outras palavras, quando a lei lhe confere legitimidade para intervir, presume-lhe o interesse. Ou, como diz Salvatore Satta, ‘o interesse do Ministério

Público é expresso na própria norma, que lhe permitiu ou conferiu o modo de atuar'." (*In A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural* — 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 134).

No mais, a propositura da ação civil pelo Ministério Público revela-se, na verdade, como um *dever* para o órgão, não lhe sendo facultado omitir-se, salvo se não identificar justa causa para sua atuação. Também nesse sentido é a lição do mencionado jurista:

"Partindo do Ministério Público a iniciativa da ação, não é correto falar-se em 'direito de agir'. Há mais um dever de agir que um direito, observa com razão TORNAGHI. Daí se afirmar a indisponibilidade da ação pelo Ministério Público.

(...)

Não se compreenderia que o Ministério Público, reconhecendo a existência de violação da lei, que lhe torne obrigatória a atuação, se recusasse a agir: nesse sentido se falar vinculado de sua atuação." (*Ob. Cit.*, p. 43)."

Na verdade, o art. 129, III, da CF, ao legitimar o Ministério Público para agir na proteção do patrimônio público, por via da ação civil pública, não fez senão instituí-lo substituto processual de toda a coletividade, posto que agirá na defesa de um interesse que toca a todos, indistintamente, revestindo, conseqüentemente, a natureza de interesse difuso.

Essa legitimação, de caráter extraordinário, exercitada nos termos dos arts. 17 e 18 da Lei nº 8.429, de 2-6-92, não afasta a iniciativa do próprio ente público interessado, como previsto no primeiro dispositivo citado, hipótese em que o Ministério Público "atuará obrigatoriamente como fiscal da lei, sob pena de nulidade" (§ 4º).

O acórdão recorrido, não se afastando dessa orientação, não merece censura.

Meu voto, portanto, é no sentido de não conhecer do recurso.

VOTO

O Sr. Ministro **Sepúlveda Pertence**: Sr. Presidente, creio que a atribuição conferida ao Ministério Público para a ação civil pública em defesa do patrimônio público — perdoem-me tanta "publicidade" — há de ter, no mínimo,

a extensão material da legitimação dada a qualquer do povo para a ação popular em defesa do mesmo patrimônio público.

A hipótese de reivindicar devolução de pagamento indevido a agente político do município é típica e rotineira nos anais da ação popular brasileira.

Acompanho o eminente Relator e não conheço do recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 208.790 — SP — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Recte.: Álvaro José de Moraes (Advs.: João Albiero e outro). Recdo.: Ministério Público.

Decisão: A Turma decidiu remeter o presente recurso extraordinário a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. Primeira Turma, 26-3-99.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, não conheceu do recurso extraordinário. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, e, neste julgamento, os Senhores Ministros Nelson Jobim, Maurício Corrêa e Néri da Silveira.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 27 de setembro de 2000 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Habeas Corpus n. 13.280—PE

(Registro n. 2000.0047714-1)

Relator: *Ministro Edson Vidigal.*

Impetrante: *Edmilson Alves da Silva.*

Advogados: *Márcio Guilherme Moreira da Cunha Rabelo e outro.*

Impetrado: *Tribunal Regional Federal da 5ª Região.*

Paciente: *Edmilson Alves da Silva.*

EMENTA: Processo Penal — Abuso de poder de juiz contra advogado — Pedido de arquivamento — Determinação do Tribunal de encaminhamento dos autos ao órgão ministerial para o oferecimento da denúncia — Impossibilidade — CPP, art. 28.

1. Em caso de discordância quanto ao pedido de arquivamento das peças de informação pelo membro do órgão ministerial, cabe ao Tribunal tão-somente encaminhar os autos ao Procurador-Geral, para que ele tome a decisão final quanto ao oferecimento ou não da denúncia.

2. Pedido de *habeas corpus* deferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, deferir a ordem para determinar o encaminhamento do Inquérito n. 385-PE ao Procurador-Geral, para que ele decida quanto ao oferecimento ou não da denúncia. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 19 de junho de 2001 (data do julgamento). Ministro Felix Fischer, Presidente. Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 20. 8. 2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Instaurado procedimento investigatório para apurar se Edmilson Alves da Silva, na condição de Juiz do Trabalho, teria cometido crime de abuso de autoridade contra advogado, requereu o Procurador-Chefe da Procuradoria Regional da 5ª Região o arquivamento dos autos, sustentando ausência de justa causa para a persecução penal.

Presente na sessão convocada para o pedido, pugnou a Procuradora Armanda Soares Figueiredo pelo oferecimento da denúncia.

Acatando essa manifestação, determinou o Tribunal Regional Federal da 5ª Região o retorno dos autos ao órgão ministerial, para que fosse procedido o oferecimento da denúncia.

Assim restou consignado no voto-condutor do acórdão:

“Causa-me surpresa que o Ministério Público Federal tenha acabado de reformular o seu pedido de arquivamento, principalmente porque a retratação foi feita por outra Procurador Regional da República e não pelo próprio subscritor da promoção de fls. 58/68, o qual inclusive é o chefe da instituição perante esta Corte. Assim, tenho dúvidas quanto a essa possibilidade, tendo em vista o disposto no art. 28 do Código de Processo Penal e o que dispõe o art. 127, § 1º, da Constituição, dispositivo este que consagra os princípios da unidade e da independência funcional quanto aos integrantes da honrosa instituição ministerial, de modo que não pode ser o subscritor do pedido de arquivamento compelido a denunciar o investigado, quando, ao contrário, entendeu descabida a persecução penal contra o mesmo. Contudo, isso é uma questão *interna corporis* da própria instituição, que deve ser nela mesma resolvida.

Com estas considerações, defiro a pretensão da representante do *Parquet*, determinando a remessa dos autos ao referido órgão para fins de oferecimento de denúncia.”

Neste *habeas corpus*, alega-se a impossibilidade do Tribunal Estadual ter determinado o encaminhamento dos autos ao Ministério Público, com a finalidade expressa de oferecimento da denúncia.

Sustenta-se que, a teor do Código de Processo Penal, art. 28, cabe ao Procurador-Geral *decidir* pelo oferecimento ou não. E como, *in casu*, foi o próprio Procurador-Chefe da Procuradoria Geral Regional no Recife quem promoveu

o arquivamento, impunha-se o seu imediato acatamento pelo Corte *a quo*.

Pelo que, requer o Advogado-impetrante o imediato arquivamento das peças de inquérito ou que sejam os autos principais encaminhados ao Procurador-Geral, para que decida quanto ao oferecimento ou não da denúncia, nos termos do CPP, art. 28.

Ante a suficiente instrução da impetração, dispensei pedido de informações.

Manifesta-se o Subprocurador-Geral da República Eduardo Antônio Dantas Nobre pela concessão da ordem (fls. 101/105).

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, assiste razão ao Impetrante quanto à impossibilidade do Tribunal Estadual ter encaminhado os autos do inquérito ao órgão ministerial com a finalidade expressa de oferecimento da denúncia.

Promovido o arquivamento pelo membro do Ministério Público atuante, discordando o órgão jurisdicional de tal entendimento, a este cabe tão-somente a remessa dos autos ao Procurador-Geral para que o chefe da instituição decida quanto ao oferecimento ou não da denúncia.

É o que determina o nosso Código de Processo Penal:

“Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer peça de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

Ao acatar a manifestação em sessão da Procuradora Regional Federal Armanda Figueiredo, decidiu o Tribunal, por unanimidade, determinar “a volta dos autos ao Ministério Público Federal, para oferecimento da denúncia, nos termos do voto do Relator”.

Ora, é evidente que não competia à Corte Estadual determinar, de pronto, o oferecimento da denúncia.

Somente ao Procurador-Geral cabe a decisão final a respeito. Tanto que se ele concluir pela efetiva falta de justa causa para a persecução criminal, o Magistrado nada mais pode fazer, sendo obrigado a atendê-lo, determinando o arquivamento dos autos.

Por oportuno, destaco as palavras do ilustre Subprocurador-Geral da República Eduardo Antônio Dantas Nobre:

“(...) ressalte-se: o pedido de arquivamento, uma vez formulado por agente do Ministério Público no regular exercício das suas funções, só se sujeita à ação revisora do chefe da instituição, que afasta, de modo terminante, a possibilidade (1) de reconsideração, ainda que as instâncias de ocupante de cargo mais elevado, na carreira, ou de (2) eventual manifestação de juiz ou de tribunal, ordenando o oferecimento da denúncia, antes da palavra do Procurador-Geral da República ou de Justiça respeitante ao tema.”

Também vale destacar o pronunciamento do eminente Ministro Carlos Madeira, por ocasião do julgamento do RHC n. 64.901-SP-STF, RT 618/405:

“O pedido de arquivamento dá causa à providência que, necessariamente, tem que passar pelo Procurador-Geral, que representa a unidade do Ministério Público.

Se no inquérito policial há falhas ou omissões, correta é a determinação do juiz para que tais defeitos sejam sanados, em face do pedido de arquivamento. Mas, por isso mesmo que novos elementos são trazidos aos autos, é o juiz obrigado a encaminhá-los à Procuradoria Geral para as providências do art. 28 do CPP. Nem pode outro promotor oferecer a denúncia, ainda que em face dos novos elementos trazidos ao inquérito, se tais não foram ordenados pelo Procurador de Justiça.”

Pelo que conheço e defiro a ordem de *habeas corpus*, para determinar o encaminhamento do Inquérito n. 385-PE ao Procurador-Geral, para que ele decida quanto ao oferecimento ou não da denúncia.

É o voto.

Habeas Corpus n. 17.438—SP

(Registro n. 2001.0084870-8)

Relator: *Ministro Fernando Gonçalves.*

Impetrante: *Antônio Mota Graça.*

Advogados: *Silvânia de Castro Follone e outros.*

Impetrada: *Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.*

Paciente: *Antônio Mota Graça (preso)*

EMENTA: Penal — Crime hediondo — Regime — Integralmente fechado — Falta de especificação — Progressão — Impossibilidade.

1. Se há condenação por crime hediondo e fixação na sentença que o regime será o fechado, ainda que não haja expressa indicação que seja o integralmente, assim deverá ser entendido, notadamente se existe expressa menção ao art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, sendo, pois, descabida a progressão .

2. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 6 de setembro de 2001 (data do julgamento). Ministro Fernando Gonçalves, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 1. 10. 2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela advogada Silvana de Castro Follone, em favor de *Antônio Mota Graça*, contra acórdão da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O móvel do presente pleito funda-se no fato de a sentença condenatória não ter fixado, de modo expresso, que o crime hediondo deveria ser cumprido no regime integralmente fechado, mas apenas e tão-somente, no regime "fechado". Para a Impetrante, em razão dessa omissão, que estaria, aliás,

amparada pela coisa julgada, o regime da pena deve ser o mais benéfico para o Paciente, ou seja, o inicialmente fechado.

Pede seja concedida a ordem para colocar o Paciente no regime aberto, pois já preenche os requisitos para o benefício.

Indeferida a liminar (fl. 334) e prestadas as informações (fls. 353/354), a Subprocuradoria Geral da República opina pela denegação da ordem (fls. 495/502).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): A irresignação não merece acolhida, porquanto se há condenação por crime hediondo e fixação na sentença que o regime será o fechado, ainda que não haja expressa indicação que seja o integralmente, assim deverá ser entendido, em obediência ao comando do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, sendo, pois, descabida a progressão.

Nesse sentido, é a jurisprudência desta Corte.

“Penal. HC. Regime prisional. Progressão. Ausência. Ilegalidade. Abuso de Poder. Crime hediondo.

1. Fixado na sentença o cumprimento da pena em regime fechado, entende-se que seja integralmente e não inicialmente, máxime quando há expressa referência à Lei n. 8.072/1990. Precedentes.

2. Ordem denegada.” (HC n. 13.048-RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 4.9.2000).

“Habeas corpus. Penal. Crime hediondo. Regime prisional. Progressão. Descabimento. Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º.

Nos chamados crimes hediondos, o regime previsto é o fechado, descabendo progressão (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990). Fixando a sentença condenatória que o cumprimento da pena dar-se-á em regime fechado, não é concebível que seja apenas inicialmente, mas, sim, atendo-se ao preceito de lei, integralmente.

Quisesse o magistrado prolator da sentença condenatória admitir a progressão de regime, teria fixado o regime inicial fechado, o que não ocorreu.

Ordem denegada.” (STJ, HC n. 14.077-RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJU de 23.10.2000, p. 158).

A propósito, o percuente parecer do Ministério Público Federal:

“No que diz respeito à alegada violação à coisa julgada, parece-nos que tal não ocorreu.

É que a sentença condenatória, ao estabelecer o regime prisional, de fato, utilizou a expressão *para início de cumprimento das penas*, o que poderia parecer aos menos avisados que o regime fechado era apenas inicial, permitindo-se a progressão.

Ocorre que r. sentença (fl. 129) expressamente se reportou ao art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que prevê o regime *integralmente* fechado para os crimes que especifica.

Assim, se o édito condenatório transitado em julgado diz que a pena deve ser purgada em regime fechado, nos termos da Lei dos Crimes Hediondos, está, de forma implícita, proibindo a progressão, se o crime pelo qual o réu foi condenado — tráfico internacional de entorpecentes — é hediondo por equiparação.

Confira-se, a propósito, decisão dessa Augusta Corte:

‘RHC n. 8.685-MS (1999/0045732-3)

Fonte: DJ — Data: 27.9.1999, p. 101.

Relator: Min. Gilson Dipp

EMENTA: RHC. Execução. Pena. Crime hediondo. Regime fechado. Lei n. 8.072/1990. Progressão. Descabimento. Recurso desprovido.

I — A Lei n. 8.072/1990 estabelece que a condenação por crime elencado ou equiparado a hediondo, com exceção da tortura, deve ser cumprida em regime integralmente fechado, vedada a progressão.

II — A vedação é aplicada ainda que não se tenha explicitado o termo ‘integralmente fechado’ na decisão condenatória, eis que decorrente de expressa disposição legal. Precedentes.

III — Recurso desprovido.’

Entende, o Impetrante, de outro lado, que o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, estaria revogado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu art. 7º, ratificado pelo Brasil em 24.1.1992, '*que veda a sujeição do cidadão a penas cruéis, desumanas ou degradantes*'.

A alegada revogação, entretanto, não ocorreu.

Diz o artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, *verbis*:

'Artigo 7º. Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiência médicas ou científicas.'

Em momento algum se cuida de regime prisional, não sendo as disposições constantes do dispositivo acima transcrito incompatíveis com o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Não houve revogação, portanto, explícita ou implicitamente, mesmo porque os direitos do indivíduo ali proclamados já estão previstos no art. 5º da Constituição da República, em cujo inciso XLVII, proíbe as penas cruéis, sob cuja égide veio a lume a Lei dos Crimes Hediondos.

Não é de se deslembrar, ainda, que embora tantos anos sejam passados desde a adesão do Brasil a tal Convenção Internacional — nove anos —, nenhum Tribunal Superior ousou afirmar que teria ela revogado a chamada Lei dos Crimes Hediondos, mormente na parte em que determina o cumprimento de pena em regime integralmente fechado, tendo, ao contrário, declarado sua constitucionalidade, haja vista o julgamento feito pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC n. 69.603-1-SP, relatado pelo Ministro Paulo Brossard, em 18 de dezembro de 1992, já, portanto, na vigência do aludido pacto.

Aliás, no acirrado debate da questão, o Ministro Celso de Melo, com a erudição que lhe é própria, não considerou *cruel* a pena cumprida em regime integralmente fechado, ressaltando:

‘A fixação do *quantum* penal e a estipulação dos limites, essencialmente variáveis, que oscilam entre um mínimo e um máximo, decorrem de uma opção legitimamente exercida pelo Congresso Nacional. A norma legal em questão, no ponto em que foi impugnada, ajusta-se a quanto prescreve o ordenamento constitucional, quer porque *os únicos limites materiais que restringem essa atuação do legislador ordinário não foram desrespeitados* (CF, art. 5º, XLVII – não se trata de pena de morte, de pena perpétua, de pena de banimento ou *de pena cruel*), quer porque o conteúdo da regra mencionada ajusta-se à filosofia de maior severidade consagrada, em tema de delitos hediondos, pelo constituinte brasileiro (CF, art. 5º, XLIII).’

É de se registrar, ainda, que dita convenção parece ter sido substituída pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de São José da Costa Rica — adotada em 22 de novembro de 1969, entrando em vigor em 18 de julho de 1978, à qual o Brasil aderiu em 25 de setembro de 1992. Dita convenção, ao definir os direitos civis e políticos da pessoa humana, também recomenda, em seu artigo 5º, que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas e tratos cruéis.

Mas a mesma convenção registra que *as normas nela previstas não podem ser interpretadas como proibitivas do cumprimento de penas cominadas em lei e impostas por juiz ou tribunal competente*. É o caso da pena de morte — embora assegure que toda pessoa tenha direito à vida — e da pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados (artigo 6º) — apesar de abominar estes.

Assim, mesmo que o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado pudesse ser considerado cruel — o Supremo Tribunal Federal já disse que não é — está previsto em lei já proclamada constitucional, pelo que o juiz não poderia deixar de aplicá-lo.

Vê-se, pois, que o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, não foi revogado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Sustenta, também, que a Lei dos Crimes Hediondos, no que respeita ao regime carcerário, teria sido derogada pelo art. 1º, § 7º, da Lei n. 9.455/1997, que admite o sistema progressivo de cumprimento de pena para alguns tipos de crimes de tortura nela previstos, e como a Constituição Federal conferiu tratamento isonômico a todos os crimes hediondos e equiparados, o benefício que a lei ordinária prevê para uma espécie deve valer para todas.

Ocorre que não mais comporta qualquer discussão o tema relativo à derrogação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 pela Lei n. 9.455/1997, visto que o Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, já firmou o entendimento de que os dois diplomas têm convivência harmônica, visto que a Lei n. 9.455/1997 disciplina apenas os crimes de tortura, não havendo obstáculo ao tratamento diferenciado conferido pelo legislador ordinário a tais delitos, no que diz respeito ao regime de cumprimento das penas, visto que este não tem sede constitucional.

Prestigiou, ainda, o entendimento de que se a lei carrega em si qualquer eiva de inconstitucionalidade, deve o juiz negar-lhe aplicação — age como legislador negativo — e não estendê-la a outros tipos penais não contemplados com o benefício — é defeso atuar como legislador positivo.

Diante disso, conclui-se que a Lei n. 8.072/1990, no que respeita ao regime de cumprimento da pena, já declarada constitucional pelo Pretório Excelso, determinou que a punição por crimes hediondos, o tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo e a prática de tortura (este último, agora parcialmente excluído) deve ser purgada em regime integralmente fechado.

O crime de tráfico internacional de entorpecentes praticado pelo paciente é hediondo por equiparação, devendo a pena de reclusão ser descontada em regime integral fechado.” (fls. 498/502).

Ante o exposto, denego a ordem.

Habeas Corpus n. 18.957—PE
(Registro n. 2001.0137401-6)

Relator: *Ministro Fernando Gonçalves.*

Impetrante: *Ademar Rigueira Neto.*

Impetrado: *Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.*

Paciente: *Luiz Sérgio Paranhos Ferreira.*

Sustentação oral: *Ademar Rigueira Neto (pelo paciente).*

**EMENTA: Processual Penal — Ação — Trancamento —
Porte ilegal de arma — Art. 10 da Lei n. 9.437/1997 —
Crime em tese — Perícia de funcionalidade —
Dispensabilidade.**

1. Atestada a existência do crime do art. 10 da Lei n. 9.437/1997, pelo menos em tese, o trancamento da ação penal apresenta-se descabido, notadamente se tem como fundamento a falta de perícia, atestando a funcionalidade da arma de fogo, dado totalmente dispensável, ante a constatação de ser o delito de mera conduta.

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 11 de dezembro de 2001 (data do julgamento). Ministro Fernando Gonçalves, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 18. 2. 2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de Luiz Sérgio Paranhos Ferreira, em virtude de acórdão proferido pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, no julgamento de recurso em sentido estrito, veio a determinar o prosseguimento de ação penal instaurada para apuração de eventual prática do delito previsto no art. 10 da Lei n. 9.437, de 1997.

Colhe-se do articulado vestibular, em resumo, que na Comarca de Água Preta contra o Paciente foi oferecida denúncia pela posse e manutenção de armas de fogo, roubadas em sua propriedade — Fazenda Camarão — e, posteriormente, apreendidas e restituídas. As armas não foram submetidas ao crivo da perícia que atestasse o uso proibido e restrito, bem como a funcionalidade.

Prestadas informações (fl. 22), a Subprocuradoria Geral da República opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): O tipo penal (art. 10 da Lei n. 9.437/1997), pelo qual o Paciente encontra-se denunciado tem a seguinte dicção:

“Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.”

Como se vê, o simples fato de ter em depósito ou manter sob guarda arma de fogo já é suficiente para perfazer a conduta delituosa.

Na espécie, segundo afirmado na própria inicial, o Paciente, como um dos sócios-quotistas da Fazenda Camarão, teve devolvidas várias armas que teriam sido roubadas.

Ora, essa afirmação, quando nada, exterioriza confissão de que o Paciente, no mínimo, tinha em depósito arma de fogo, ficando, nesse contexto, caracterizado o crime do art. 10 da Lei n. 9.437/1997, pelo menos em tese, constatação apta, aliás, a afastar o argumento da falta de apreensão. O fato de ser sem autorização e em desacordo com norma legal ou regulamentar, além de não fazer parte do pleito em testilha, não se submete ao crivo do *writ*, porquanto demanda dilação probatória condizente apenas com a instrução criminal.

De outra parte, a eficiência das armas é um dado dispensável, porquanto, como visto, a mera conduta de ter arma de fogo em depósito já configura o crime, não se exigindo a ocorrência de nenhum resultado no mundo do ser para sua consumação.

Nesse sentido, o bem lançado parecer:

“Ora, para a configuração do delito em tela é necessário, tão-somente, o porte de arma de fogo sem autorização da autoridade competente, não podendo a circuns-

tância de inexistir laudo para atestar a prestabilidade das armas como instrumento de ataque e de defesa ensejar o trancamento da ação penal, sob o argumento de que não se sabe se eram aptas a colocar em risco a integridade corporal e a saúde da pessoa humana.

Isto porque, no meu entender, o delito em questão é daqueles para o qual a lei não exige nenhum resultado material, sendo suficiente a ofensa presumida de dano ou perigo na prática da conduta, não havendo que se falar em trancamento da ação penal.

Mas não é só. Não se pode afirmar pelos fatos narrados na exordial acusatória ser atípica a conduta. É que as armas encontravam-se em poder do Paciente, antes, durante e após a concretização do roubo ocorrido na fazenda da qual é sócio, valendo lembrar que, dentre elas, estavam duas pistolas automáticas, uma doze e três espingardas de calibres menores, inexistindo irregularidade alguma no fato de o ilícito ter chegado ao conhecimento da autoridade ministerial quando se apurava delito patrimonial anteriormente praticado.

Confira-se, a propósito do tema, os seguintes precedentes dessa egrégia Corte, *in verbis*:

'Processual Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Alteração da numeração de arma. Prova.

I — Existindo elementos que permitam, *ex vi* arts. 41 e 43 do CPP, a *persecutio criminis*, inviável o trancamento da ação penal.

II — Para a instauração da ação penal, a ausência de exame pericial não se caracteriza, necessariamente, como óbice.

Habeas corpus indeferido.' (HC n. 9.371-RJ, Rel. Sr. Ministro Felix Fischer, DJU de 18.10.1999, p. 242).

'Criminal. HC. Porte ilegal de arma de fogo. Trancamento de ação penal. Atipicidade. Arma desmuniada. Irrelevância. Ordem denegada.

I — A circunstância de estar a arma desmuniada não exclui a tipicidade do delito de porte ilegal de arma de fogo, previsto no art. 10 da Lei n. 9.437/1997, pois entende-se como suficiente para a sua configuração tão-somente o porte do

armamento sem a devida autorização da autoridade competente.

II—Ordem denegada.' (HC n. 14.747-SP, Rel. Sr. Ministro Gilson Dipp, DJU de 19.3.2001, p. 127)" (fls. 46/47).

Ante o exposto, denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Sr. Presidente, a objetividade jurídica, hoje, com a vigência da chamada Lei das Armas, é a segurança, tratando-se, assim, de crime de mera atividade e de lesão dessa segurança. De modo que a jurisprudência invocada nos termos do artigo 32 da Lei das Contravenções carece de atualidade, em relação à legislação atualmente em vigor.

Acompanho o voto de V. Ex.^a e denego a ordem de *habeas corpus*.

Recurso em Habeas Corpus n. 10.394—SP (Registro n. 2000.0081355-9)

Relator: *Ministro Hamilton Carvalhido*.

Recorrente: *Cláudia Akiko Ferreira*.

Advogada: *Cláudia A. Ferreira*.

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*.

Paciente: *Gunnar Bedicks Júnior*.

EMENTA: *Recurso em habeas corpus — Crime falimentar — Lei n. 9.099/1995 — Aceitação de proposta de suspensão processual — Trancamento de ação penal — Incabimento.*

1. Descabe falar em trancamento da ação penal quando já aceita a proposta de suspensão do processo, circunstância que, por si mesma, e desde que cumpridas as condições preestabelecidas, impede o seu prosseguimento.

2. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do

Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 8 de maio de 2001 (data do julgamento). Ministro Fernando Gonçalves, Presidente. Ministro Hamilton Carvalhido, Relator.

Publicado no DJ de 27. 8. 2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso contra acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não conheceu do pedido de *habeas corpus* impetrado em favor de Gunnar Bedicks Júnior, onde se pretendia o trancamento de ação penal em que se apurava suposta prática de crime falimentar, ao fundamento de que houvera aceitação da proposta de suspensão do processo, nos termos do artigo 89, § 1º, da Lei n. 9.099/1995.

Noticiam os autos que o Recorrente, na qualidade de sócio da empresa Kron Indústria Eletro-eletrônica, cuja quebra foi decretada aos 2 de setembro de 1996, suprimiu livros comerciais obrigatórios.

Alega, nesta sede, que o fato de ter aceito as condições para a suspensão condicional do processo não faz cessar o constrangimento ilegal, uma vez que passará por um período longo e penoso de 2 anos de prova.

Reitera, ainda, os fundamentos da impetração originária, ou seja, que a conduta é atípica, notadamente porque os livros não foram entregues pelos falidos, por não se encontrarem em seu poder.

Pugna pelo trancamento da ação penal.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo improvimento do recurso. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, recurso contra acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não conheceu do pedido de *habeas corpus* impetrado em favor de Gunnar Bedicks Júnior, onde se pretendia o trancamento de ação penal em que se apurava suposta prática de crime falimentar, ao fundamento de que houvera aceitação da proposta de suspensão do processo, nos termos do artigo 89, § 1º, da Lei n. 9.099/1995.

Noticiam os autos que o Recorrente, na qualidade de sócio da empresa Kron Indústria Eletro-eletrônica, cuja quebra foi decretada aos 2 de setembro de 1996, suprimiu livros comerciais obrigatórios.

Alega, nesta sede, que o fato de ter aceito as condições para a suspensão

condicional do processo não faz cessar o constrangimento ilegal, uma vez que passará por um período longo e penoso de 2 anos de prova.

Reitera, ainda, os fundamentos da impetração originária, ou seja, que a conduta é atípica, notadamente porque os livros não foram entregues pelos falidos, por não se encontrarem em seu poder.

Esta, a fundamentação do acórdão recorrido, *verbis*:

“(…)

O Paciente e Orlando Alfredo Bedicks foram denunciados pelo Dr. Promotor Público em co-autoria por incursos no art. 186, inciso VI, da Lei Falitária.

É dos autos, fl. 314, que aos 31 de março do corrente ano o Dr. Promotor Público ofereceu proposta de suspensão do processo mediante condições. Os Pacientes, assessorados por sua advogada, aceitaram a proposta de suspensão do processo e o MM. Juiz primeiramente recebeu a denúncia e, ao depois, com fundamento no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, suspendeu o processo pelo período de dois anos, com base nas condições propostas. Os acusados foram advertidos das condições impostas e o MM. Juiz de Direito homologou a suspensão do processo.

Tem-se decidido que: ‘Despacho de recebimento da denúncia. Crime falimentar. Fundamentação insuficiente. Ausência, entretanto, de menção do prejuízo sofrido por parte do réu. Ordem conhecida, porém denegada’. (TJSP, *habeas corpus*, Rel. Denner de Sá, R/TJSP 118/545).

E ainda é da jurisprudência que: ‘Suspensão condicional do processo. Conhecimento, após a decretação da medida, de *habeas corpus* em que se alega a inépcia da denúncia ou a falta de justa causa para a ação. Impossibilidade: após a suspensão condicional do processo, com a aceitação por parte do acusado, da proposta do Ministério Público, nos termos do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, é impossível o conhecimento de *habeas corpus* em que se alega a inépcia da denúncia ou a falta de justa causa para a ação penal, uma vez que, havendo transação entre as partes, tanto o Estado cede, porquanto deixa de exercer o *judicium accusationis*, como também o faz o acusado, que abre mão de direitos constitucionais como ao devido processo legal, estando ambos vinculados ao ato, e nada podendo fazer enquanto perdurar a suspensão que, deferida pelo juiz, veste-se como ato

perfeito e acabado' (in *Julgados do TACrim.*, vol. 39/391).

Quanto ao mais, adota-se a jurisprudência trazida à colação no parecer ministerial de fl. 317, que passa a fazer parte integrante deste.

Em suma, Paciente e comparsa que respondem a processo-crime por delito falimentar. Proposta a suspensão do processo pelo Ministério Público foi recebida a denúncia, aceita a proposta pelo Paciente e comparsa, e devidamente homologada pela digna autoridade judicial.

Nada mais resta a fazer.

Ante o exposto, não se conhece do pedido."

Ao que se tem, portanto, não há falar em trancamento da ação penal, uma vez que, como acentuado no acórdão impugnado, já foi aceita a proposta de suspensão do processo, circunstância que é, por si própria, impeditiva da ação penal, desde que cumpridas as condições especificadas em tal acordo.

Negar tal entendimento seria à inutilidade todo o esforço no sentido de se desafogar o Poder Judiciário, principalmente quando se trata de processos onde se apuram delitos de menor potencial ofensivo.

Nesse sentido, vale conferir o seguinte julgado:

"Recurso em habeas corpus. Penal e Processo Penal. Suspensão condicional do processo. Lei n. 9.099/1995. Informações de que a proposta ministerial foi aceita pelo acusado. Pedido de trancamento da ação. Impossibilidade no caso sub examine.

Incabível, na via estreita do *mandamus*, o aprofundamento do conjunto fático-probatório. Pretendido reconhecimento da inépcia da denúncia após a aceitação, pelos acusados, da proposta de suspensão do processo.

Segundo precedentes, 'Havendo informações acerca da formulação proposta de suspensão do processo, aceita pelo réu e homologada pelo juiz, nos moldes da Lei n. 9.099, de 1995, considera-se prejudicada a impetração que visava ao trancamento da ação penal correspondente'.

Recurso julgado prejudicado." (RHC n. 7.874-RJ, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, in DJ de 31.5.1999)

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

Recurso em Habeas Corpus n. 10.687—MG
(Registro n. 2000.0124863-4)

Relator: *Ministro José Arnaldo da Fonseca.*

Recorrente: *Jair dos Santos.*

Advogado: *Wiliam Riccaldone Abreu (Defensor Público).*

Recorrido: *Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.*

Paciente: *Jair dos Santos.*

EMENTA: RHC — Penal — Condenado beneficiado com a suspensão condicional da pena (arts. 77 e segs. do CP) — Descumprimento reiterado das condições impostas — Revogação do benefício — Legitimidade — Prévia oitiva do apenado — Prescindibilidade.

Legítima a decisão que revoga o *sursis* sem a prévia oitiva do apenado que descumpriu reiteradamente as condições impostas nas decisões concessivas do benefício, demonstrando ser desmerecedor do privilégio legal.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 18 de dezembro de 2000 (data do julgamento). Ministro Felix Fischer, Presidente. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 12. 3. 2001.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em *habeas corpus*, contra decisão proferida pela egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, que, por maioria de votos, denegou ordem impetrada em favor de Jair dos Santos.

Narram os autos que o Paciente foi condenado pela prática do crime tipificado no art. 155, *caput*, do Código Penal, recebendo uma pena de 1 ano e 6

meses de reclusão, em regime aberto, sendo concedido o benefício da suspensão condicional da execução da pena, previsto no art. 77 do mesmo diploma legal.

O benefício legal foi, no entanto, revogado pelo Juiz de 1º grau, tendo em vista que o Paciente deixou de observar, já pela segunda vez, as obrigações que lhe foram impostas como condição para a obtenção do privilégio do *sursis*, dando ensejo à expedição de mandado de prisão.

Contra essa decisão impetrou-se *habeas corpus* perante a Corte Estadual, ao argumento de que, ao revogar o benefício em tela sem a oitiva prévia da defesa ou do condenado, o magistrado de 1º grau violou as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ferindo ainda o disposto no art. 194 da Lei de Execução Penal.

Denegada a ordem (acórdão de fls. 27/36), adveio o presente recurso ordinário, no qual se reiteram os argumentos anteriormente aduzidos.

Neste grau de jurisdição, o Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Como patenteado no relatório, o presente recurso tem como fundamento a inconstitucionalidade da decisão de 1º grau que revogou a suspensão condicional da pena imposta ao Paciente, em razão do descumprimento das condições impostas. Sustenta o Recorrente que a revogação do benefício do *sursis* não pode se dar sem que seja ouvido previamente o apenado, para que justifique suas faltas.

Sem razão, contudo.

Para denegar a ordem, o Tribunal *a quo* entendeu legítima a decisão que revogara o *sursis* sem a prévia oitiva do apenado, tendo em vista que este descumpriu reiteradamente as condições impostas nas decisões concessivas do benefício. No particular, colhe-se do acórdão recorrido (fls. 30/32):

“Como se vê, pelas peças trazidas pelo próprio Paciente aos outros, ele foi condenado e esta sentença transitou em julgado. Na decisão, obteve o *sursis* mediante algumas condições. Como não atendeu a tais obrigações, como se constata de fl. 14-TA, teve o benefício revogado e, posteriormente, aceitando-se suas justificativas, ele novamente foi restaurado.

Nesta restauração, bem ciente de suas obrigações, o Paciente comprometeu-se, entre outras coisas, a se apresentar mensalmente em juízo dando conta de suas ocupações, bem como a manter endereço atualizado.

A decisão data de agosto de 1998, ocasião em que o Paciente foi advertido em audiência admonitória, fl. 14-TA, de tais condições, aceitando-as.

Pelo documento de fls. 15 e 16TA, percebe-se que o Paciente nunca deu a mínima atenção para as sanções que lhe forma impostas.”

(...)

“O Paciente sabia das sanções e limitações, foi advertido para suas obrigações e das consequências de seus atos se as ignorasse.

Desde 13 de agosto de 1998 nunca compareceu em juízo mensalmente como deveria, nunca procurou demonstrar ocupação lícita, desaparecendo sem apontar seu novo endereço.”

Como se vê, o Paciente já teve anteriormente o benefício revogado por descumprimento das condições impostas pelo Juiz que, posteriormente, aceitando as suas justificativas, deu-lhe uma segunda chance, restaurando-lhe o benefício. Novamente cientificado das suas obrigações, o Paciente tornou a descumpri-las, demonstrando total falta de responsabilidade e mesmo desrespeito para com a Justiça. Desse modo, correta a decisão do magistrado *a quo* que revogou o benefício, sendo desnecessária a oitiva prévia do apenado.

A propósito, obtemperou o Ministério Público Federal, *verbis* (fl. 51):

“Impende registrar que não tem amparo legal pretender-se que, antes da revogação do *sursis*, seja ouvido o defensor do réu, porque aí se trata de ato pessoal, de livre arbítrio do juiz, nos termos do art. 81, § 1º, do Código Penal.

In casu, verifica-se que o Paciente foi cientificado de suas obrigações, quando do seu comparecimento à audiência admonitória, consoante as informações do MM. Juiz da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Belo Horizonte, à fl. 21.

Assim, a decisão do Juízo de 1º grau, confirmada pelo Tribunal *a quo*, andou bem ao revogar o *sursis*, independentemente, de prévia manifestação da defesa, sem afrontar os princípios da ampla defesa e do contraditório.”

Com esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

Recurso em Habeas Corpus n. 11.166 - MG
(Registro n. 2001.0031535-6)

Relator: *Ministro Paulo Gallotti.*

Recorrente: *Geraldo Ferigato Filho.*

Advogado: *João Baptista Garcia Neto.*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.*

Paciente: *D.P.F.*

EMENTA: *Processo Penal – Estatuto da Criança e do Adolescente – Artigo 185 – Cumprimento de medida sócio-educativa de internação em estabelecimento prisional – Possibilidade – Cautelas.*

Em caráter excepcional, não constitui constrangimento ilegal nem viola o artigo 185 do Estatuto da Criança e do Adolescente o internamento provisório de menor infrator em estabelecimento prisional, desde que permaneça separado dos presos comuns.

Precedente.

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, 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, 8 de maio de 2001 (data do julgamento). Ministro Fernando Gonçalves, Presidente. Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no DJ de 1.10.2001

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: No Juízo da Comarca de Matias Barbosa, em Minas Gerais, Daniel Pereira Ferigato foi representado pela prática do ato infracional equivalente ao delito de roubo.

Findo o procedimento, sobreveio a sentença que impôs ao menor medida sócio-educativa de internação pelo prazo não excedente a três anos, com a reavaliação semestral.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* objetivando a entrega do Paciente à vigilância dos pais, tendo em vista que o menor encontra-se em estabelecimento incompatível com o cumprimento da aludida medida.

A Câmara Especial de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais denegou a ordem ao entendimento de que “nenhuma ilegalidade pode ser imputada ao magistrado que determinou a necessidade do internamento provisório, já proferiu sentença e solicitou vaga no estabelecimento adequado” (fl. 139).

Exsurge, daí, o presente recurso ordinário, onde se alega contrariedade ao artigo 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 155/160, opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Adoto, como razão de decidir, os termos do parecer do Subprocurador-Geral da República, Dr. Jair Brandão de Souza Meira, que elucidou com precisão a controvérsia.

“Com efeito, foi determinada a segregação provisória de Daniel Pereira Ferigato, em virtude do risco de linchamento, que somente não se consumou face à ação da Polícia Militar, servindo a cautela para resguardar o menor em local adequado e longe da ira popular.

Na oportunidade, restou estabelecido que o Paciente aguardaria, em seção isolada na própria Delegacia, não podendo ser levado para a cela (art. 185, § 2º, do ECA), pelo prazo máximo de cinco dias, quando, então, seria transferido para a unidade exclusiva de adolescente, com as garantias previstas no artigo 124 da Lei n. 8.069/1990.

Como se vê, o magistrado demonstrou a preocupação na observância das normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, valendo destacar, ainda, sua manifestação à oportunidade das informações prestadas no *writ* originário, constante à fl. 79:

‘(...) *Omissis*

Na Comarca e região inexistem estabelecimentos apropriados a recepcioná-los, dentro da recomendação dos artigos 121 e seguintes, ECA.

Em decorrência, este Juízo resolveu acautelá-los em local apropriado, fora da Cadeia Pública e da

Depol, em internação provisória por quarenta e cinco dias.'

Ressalte-se, ainda, que proferida sentença condenatória, o MM. Juiz determinou a requisição de vaga, através da Saremi – Superintendência de Atendimento e Reeducação do Menor Infrator, para o CIA – Centro de Internação do Menor, na Comarca de Sete Lagoas, por não se tratar mais de custódia provisória (fls. 161/170), em estrita observância ao previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ora, a finalidade, na hipótese, é sobretudo a separação da criança e do adolescente dos condenados pela Justiça Criminal, impedindo a influência negativa que deles puder advir, sem descuidar, outrossim, das atividades pedagógicas, objetivos estes que vêm sendo observados pelo magistrado.

Assim sendo, considerando que o menor infrator foi acautelado em local apropriado, fora da Cadeia Pública e da Depol, quando da internação provisória por quarenta e cinco dias, tendo, após a superveniência de sentença condenatória, sido requisitada vaga em estabelecimento adequado, penso por inexistente o alegado constrangimento ilegal.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente dessa egrégia Turma, *in verbis*:

'Penal. Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 185. Cumprimento. Medida sócio-educativa. Estabelecimento prisional.

Não constitui constrangimento ilegal, tampouco violação ao art. 185 do ECA, o internamento provisório de menores infratores em ala de estabelecimento prisional, Instituto Muniz Sodré, onde permanecem separados dos condenados pela Justiça Criminal, desenvolvendo atividades pedagógicas (há sete salas de aula, biblioteca e sala de leitura) até a conclusão das obras de restauração da Escola João Luiz Alves, que foi completamente depredada pelos internos. O importante é a separação entre o delinqüente e o menor, sendo secundária a construção física. Precedente. RHC improvido.' (RHC n. 7.748-RJ, Rel. o Ministro

Fernando Gonçalves, DJU de 8.9.1998)."

Isto posto, nego provimento ao recurso.

Recurso Especial n. 218.148-SP
(Registro n. 99.0049385-0)

Relator: *Ministro Hamilton Carvalhido.*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo.*

Recorrido: *Mário Souza Xavier.*

Advogado: *Orlando Gonçalves de Castro Júnior (Defensor Público).*

EMENTA: Penal – Produção antecipada de prova testemunhal – Artigos 92 e 366 do Código de Processo Penal – Lei n. 9.271/1996.

1. O tempo é também determinante da produção antecipada da prova testemunhal, na letra da própria lei e na força de sua natureza, porque, com ele se exaure a memória dos fatos.

2. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o relator os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Fontes de Alencar e Fernando Gonçalves. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Vicente Leal.

Brasília-DF, 10 de abril de 2001 (data do julgamento). Ministro Fernando Gonçalves, Presidente. Ministro Hamilton Carvalhido, Relator.

Publicado no DJ de 27.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial contra acórdão da Décima Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, improvendo recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, obistou a produção antecipada de prova testemunhal na ação penal a que responde Mário Souza Xavier.

O Recorrente sustenta que a apontada diligência cautelar é considerada

urgente pelo Código de Processo Penal, justificando, pois, a sua antecipação na hipótese do artigo 366, com a redação dada pela Lei n. 9271/1996.

Dissídio jurisprudencial funda a insurgência.

Recurso tempestivo (fl. 48) e respondido (fls. 69/76).

Positivo Juízo de admissibilidade (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alínea c).

O parecer do Ministério Público Federal é pelo provimento do recurso. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, recurso especial contra acórdão da Décima Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, improvendo recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, obistou a produção antecipada de prova testemunhal na ação penal a que responde Mário Souza Xavier.

O Recorrente sustenta que a apontada diligência cautelar é considerada urgente pelo Código de Processo Penal, justificando, pois, a sua antecipação na hipótese do artigo 366, com a redação dada pela Lei n. 9271/1996.

Noticiam os autos que o Réu fora denunciado por furto simples ocorrido no início do ano de 1997. Designada audiência para propositura da suspensão condicional do processo, o acusado não compareceu. Determinada e frustrada a citação editalícia, ordenou-se o sobrestamento do feito, ensejando, posteriormente, o requerimento de produção antecipada de provas pelo órgão ministerial.

O Tribunal-recorrido negou provimento ao recurso do *Parquet*, baseado na seguinte fundamentação:

“(…)

Com efeito, ‘Para os efeitos do referido dispositivo legal, urgentes são consideradas as provas que, por circunstâncias pessoais das testemunhas, menos que pela tirania implacável do tempo, se devam produzir desde logo, aliás se perderão para sempre’. E mais: ‘Não há, contudo, antecipar o que se deve fazer em seu tempo e modo. O magistrado, com prudente arbítrio, nisto como no demais, avaliará a conveniência de deferir, ou não, o requerimento que tire ao fim de abreviar a oportunidade da produção de provas, sob calor de que urgentes’. Esta, com efeito, é a lição dos grandes autores: ‘Não se trata, pois, de antecipar a realização de qualquer prova, como *v.g.*, a testemunhal, sob a alegação de que é comum não

encontrar pessoas que devam depor em Juízo por razões de mudança de residência, morte, etc. Caso contrário, não teria sentido a qualificação urgente empregada no texto' – DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal*, 13ª ed., p. 241, RSE n. 1.106.493-6, Santos, 27.8.1998." (fls. 45/46).

Este dispositivo de lei federal a que o acórdão impugnado teria dado interpretação discrepante:

"Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312."

E teria divergido de aresto desta Corte Superior de Justiça porque:

"(...)

Como se vê, para o julgado recorrido, indispensável a demonstração da urgência para a antecipação da coleta da prova testemunhal, na hipótese de revelia, nos moldes do artigo 366 do Código de Processo Penal, com a novel redação da Lei n. 9.271/1996.

Todavia, para o acórdão trazido à colação, a produção de prova testemunhal é considerada urgente pelo Código de Processo Penal, justificando, por si só, a antecipação prevista no art. 366 do Código de Processo Penal, com a redação ora vigente.

(...) ." (fl. 57) .

Sobre a prova testemunhal, dispõem os artigos 92 e 225 do Código de Processo Penal, *verbis*:

"Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputar séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-

se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.”

Tem-se, assim, que o tempo é determinante da produção antecipada da prova testemunhal, na letra da própria lei e na força de sua natureza, porque, com ele, se exaure a memória dos fatos.

A propósito, confira-se o seguinte precedente dessa Corte Superior de Justiça:

“Processual Penal. Ação penal. Revelia. Produção antecipada de prova oral. Necessidade. CPP, arts. 92 e 366.

- Na hipótese de suspensão do processo em face da revelia do réu, a memória testemunhal deve ser colhida no tempo mais próximo do fato, em face do fenômeno humano do esquecimento, sendo de rigor a sua produção antecipada.

- Exegese dos arts. 92 e 366 do Código de Processo Penal.

- Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 169.324-SP, Relator Ministro Vicente Leal, in DJ de 9.10.2000).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso.

É o voto.

Recurso Especial n. 255.341-SP

(Registro n. 2000.0036958-6)

Relator: *Ministro Hamilton Carvalhido*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Everaldo da Silva Ferreira*

Advogado: *José Domingos Pinto*

EMENTA: Recurso especial – Lei n. 9.099/1995 – Suspensão condicional do processo – Concurso material de crimes.

1. O acréscimo decorrente do concurso material de crimes deve ser considerado na aferição da pena prisional mínima autorizativa da suspensão condicional do processo.

2. Descabe falar em suspensão condicional do processo após sentença condenatória, ainda que haja desclassificação do delito, devendo, como deve, a medida penal ter o seu exame em momento próprio e à luz dos fatos imputados na denúncia.

3. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Vicente Leal e Fernando Gonçalves. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 3 de abril de 2001 (data do julgamento). Ministro Fernando Gonçalves, Presidente. Ministro Hamilton Carvalhido, Relator.

Publicado no DJ de 27.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial contra acórdão da Décima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, apreciando a apelação interposta por Everaldo da Silva Ferreira, houve por bem converter o julgamento do feito em diligência para que se oferecesse ao Réu a suspensão condicional do processo.

O Recorrente sustenta a inadmissibilidade de concessão do *sursis* ao Réu que comete, em concurso material, crimes cuja soma das penas mínimas ultrapassa o limite de um ano.

Dissídio jurisprudencial funda a insurgência.

Recurso tempestivo (fl. 186) e não respondido (fls. 208).

Positivo juízo de admissibilidade (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alínea c).

O parecer do Ministério Público Federal é pelo provimento do recurso. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, recurso especial contra acórdão da Décima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, apreciando a apelação interposta por Everaldo da Silva Ferreira, houve por bem converter o julgamento do feito em diligência

para que se oferecesse ao Réu a suspensão condicional do processo.

O Recorrente sustenta a inadmissibilidade de concessão do *sursis* ao Réu que comete, em concurso material, crimes cuja soma das penas mínimas ultrapassa o limite de um ano.

Noticiam os autos que o Réu foi denunciado por infringência ao capitulado nos artigos 10, § 2º, da Lei n. 9.437/1997, e 132 do Código Penal, em concurso material.

Por ocasião da sentença, restou condenado às penas de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, e multa, pelo disposto nos artigos 10, *caput*, da Lei n. 9.437/1997, e 329 do Código Penal, na forma do artigo 69 desse mesmo diploma legal. Preenchidas as condições, substituíram-se as penas privativas de liberdade por uma pena restritiva de direitos e multa, na forma do artigo 44, *caput*, e § 2º, do Código Penal, com a redação conferida pela Lei n. 9.714/1998.

Inconformado, interpôs apelação sustentando insuficiência probatória a ensejar a condenação, requerendo, ademais, a redução das penas impostas.

Lê-se no acórdão impugnado:

“ O art. 89 da Lei n. 9099/1995 prevê a possibilidade de suspensão condicional do processo para os casos em que a pena mínima cominada é igual ou inferior a um ano, como ocorre em relação às infrações imputadas ao Apelante, levadas em conta isoladamente.

Assim, o instituto não poderia ter sido desconsiderado, deixando-se de fornecer a plena e efetiva prestação jurisdicional, pois não é a mera hipótese do concurso de crimes que impede a concessão do benefício, por não ser ‘a soma das penas que inviabiliza a suspensão, senão os requisitos relacionados com o merecimento do instituto’ (*Juizados Especiais Criminais*, ADA PELLEGRINI GRINOVER e outros, RT, 1996, p. 199).

Por aplicação analógica favorável ao Réu, consentânea, e portanto, com o princípio constitucional da legalidade, deve incidir, em tais situações, a regra do artigo 119 do Código Penal.

Estão atendidos os requisitos subjetivos para o deferimento do benefício, pois, consideradas favoráveis as mesmas circunstâncias legais, o Recorrente obteve a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, sem qualquer objeção do órgão acusatório.

Por fim, vale salientar que, se o representante do Ministério Público, sem motivo justificado, deixar de

efetuar a proposta, tem o juiz o dever de oferecê-la de ofício, já que se trata de direito público subjetivo do réu (TJSP, Ap. n. 158.135-5, de 18.12.1995).

Frente ao exposto, converte-se o julgamento em diligência para que se ofereça ao Apelante a suspensão condicional do processo." (fls. 182/183).

Este, o dispositivo de lei federal a que o aresto vergastado teria dado interpretação discrepante:

"Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP)."

E o teria feito porque:

"Nas duas situações, discute-se sobre a aplicação ou não do disposto no atual artigo 89 da Lei n. 9099/1995. Para o julgado recorrido, é possível conceder ao réu o denominado '*sursis* processual', se ele cometeu crimes em concurso, cuja soma das penas ultrapasse um ano. Já para o acórdão trazido à colação, o artigo 89 da Lei n. 9099/1995 é inaplicável nesta circunstância." (fl. 199).

Esta Corte Superior de Justiça já firmou entendimento no sentido de que o acréscimo decorrente do concurso material de crimes deve ser considerado na aferição da pena mínima autorizativa da suspensão condicional do processo, mostrando-se imperioso consignar a recente edição do Enunciado n. 243, *verbis*:

"O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (1) ano."

In casu, repita-se, o Réu foi acusado da prática delitiva prevista nos artigos 10, § 2º, da Lei n. 9.437/1997 – cuja pena mínima é de dois anos –, e 329 do Código Penal – apenado com o mínimo de dois meses –, em concurso material.

Inadmissível, portanto, a concessão do *sursis* processual.

Se não bastasse, descabe falar em suspensão condicional do processo após sentença condenatória, ainda que haja desclassificação do delito, devendo, como se deve, a medida penal alternativa ter o seu exame em momento próprio e à luz dos fatos imputados na denúncia.

Vale, a propósito, conferir o seguinte julgado, *verbis*:

“Penal e Processual Penal. Habeas corpus. Suspensão condicional do processo. Retroatividade. Limites.

- A aplicação do art. 89 da Lei n. 9099/1995 pressupõe a inexistência de condenação penal, ainda que recorrível, pois com a sentença condenatória fica comprometido o fim próprio para o qual o *sursis* processual foi cometido, qual seja, o de evitar a imposição de pena privativa de liberdade.

Writ denegado.” (HC n. 9.951-SP, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ de 15.5.2000).

Pelo exposto, conheço do recurso dou-lhe provimento para, afastando a possibilidade de concessão de suspensão condicional do processo, reformar o acórdão estadual e determinar o prosseguimento do julgamento da apelação.

É o voto.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Recurso Especial n. 125.126-MG (Registro n. 97.0020559-2)

Relator: *Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito.*

Recorrente: *BH Shock Som Ltda.*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Minas Gerais.*

Advogados: *Aldo de Freitas e outros.*

EMENTA: *Despacho que manda processar a concordata preventiva – Irrecorribilidade – Peça técnica produzida pelo Ministério Público – Precedentes da Corte.*

1. O despacho que manda processar a concordata preventiva, como assentado na jurisprudência da Corte, é irrecorrível.
2. Não malfere qualquer disposição de lei federal a decisão que autoriza a manutenção no processo da análise contábil produzida pelo Ministério Público.
3. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Costa Leite.

Brasília-DF, 19 de maio 1998 (data do julgamento). Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 3.8.1998.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: BH Shock Som Ltda interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra acórdão proferido, em agravo de instrumento, pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que rejeitou a preliminar de não-conhecimento do recurso, por entender recorrível o ato judicial que manda processar a concordata preventiva, e deu provimento parcial ao recurso, para determinar o retorno aos autos da análise contábil juntada

pelo Ministério Público, com a seguinte fundamentação:

“(…)

Em que pese o excelente naípe judicante do douto Magistrado de 1º grau, entendo que houve um certo rigorismo por parte de S. Ex.^a, na medida em que a referida análise contábil não constitui um laudo pericial, mesmo porque uma perícia, em nível de procedimento falimentar, é determinada pelo comissário, a teor do art. 169, VI, da Lei Falimentar, como, aliás, enfatiza aquele douto Magistrado em sua decisão.

Por outro lado, a referida análise contábil teria a finalidade apenas de servir de suporte à manifestação do Ministério Público, colocando em evidência que ele, quando sustentou a falta de requisitos legais para o processamento da concordata, fê-lo com base em levantamento feito por órgão *interna corporis* do próprio Ministério Público.

Assim, não vejo inconveniente algum de permanecer nos autos a referida análise contábil, pois, na verdade, o que pode balizar ou não o indeferimento da concordata e a decretação da falência é a perícia designada pelo comissário e não a referida análise contábil.” (fl. 272).

Sustenta a Recorrente que do “despacho liminar que defere ao processamento da concordata não cabe recurso algum” (fl. 280), a teor do que dispõe os artigos 162, § 2º, da Lei Falimentar (Decreto-Lei n. 7661/1945) e 162 e 504 do Código de Processo Civil.

Alega, ainda, estar correto o ato judicial que determinou o desentranhamento da análise contábil apresentada pelo Ministério Público, pois, segundo o art. 169, VI e X, da Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7661/1945), “a perícia contábil deve ser apresentada pelo comissário na devida fase legal” (fl. 284), incumbindo-lhe designar perito contador para proceder ao exame da escrituração do concordatário.

Para comprovar a divergência jurisprudencial apresenta decisões de outros Tribunais.

Não foram oferecidas contra-razões e o recurso especial foi admitido (fls. 302/303).

Opina a Subprocuradoria Geral da República pelo provimento do recurso em parecer do Dr. F. Adalberto Nóbrega, assim ementado:

“Recurso especial com fulcro no art. 105, III, letras a e c, da Carta Magna. Despacho que ordena processamento de concordata preventiva. Descabimento de recurso. Precedentes do STJ. Provimento do apelo.” (fl. 303).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): O Ministério Público de Minas Gerais interpôs agravo de instrumento contra despacho que determinou fosse desentranhada peça técnica produzida pelo próprio Ministério Público e sentença que mandou processar a concordata preventiva da Recorrente. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais proveu, em parte, o recurso, tão-somente, para autorizar a manutenção da análise contábil feita pelo Agravante nos autos.

A Recorrente tem razão no que se refere ao primeiro ponto, ou seja, o de ser irrecorrível o despacho que manda processar a concordata, sendo nessa direção a jurisprudência da Corte:

“Direitos Comercial e Processual Civil. Concordata preventiva. Pronunciamento judicial que a manda processar. Irrecorribilidade. Habilitação de crédito. Correção monetária. Termo final. Enunciado n. 8 da Súmula-STJ. Recurso provido.

I – O ato judicial que simplesmente manda processar a concordata é irrecorrível, uma vez que não resolve nenhuma questão incidente.

II – Incide correção monetária nos créditos habilitados em concordata preventiva até o seu efetivo pagamento, consoante enunciado n. 8 da Súmula-STJ.” (REsp n. 115.374-ES, relator o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 23.6.1997; no mesmo sentido, REsp n. 3.499-MG, relator o Sr. Ministro Fontes de Alencar, DJ de 24.6.1991).

No que se refere ao segundo ponto, ou seja, a manutenção da análise contábil produzida pelo Ministério Público, a Recorrente não apresentou nenhuma disposição de lei federal que teria sido violada pela decisão recorrida, nem, tampouco, apontou divergência jurisprudencial.

Destarte, eu conheço, em parte, do recurso e, nessa parte, dou-lhe provimento.

Recurso Especial n. 172.317-RS

(Registro n. 98.0030338-3)

Relator: *Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.*

Recorrido: *Atalaia Segurança Ltda.*

Advogados: *Luiz Carlos Maffazioli e outro.*

Interessado: *Ezequiel Ribeiro de Lima.*

EMENTA: *Falência – Quitação posterior ao decreto de quebra.*

1. Uma vez decretada a quebra não é mais possível a revogação arrimada no fato de ter havido acordo entre o credor que a requereu e o devedor, sob pena de violação ao art. 40, § 1º, da lei especial de regência.
2. 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, após o voto-vista do Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Antônio de Pádua Ribeiro e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 21 de junho de 2001 (data do julgamento). Ministro Ari Pargendler, Presidente. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator.

Publicado no DJ de 27.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso especial, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra acórdão da Câmara de Férias Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

"Agravo de instrumento. Falência. Acordo formulado após a decretação de quebra.

É possível a revogação da falência em razão do acordo formulado entre credor e devedor em momento posterior à decisão que decretou a quebra, no intuito da

manutenção da empresa, e para afastar os aspectos sociais negativos decorrentes da quebra.

Agravo provido.”(fl. 210).

Sustenta o Recorrente afronta ao artigo 40, § 1º, da Lei de Falências e Concordatas, pois, após a decretação da quebra, não pode o próprio requerente desistir do pedido de falência, em razão de acordo formulado entre credor e devedor.

Aponta doutrina e divergência jurisprudencial, trazendo à colação julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Contra-arrazoados (fls. 233 a 239), o recurso especial foi admitido (fls. 240/241).

Parecer da Subprocuradoria Geral da República pelo provimento do recurso (fls. 247 a 249).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): Houve pedido de revogação do decreto de falência ao argumento de que haveria fatos que não foram considerados na decisão. O Juiz indeferiu o pedido. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proveu o agravo porque entendeu possível afastar a falência se houve acordo posterior entre devedor e credor.

O especial do Ministério Público aponta violação ao art. 40, § 1º, da Lei de Falências.

Recentemente, a matéria foi examinada pela Corte, com relatoria do Sr. Ministro Waldemar Zveiter, concluindo a maioria que na celebração de acordo entre o credor requerente da falência e o devedor, a quitação descaracteriza o estado de insolvência (REsp n. 140.747-PR, DJ de 21.2.2000). Considerou a Turma que houve um desencontro de informações, com o que, conquanto tenha havido pagamento após a citação, a possível negligência do próprio devedor não impediu a decretação da quebra. Na ocasião, fiquei vencido entendendo que a decretação da falência torna impossível reversão diante da existência de posterior quitação. Tal linha de raciocínio, a meu sentir, “destoa do sistema legal e não me parece que haja peculiaridade forte o suficiente para justificar uma interpretação construtiva, somente possível quando o espaço legal está vazio diante da circunstância concreta da lide posta em julgamento. Neste feito tal não ocorre”.

Persisto no mesmo entendimento. Não vejo como possível, após a decretação da quebra, admitir a revogação da falência pela existência de um acordo entre o credor que pediu a falência e o devedor. A regra do art. 40, § 1º, da Lei de Falências é muito clara. E neste feito, o despacho agravado assinalou, claramente que o estado da empresa “é falimentar. Não há mais bens livres. A

Agravante tem contra si inúmeras reclamatórias trabalhistas e mais outras tantas execuções na Justiça Comum (relação anexa). A sentença, portanto, limitou-se a declarar situação que de fato já existe. A revogação seria apenas para transferir para o futuro tal declaração, mantendo no mundo empresarial aquele que já não tem mais condições de negociar”.

Pedindo vênia aos meus eminentes pares, eu conheço do especial e dou-lhe provimento para restabelecer a decisão agravada.

“EMENTA: Direito Comercial. Sentença de quebra. Estado falimentar. Pagamento posterior ao decreto efetuado em favor do credor-requerente. Circunstância de fato que não afasta o estado jurídico. Interesse dos demais credores.

I – Após a decretação da falência, não é possível afastá-la mediante acordo entre o credor-requerente e o devedor.

II – Recurso especial provido.”

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Entendo não caber, no presente caso, a revogação do decreto de falência. E o faço segundo duas ordens de considerações. Uma de índole processual e outra atinente a aspecto de direito material, este último relacionado ao fato de não ter o falido a faculdade de dispor daqueles interesses compreendidos na falência (Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 40, § 1º).

A falência possui um caráter bifronte, ou seja, material e processual. A realidade jurídica da quebra pressupõe o aspecto instrumental e o estado fático do devedor que não paga no vencimento obrigação líquida ou que se presume insolvente. “Só com a decisão judiciária que a decreta nasce a falência. Sem provimento jurisdicional inexistente estado jurídico de falência, assente a impossibilidade de quebra virtual. Sem um pedido do interessado (o credor ou o próprio devedor) e a resposta jurisdicional (a sentença) não há falência” (WALDO FAZZIO JÚNIOR, *Lei de Falências e Concordatas Comentada*, Ed. Atlas, p. 24, 1999).

É discutível se o pagamento feito pelo falido ao credor que requereu a falência faz presumir seu estado de solvência. Mas, ainda que assim fosse, a sentença de quebra inaugura uma nova situação processual, prevista em lei que busca a garantia geral do crédito e a estabilidade do mercado. Assim sendo, o pagamento referido, como evidência de solvabilidade, é irrelevante. Se por um lado o decreto do Estado-juíz faz nascer a falência, por outro tem-se que esta não existe sem a sentença. Independentemente das conclusões quanto à situação de fato daquele que efetua pagamento espontâneo, posteriormente à sentença de quebra, há a situação jurídica, proclamada pelo juiz, que não se

afastaria com a solução da dívida em relação a um dos credores.

Cumpra dizer, o devedor só é falido em virtude da decisão judicial. A solução da dívida em análise não tem o condão de afastar aquela situação jurídica, independentemente da situação de fato (solvência) que porventura se queria demonstrar com o pagamento.

É como ensina OCTAVIO MENDES (citado por WALDO FAZZIO JÚNIOR, *Lei de Falências e Concordatas Comentada*, Ed. Atlas, p. 24, 1999), “Falência não quer dizer insolvabilidade. A insolvabilidade é um estado de fato, a falência é um estado de direito, só existente depois de proclamado pela sentença definitiva dos juízes ou dos tribunais”.

Por isso que “desde o momento da abertura da falência, ou da decretação do sequestro, o devedor perde o direito de administrar, os seus bens e deles dispor” (Lei de Falências, art. 40). Solvente ou não, é falido. O recorrido teve o momento adequado para elidir a falência (Lei n. 7.661/1945, art. 4º), mas não o fez. Conforme se apreende da decisão de que agrava, o Recorrido somente nos autos da falência vem a sustentar que possui bens, tendo anteriormente declarado que tinha direito a não indicar bens à penhora (fls. 36/37).

Logo, estou de acordo com o voto do eminente Relator e entendo oportuna a transcrição do trecho do despacho agravado, efetuada por S. Ex^a. O caso em comento não possui peculiaridades suficientes que autorizem afastar o rigor da norma. Segundo consta, pesam sobre o Recorrido inúmeras demandas trabalhistas e execuções na Justiça Comum.

Não se deve, ainda, olvidar que o procedimento da falência está determinado pelo interesse coletivo; o direito individual do Requerente da falência cede passo ao interesse dos demais credores do devedor comum, não se podendo falar, no presente caso, em autocomposição. Autocomposição, sim, dar-se-ia se um dos credores renunciasse ao seu crédito, ou concordasse em recebê-lo parcialmente, etc. Porém, nada disso obstará a continuação do feito, sendo certo que o devedor não pode validamente efetuar pagamento a um dos credores, dada a perda da capacidade de administrar os bens, interesses, direitos e obrigações compreendidos na falência.

Registre-se que o desinteresse do credor no prosseguimento do feito não tem o condão de infirmar os fundamentos do recurso especial. Satisfeito o seu crédito, é provável que não vislumbra-se no processo benefício algum para si e, bem além de não mostrar empenho em seu prosseguimento, o desprezasse. Mas há de ser considerado o interesse dos outros credores, cabendo ressaltar que a relação jurídico-processual é vínculo de direito público e que o processo, como instituição pública, não atende somente aos interesses privados.

Enfim, apresenta-se, no presente caso, a figura de alguém que não pode dispor dos interesses ligados à falência e a de outro cujo crédito deve concorrer com o dos outros credores do devedor comum. Ademais, como asseverado pelo magistrado prolator da sentença agravada, “a sentença limitou-se a declarar situação de fato que já existe. A revogação seria apenas para transferir para o

futuro tal declaração, mantendo no mundo empresarial aquele que já não tem mais condições de negociar” (fl. 189).

Postas tais considerações, acompanho o eminente Relator e voto pelo conhecimento e provimento do recurso.

Recurso Especial n. 184.283-SP

(Registro n. 98.0056809-3)

Relator: *Ministro Ruy Rosado de Aguiar.*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A.*

Advogados: *Pedro Afonso Bezerra de Oliveira e outros.*

Recorrido: *Cleusa da Silva Costa e outro.*

Advogados: *Sebastião Venâncio Farias e outro.*

EMENTA: Ação de prestação de contas – Depósito bancário em conta-corrente – Interesse processual.

O correntista, inconformado com os lançamentos feitos em sua conta-corrente, sem condições de conhecer a natureza e a origem dos registros constantes dos extratos bancários que recebe, tem legítimo interesse de propor ação de prestação de contas. Precedentes. Súmula n. 83 –STJ.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Bueno de Souza, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Brasília-DF, 1º de dezembro de 1998 (data do julgamento). Ministro Barros Monteiro, Presidente. Ministro Ruy Rosado Aguiar, Relator.

Publicado no DJ de 22.3.1999.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Cleusa da Silva Costa e Lutel Comércio de Telefones Ltda promoveram ação de prestação de contas contra o Banco do Brasil S/A, alegando que, a partir de dezembro de 1994, foram registradas em suas contas diversos lançamentos a débito, os quais não têm

causa aparente.

A sentença julgou procedente a demanda, condenando o Banco a prestar as contas requeridas no prazo de 48 horas, impondo-lhe o pagamento das verbas sucumbenciais.

O Réu apelou, reiterando a preliminar de falta de interesse de agir, bem como a ocorrência de julgamento *extra petita*.

A egrégia Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso, em acórdão com a seguinte ementa:

"Prestação de contas. Instituição financeira. Admissibilidade. Não há falar-se em carência de ação, por falta de interesse de agir (necessidade e ou adequação), pois cabível e adequado o ajuizamento da ação objetivando à obtenção de pronunciamento judicial acerca da exatidão, ou não, do conteúdo das contas apresentadas extrajudicialmente aos correntistas, mediante o envio de extratos de movimentação de contas-correntes, quando não há acertamento amigável. Recurso não provido.

Sentença. Extra-petita. Inocorrência. Lide decidida dentro dos limites em que fora postulada a tutela jurisdicional invocada. Recurso não provido." (fl. 183).

O Réu, vencido, interpôs recurso especial pela alínea c, sustentando ser "flagrante a divergência jurisprudencial entre o v. acórdão recorrido e os paradigmas, que entendem satisfeito o interesse do cliente com o fornecimento de avisos e extratos".

Com as contra-razões, o Tribunal de origem admitiu o recurso especial, subindo os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator) 1. Os Autores reclamam da existência de lançamentos em contas-correntes, que mantêm no estabelecimento do Réu, para os quais não encontram explicação, suspeitando de que se trata de indevida capitalização de juros, razão pela qual promoveram ação de prestação de contas. Em casos tais, esta Quarta Turma tem reiteradamente reconhecido o interesse de agir do correntista:

"Trata-se de saber se o titular de conta-corrente, inconformado com as contas que lhe foram apresentadas

por extratos de simples conferência, podia propor contra o Banco a ação de prestação de contas.

Na petição de fls. 20 e seguintes, a Autora explicou que um dos motivos de sua ação está na constatação de que o Banco capitaliza mensalmente os juros de seu débito, o que lhe parece incabível.

O correntista tem o direito de vir a juízo, fundado na existência do contrato de conta-corrente, afirmando sua inconformidade com os lançamentos feitos, para pedir a prestação de contas a quem a administra, que dispõe da movimentação dos seus recursos e efetua os lançamentos de débito e crédito. No caso, a Autora supriu a deficiência apontada na inicial, onde fazia afirmações genéricas, vindo exemplificar uma das irregularidades que pretendia esclarecer (capitalização dos juros, em financiamento onde seria proibido o anatocismo), motivo só por si suficiente para evidenciar a necessidade da ação.

O contrato de conta-corrente não tem como característica condicionar o dever do depositário em prestar contas, à existência de tratativas extrajudiciais, nem a legislação processual contempla, entre os pressupostos processuais, a prévia interpelação do obrigado a prestá-las.

O interesse processual, uma das condições da ação, deflui da irresignação da Autora com os saldos apresentados, - sendo que o motivo já foi apontado, - e a conduta do Banco em relação à administração da conta está expressa nos demonstrativos constantes dos extratos, mostrando quais foram os procedimentos adotados. Bem definidos os interesses e os comportamentos de ambas as partes, a inconformidade do correntista caracteriza a existência de uma divergência entre eles cuja solução deságua na ação de prestação de contas. ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, ao lançar o mais autorizado comentário sobre o tema acentuou: 'O emprego da ação em causa, sob qualquer de suas modalidades, pressupõe divergência entre as quais seja sobre o estado delas, vale dizer, sobre a existência, , o sentido e o montante do saldo (*Comentários*, VIII/III/397).

Nesta egrégia Quarta Turma já ficou consignado:

'Ao correntista que, recebendo extratos bancários,

discorda dos lançamentos deles constantes, assiste legitimidade e interesse para ajuizar ação de prestação de contas visando a obter pronunciamento judicial acerca da correção ou incorreção de tais lançamentos.” (REsp n. 12.393-SP, Rel. eminente Min. Sálvio de Figueiredo).” (REsp n. 96.207-SC, Quarta Turma, de minha relatoria, DJ de 11.11.1996).

2. Transcrevo outras ementas, a mostrar que a eventual divergência está superada, incidindo a Súmula n. 83:

“Processo Civil. Ação de prestação de contas ajuizada por correntista. Extratos bancários emitidos e apresentados extrajudicialmente. Divergência quanto aos lançamentos. Interesse de agir. Supressão da primeira fase. Critério de fixação dos ônus da sucumbência. Recurso conhecido e provido.

I – Ao correntista que, recebendo extratos bancários, discorda dos lançamentos deles constantes, assiste legitimidade e interesse para ajuizar ação de prestação de contas visando a obter pronunciamento judicial acerca da correção ou incorreção de tais lançamentos.

II – O interesse de agir decorre, em casos tais, do fato de que ‘o obrigado a contas se presume devedor enquanto não prestá-las e forem havidas por boas’.

III – Sendo certo, porém, que o fornecimento periódico de extratos de movimentação de conta-corrente pela instituição bancária traduz reconhecimento de sua obrigação de prestar contas, injustificável se afigura, por ausência de litigiosidade em relação a tanto, a divisão do rito em duas fases (art. 915), constituindo imperativo de ordem lógica a supressão da primeira, cuja finalidade (apuração da existência de obrigação de prestar contas) resta, em face de tal reconhecimento, esvaziada e superada.

IV – Adstrito o âmbito da controvérsia tão-somente à exatidão, ou não, das contas extrajudicialmente apresentadas, apenas em função do êxito e fracasso das partes a esse respeito é que se há de balizar a fixação dos ônus da sucumbência.” (REsp n. 12.393-SP, Quarta Turma, Rel. eminente Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 28.3.1994).

"Processo Civil. Prestação de contas. Interesse de agir. Ao correntista que, recebendo extratos bancários, discorda dos lançamentos deles constantes, assiste legitimidade e interesse para ajuizar ação de prestação de contas visando a obter pronunciamento judicial acerca de correção ou incorreção de tais lançamentos (REsp n. 12.393-0-SP). Recurso conhecido e provido." (REsp n. 75.612-SC, Terceira Turma, Rel. eminente Min. Costa Leite, DJ de 4.3.1996).

"Ação de prestação de contas. Depósito bancário. Conta-corrente. Interesse processual.

O titular de conta-corrente, inconformado com os lançamentos registrados em extratos fornecidos pelo banco, pelos quais teria constatado a capitalização de juros, tem interesse processual em promover a ação de prestação de contas, que independe de prova de prévio pedido de esclarecimento ao banco.

Recurso conhecido e provido." (REsp n. 96.207-SC, Quarta Turma, de minha relatoria, DJ de 11.11.1996).

"Ação de prestação de contas. Depósito bancário. Conta-corrente. Interesse processual. Emenda da inicial.

O correntista, inconformado com os lançamentos feitos em sua conta-corrente, sem condições de conhecer a natureza e a origem dos registros constantes dos extratos bancários que recebe, tem legítimo interesse de propor ação de prestação de contas.

Não indicado na inicial o período a que se refere, incide o disposto no art. 284 do CPC.

Recurso conhecido, pela divergência, e provido em parte." (REsp n. 156.319-SC, Quarta Turma, de minha relatoria).

3. Posto isso, não conheço do recurso.

É o voto.

Recurso Especial n. 249.423-SP
(Registro n. 2000.0017789-0)

Relator: *Ministro Ruy Rosado de Aguiar.*

Recorrentes: *Maria Isabel Mareti e outros.*

Advogados: *Vilma Pastro e outros.*

Recorrido: *Centro Trasmontano de São Paulo.*

Advogados: *Eduardo Andrade Mafra Cardoso e outro.*

EMENTA: Plano de saúde – Internação – UTI.

É abusiva a cláusula que limita tempo de internação em UTI.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Brasília-DF, 19 de outubro de 2000 (data do julgamento). Ministro Ruy Rosado Aguiar, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 5.3.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Maria Isabel Mareti e outros, sucessores de Helena Quaranta Gonçalves, propuseram ação cominatória cumulada com a indenizatória contra o Centro Trasmontano de São Paulo, pretendendo, conforme relatado na r. sentença, “ver declarado o dever da Ré de custear os valores devidos em face da internação hospitalar de Helena Gonçalves em regime de prorrogação, inclusive na UTI, com a manutenção em caráter definitivo da medida liminarmente concedida nos autos em apenso. Alegaram ter Helena firmado com a Ré um contrato de saúde, sendo titular do plano executivo. Foi a sucedida internada no Hospital Santa Cruz de 15 a 24.5.1995, tendo alta médica. Porém, no dia 3.6.1995 teve Helena de ser internada novamente, desta feita no Hospital Nove de Julho, credenciado da Ré. Durante essa internação foi levada para a UTI, em estado grave, onde faleceu em 29.6.1995. A Ré cobriu integralmente os gastos hospitalares até o dia 14.6.1995,

quando foi a família informada de que o limite de internação havia chegado ao fim, já que o estatuto previa direito do associado de internação em regime de UTI por apenas 10 dias. Sustentou a existência de cunho social do contrato de seguro de saúde, tratando-se, ainda, de contrato de adesão. Assim, recusando-se a Ré ao pagamento das despesas a partir de 14.6.1995, propuseram as Autoras a presente ação, para o fim de ser a Ré condenada ao pagamento da totalidade da internação, englobando nisso os descartáveis, os remédios importados, exames, honorários médicos, banco de sangue, tomografia, etc..." As ações cautelar e declaratória foram julgadas procedentes.

O Réu apelou e a egrégia Quinta Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por maioria, negou provimento ao recurso:

"Contrato de adesão. Prestação de serviços. Plano de saúde. Evidenciada cláusula restritiva e abusiva. Recurso improvido." (fl. 156).

A egrégia Câmara concluiu ser abusiva a cláusula que limita o período de hospitalização em UTI, assim redigida:

"Quando necessária for a hospitalização em regime de UTI, associado terá direito a 240 horas (10 dias), após este período, a internação e os honorários médicos correrão por conta do associado." (fls. 158/159).

Os embargos infringentes foram acolhidos, nos seguintes termos:

"O invocado CDC admite e prevê a possibilidade de os contratos, neste caso, os estatutos, conterem cláusulas restritivas e excludentes, tanto que exige a redação delas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, de acordo com o art. 54, § 4º. Tais discriminantes encontram-se presentes na referida cláusula excludente, com destaque da rubrica 'restrições'. Tanto sob o aspecto contratual, estatutário ou associativo como pela subsunção ao CDC, assim pelas normas securitárias de direito comum, o tratamento a ser ministrado à beneficiária estava excluído da cobertura pela Recorrente". (fl. 207).

Inconformados, os Autores apresentaram recurso especial (art. 105, III, a, da CF). Dizem que a cláusula restritiva é abusiva e leonina, "porque limita o direito do consumidor à cobertura à saúde. Porque fere o objetivo do contrato que é a prestação de assistência médico hospitalar. Porque proporciona ao plano vantagem exagerada, uma vez que o mesmo ainda continua recebendo as

prestações mensais, no valor que ele próprio estipulou”, e apontam violação aos arts. 47, 51 e 54 do CDC.

Inadmitido o recurso, sem as contra-razões, dei provimento ao Ag n. 261.150-SP e determinei a subida do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): Já votei no sentido de que a cláusula limitativa de internação, constante de planos de saúde, não pode ser acolhida diante no enunciado do CDC e na legislação hoje em vigor:

“A limitação do número de dias de internação não prevalece quando o doente tiver a necessidade, reconhecida pelo médico que ordenou a sua baixa em estabelecimento hospitalar, de ali permanecer por mais tempo do que o inicialmente previsto no contrato de seguro-saúde. A natureza desse contrato e a especificidade do direito a que visa a proteger estão a exigir sua compreensão à luz do direito do contratante que vem a necessitar do seguro para o pagamento das despesas a que não pode se furtar, como exigência do tratamento de sua saúde. Já está referida nos autos a lição do eminente Prof. GALENO LACERDA: ‘O contrato de seguro-saúde cria um direito absoluto. Estamos em presença, assim, de uma categoria nova de direitos sobre direitos. Nessa espécie prevalece a natureza mais importante. Ou como esclarece FERRARA, *il diritto dominato assume la natura del diritto dominante* (ob. cit., p. 414). Por isso, se, no caso concreto, a seguradora, sem razão, negar cobertura à segurada, estará atentando contra direitos absolutos à saúde e à vida do paciente’ (cf. Seguro de Saúde, in RT 717/117).” Não é razoável que as seguradoras operadoras nesse ramo de atividade tenham como perspectiva possível a desinternação do segurado, embora ainda doente e necessitando desses serviços com risco de vida, apenas porque terminou o prazo inicialmente previsto para a cobertura.

Tanto assim que a legislação hoje em vigor (Lei n. 9.656/1998), que não se aplica ao contrato antes celebrado, mas que serve de boa orientação para interpretá-lo, dispõe: ‘Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência de planos ou seguros privados de assistência à saúde que contenham redução ou

extensão da cobertura assistencial e do padrão de conforto de internação hospitalar, em relação ao plano-referência definido no artigo 10, desde que observadas as seguintes exigências mínimas: I – quando incluir atendimento ambulatorial: a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina; b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico e tratamento e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico-assistente; II – quando incluir internação hospitalar: a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos; b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, a critério do médico-assistente.’

A Recorrente demonstrou a existência de julgados que decidiram de acordo com a sua tese, mas a orientação já acolhida neste Tribunal é no mesmo sentido expresso no r. acórdão recorrido, que por isso deve ser mantido:

‘Plano de saúde. Limite temporal da internação. Cláusula abusiva.

1. É abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga a sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde.

2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender ao princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que

a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

3. Recurso especial conhecido e provido." (REsp n. 158.728-RJ, Terceira Turma, Rel. eminente Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 17.5.1999). (REsp n. 242.550-SP, Quarta Turma, de minha relatoria).

Esse pensamento, que era minoritário nesta Turma, terminou prevalecendo na egrégia Seção de Direito Privado. Na verdade, a cláusula restritiva de internação é abusiva.

Posto isso, conheço, pela alínea a, e dou provimento ao recurso para restabelecer a sentença.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidentê, acompanho o voto de V. Ex.^a com ressalva do meu ponto de vista.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Sr. Presidente, acompanho o voto de V. Ex.^a, em face da orientação firmada pela Segunda Seção relativa a planos de saúde.

Recurso Especial n. 286.732-RJ

(Registro n. 2000.0116464-3)

Relatora: *Ministra Nancy Andrichi.*

Recorrentes: *Santa Cruz Seguros S/A e outros.*

Advogados: *Sérgio Bermudes e outros.*

Recorridos: *Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.*

EMENTA: *Recurso especial – Processual Civil e Civil - Ministério Público – Legitimidade – Ação civil pública – Contratos de seguro-saúde – Prêmio – Reajustamento de valores – Ato administrativo – Desconformidade com as regras pertinentes.*

Segundo as áreas de especialização estabelecidas em razão da matéria no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça compete à Segunda Seção processar e julgar feitos relativos a Direito Privado em geral.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, em questão de ordem, por unanimidade, decidir pela sua competência e, também por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Castro Filho, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra-Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília-DF, 19 de outubro de 2001 (data do julgamento). Ministro Ari Pargendler, Presidente. Ministra Nancy Andrighi, Relatora.

Publicado no DJ de 12.11.2001.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em face de Susep – Superintendência de Seguros Privados, Santa Cruz Seguros S/A e outros, objetivando “coibir a majoração ilegal dos prêmios de seguro-saúde que foi autorizada pela primeira ré e promovida pelas demais rés, fornecedoras do serviço de seguro-saúde, em detrimento de direito coletivo de todos os consumidores de serviços de seguro (art. 3º, § 2º, c.c. art. 81, II da Lei n. 8.078/1990)”, impingindo-as a devolver as importâncias recebidas do percentual de

17% acima da média em URV dos prêmios de novembro de 1993 e fevereiro de 1994.

Em 1º grau de jurisdição, entendeu o magistrado que tanto o órgão federal como o estadual não detêm legitimação para a propositura da presente ação, vez que, inexistem direitos coletivos, cuja defesa a Constituição Federal acometa ao Ministério Público.

Irresignados, interpuseram os Ministérios Públicos, em litisconsórcio, apelação, a qual foi provida parcialmente pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, segundo o entendimento assim enunciado:

“... embora reconhecendo que a lide de fato esteja mais ligada a interesse de grupos identificados que da coletividade, propriamente, entendo que a legislação confere legitimidade ao Ministério Público para instaurá-la. Afinal, a Lei n. 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, dispõe no seu artigo 1º, que não somente o meio ambiente e o bem-estar da coletividade, como um todo, podem ser por ela tutelados, mas, também, os direitos do consumidor e de grupos esparsos, desde que guardem homogeneidade. E o artigo 82 da Lei n. 8.078/1990, por sua vez, complementando o artigo 5º da Lei n. 7.347/1985, confere expressamente ao órgão do Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando ‘interesses ou direitos coletivos, assim entendidos... 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’, ou ‘direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum’ (art. 81, incisos II e III).

À vista de tais dispositivos, embora entenda eu também que mais legitimados estão os próprios interessados para ajuizarem, individual ou coletivamente, ação anulatória dos aumentos cobrados pelas empresas, em seus contratos de seguro-saúde, reconheço que o Ministério Público possui legitimação para fazê-lo. Não, porém, quanto à devolução do que cada segurado pagou a mais, caso venha a se confirmar o excesso. Afinal, o Ministério Público está autorizado a pleitear a sustação ou anulação dos aumentos indevidos, como órgão defensor da sociedade, mas não a atuar como substituto processual de cada um individualmente, para repetir importâncias pagas a maior.”

As Empresas-rés opuseram embargos de declaração, os quais foram rejeitados.

Sobrevieram, então, dois recursos especiais interpostos um pela Santa Cruz Seguros S/A e suas litisconsortes e outro pela Superintendência de Seguros Privados, tendo este último sido inadmitido na origem.

O recurso especial da Santa Cruz Seguros S/A tem supedâneo no art. 105, III, alíneas a e c, da CF.

Para a Recorrente, o v. acórdão recorrido, ao reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público, além de divergir da jurisprudência de outros tribunais violou:

a) *Lei n. 7.347/1985, art. 1º*, que, a seu ver, só admite a atuação tutelar do Ministério Público, no que diz respeito a direitos de conteúdo transindividual, difusos ou coletivos;

b) *Lei n. 8.078/1990, art. 81*, que, segundo o Recorrente, somente admite a intervenção do Ministério Público, em favor de consumidor, quando se cuida de interesse ou direito difuso e coletivo indivisível, não caracterizado neste autos, porquanto, na hipótese de seguro-saúde, verifica-se apenas contemporaneidade de múltiplas e variadas relações autônomas.

Contra-razões apresentadas às fls. 1.074/1.083.

Parecer ministerial acostado aos autos às fls. 1.155/1.165.

Recurso especial admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

a) Da preliminar relativa à competência da Segunda Seção

Asseveram os Recorrentes que a pretensão dos Recorridos é atacar ato administrativo praticado pela Susep, invocando para isso a prática de supostas ilegalidades no procedimento administrativo que o precedeu.

Para tanto, afirmar que, logo no pórtico da petição inicial da ação civil pública, declararam os Autores, ora recorridos, que 'pretende a presente ação coibir a majoração ilegal dos prêmios de seguro-saúde que foi autorizada pela primeira ré (Susep).

Assim, a "relação jurídica litigiosa", ao ver dos Recorrentes, vincula-se ao ato administrativo praticado pela Susep, porquanto a suspensão dos aumentos concedidos pela autarquia implica, inelutavelmente, na suspensão da autorização concedida pela Susep.

Dessa forma, o caso vertente seria enquadrável no art. 9º, § 1º, II, do RISTJ, competindo à Primeira Seção processar e julgar os feitos relativos, dentre outras matérias, à nulidade ou anulabilidade de atos administrativos (inciso II).

Neste diapasão, conclamam os Recorrentes pelo reconhecimento da incompetência dessa egrégia Terceira Turma.

Posta a preliminar, impende observar que a questão versada no recurso especial cinge-se ao exame da legitimidade ativa ad causam do Ministério Público para ajuizar ação civil pública, objetivando a declaração de nulidade da alteração contratual que majorou a cobrança dos prêmios de seguro-saúde de forma ilegal.

Sendo a questão recursal de cunho processual atinente à condição da ação, a competência para sua apreciação é peculiar às diversas Seções deste egrégio Tribunal.

Ademais, ainda que afastada a singularidade do tema processual, é cediço que competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídico-litigiosa.

A demanda, no caso, envolve questão de fundo tipicamente consumerista, matéria esta de atribuição das Turmas de Direito Privado.

Com efeito, a questão central não é a nulidade ou anulabilidade de ato administrativo, mas o debate sobre a legalidade do ato que autorizou a majoração dos prêmios de seguro-saúde em detrimento de direito coletivo de todos os consumidores do serviço de saúde, tema este enquadrado no âmbito da Segunda Seção deste Tribunal.

Pelo exposto, tenho a Terceira Turma por competente e afasto a preliminar argüida.

Sobre o *thema decidendum*, faço as seguintes considerações:

b) Da legitimidade ativa ad causam do Ministério Público

Regula os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos o Código de Defesa do Consumidor, através do artigo 81, *verbis*:

“A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de :

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;

II – 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;

III – interesses ou direitos individuais, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Segundo o escólio de HUGO NIGRO MAZZILLI:

“Difusos são interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Compreendem grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos.

Coletivos são interesses indivisíveis de um grupo determinado ou determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum.

Tanto interesses difusos como coletivos são indivisíveis, mas distinguem-se pela origem: difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas pela mesma relação jurídica básica.

Os interesses individuais homogêneos têm origem comum. Compreendem os integrantes determinados ou determináveis de grupo, categoria ou classe de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, oriundos das mesmas circunstâncias de fato.”

E distingue o eminente autor os direitos coletivos e os individuais homogêneos, assim expondo:

“Exemplifiquemos com o aumento ilegal de prestações de um consórcio. O interesse em ver reconhecida a ilegalidade do aumento é compartilhado pelos integrantes do grupo de forma indivisível e não quantificável: a ilegalidade do aumento não será maior para quem tenha duas e não uma cota: a ilegalidade será igual para todos (interesse coletivo). Entretanto, é divisível a pretensão de repetição do se que pagou ilegalmente a mais,

sendo os prejuízos individualizáveis (*interesses individuais homogêneos*)."

O pedido de declaração de nulidade de alteração contratual da cobrança do percentual de 17% acima da média em URV dos prêmios de novembro de 1993 a fevereiro de 1994, a depender da conclusão da prova pericial requerida traduz-se em interesse coletivo, já que existe relação jurídica-base (contrato de seguro-saúde), vínculo jurídico idêntico entre todos os consumidores; o grupo é determinável e os direitos indivisíveis – assim, "se nula for a cláusula contratual, assim o será para todos os adquirentes das unidades imobiliárias".

O pedido à restituição dos valores cobrados a maior pelas empresas-rés, por sua vez, encerra interesse individual homogêneo, porquanto divisível o direito postulado, a beneficiar grupo determinado de pessoas, ligados por uma relação fáctica comum.

A respeito desse pedido, o Tribunal proclamou inexistir legitimidade a amparar a atuação dos Ministérios Públicos, razão pela qual falece à Recorrente interesse processual em modificar, neste aspecto, o julgado não impugnado pela parte-autora.

Por outro lado, mesmo que se entendesse a irresignação contra os aumentos irregulares do prêmio de seguro-saúde como sendo interesses individuais homogêneos, ainda assim caberia, pela legislação em vigor, a atuação do *Parquet*.

Os direitos individuais homogêneos em sua essência são individuais divisíveis e disponíveis.

Contudo, não é a natureza disponível e divisível, esta, aliás, ínsita aos direitos individuais, que retira a homogeneidade dos interesses e lhes expurga da tutela a título coletivo, já que constatada a origem comum dos mesmos, é o interesse social na sua proteção que se transforma no divisor de águas entre o direito individual considerado em sua dimensão particular, pessoal e aquele visto sob ótica comunitária, impessoal, coletiva.

Ademais, a Constituição Federal respalda a atuação do Ministério Público, incumbindo-lhe a defesa não só dos interesses individuais indisponíveis, como dos interesses sociais, do regime democrático e da ordem jurídica (art. 127).

Assim ensinam NELSON NERY JR. e ROSA MARIA ANDRADE NERY, *verbis*:

"Legitimidade do Ministério Público. Pode mover qualquer ação coletiva, para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A CF, 129, III, legitima o Ministério Público para a ação civil pública na tutela de direitos difusos e coletivos, mas não menciona os individuais homogêneos. A CF, 129, IX, autoriza a lei federal a atribuir outras funções ao

Ministério Público, desde que compatíveis com seu perfil institucional. A CF, 127, diz competir ao Ministério Público a defesa dos direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis. Como as normas de defesa do consumidor (incluída aqui a ação coletiva *tout court*) são, *ex vi legis*, de interesse social (CDC, 1º), é legítima e constitucional a autorização que o CDC, 82, I, dá ao Ministério Público de promover a ação coletiva, ainda que na defesa de direitos individuais disponíveis. O cerne da questão é que a ação coletiva, em suas três modalidades, é de interesse social."

É, assim, atribuição constitucional do Ministério Público a defesa dos *interesses sociais*, cuja definição legal pode ser encontrada na própria Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), mais precisamente em seu art. 82, § 1º, que trata das associações de defesa do consumidor, quando preceitua que: "O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado *pela dimensão do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido*".

Considerados sob este diapasão, os direitos individuais e coletivos *stricto sensu* de consumidores de serviços que propiciam o acesso à saúde têm natureza de interesse social.

Leciona TEORI ZAVASCKI que:

"não se trata, obviamente, da proteção individual, pessoal, particular, deste ou daquele consumidor lesado, mas da proteção coletiva dos consumidores, considerada em sua dimensão comunitária e impessoal. O mesmo se diga em relação aos poupadores que investem seus recursos no mercado de valores mobiliários ou junto a instituições financeiras. Conquanto suas posições subjetivas individuais e particulares possam não ter relevância social, o certo é que quando consideradas em sua projeção coletiva, passam a ter significado de ampliação transcendental, de resultado maior que a simples soma das posições individuais. É de interesse social a defesa destes direitos individuais, não pelo significado particular de cada um, mas pelo que a lesão deles, globalmente considerada, representa em relação ao adequado funcionamento do sistema financeiro, que, como se sabe, deve sempre estar voltado às suas finalidades constitucionais de promover o desenvolvimento equilibrado do País e de servir aos interesses da coletividade."

“Não bastasse a legitimação a toda e qualquer ação coletiva, conferida ao Ministério Público pelo art. 82, ao qual o art. 91 faz remissão, o próprio art. 92 reforça a idéia da titularidade do *Parquet* para o processo tratado no capítulo ora em exame.

Apesar disso, tem havido alguns pronunciamentos judiciais contrários ao reconhecimento da legitimação ativa do Ministério Público às ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, por considerarem inconstitucional a extensão da legitimação operada pela lei ordinária. Argumenta-se em prol dessa orientação com o art. 129, III, CF, que só se refere à legitimação do Ministério Público para a defesa de interesses difusos e coletivos. Nem tem bastado, para essa tendência, o argumento da extensão de funções do Ministério Público a outras que lhe sejam atribuídas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade (inc. IX do art. 129, CF), porquanto se afirma que o Ministério Público, nos termos do art. 127, CF, é preordenado à defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis e os interesses individuais homogêneos seriam disponíveis.

E, na mesma linha, aduz-se também a circunstância de, a admitir-se a legitimação do Ministério Público para casos que tais, estaria se retirando do cidadão a liberdade de escolha, não se podendo obrigar ninguém a ter um direito reconhecido contra a sua vontade.

Ora, em primeiro lugar, cumpre notar que a Constituição de 1988, anterior ao CDC, evidentemente não poderia aludir, no art. 129, III, à categoria dos interesses individuais homogêneos, que só viria a ser criada pelo Código, mas, na dicção constitucional, a ser tomada em sentido amplo, segundo as regras da interpretação extensiva (quando o legislador diz menos de quanto quis), enquadra-se comodamente à categoria dos interesses individuais, quando coletivamente tratados.

Em segundo lugar, a doutrina, internacional e nacional, já deixou claro que a tutela de direitos transindividuais não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois os interesses privados são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva,

sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflitos de massa.

Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao Ministério Público, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as, sem dúvida, na tutela dos interesses sociais referidos no artigo 127 da Constituição.

(...) Nem se pode argumentar com o fato de a titularidade à ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos impor aos beneficiários da sentença condenatória um direito, que talvez não queiram eles exercer. A sentença condenatória, na técnica brasileira, apenas reconhece a existência do dano pessoal, seu nexo etiológico com o dano geral reconhecido pela sentença a quantificar o montante da indenização. Respeita-se, assim, a autonomia da vontade de cada indivíduo que, se não quiser 'fruir' do direito que lhe foi reconhecido, simplesmente não o 'exercerá' (in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998).

Por sua vez, leciona RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

"Já no que concerne aos interesse individuais homogêneos, o seu trato processual coletivo não decorre da sua natureza (que é individual!) e, sim, de duas circunstâncias essenciais, a saber: a) de um lado, o expressivo número de pessoas integradas no segmento social considerado (ex.: pais de alunos de escolas particulares), inviabilizando o trato processual via litisconsórcio (que seria multitudinário), especialmente agora, como antes acenado, em face de reinserção no processo civil brasileiro, do litisconsórcio facultativo recusável (CPC, art. 46, parágrafo único, redação da Lei n. 8.952/1994); b) de outro lado, o fato desses interesses

derivarem de origem comum, o que lhes confere uniformidade, recomendando o ajuizamento da ação coletiva, seja para prevenir eventuais decisões contraditórias, seja para evitar sobrecarga desnecessária no volume do serviço judiciário."

Ensinam NELSON NERY JR. e ROSA MARIA ANDRADE NERY, in *Código de Processo Civil Comentado, verbis*:

"O argumento de que ao Ministério Público não é dada a defesa de direitos individuais disponíveis não pode ser acolhido porque em desacordo com o sistema constitucional e do CDC, que dá tratamento de interesse social à defesa coletiva em juízo. O *Parquet* não pode, isto sim, agir na defesa de direito individual puro, por meio de ação individual. Caso o interesse seja homogêneo, sendo defendido coletivamente (CDC, 81, parágrafo único, III), essa defesa pode e deve ser feita pelo Ministério Público (CDC, 82, I, por autorização da CF 129, IX e 127, *caput*)."

Assim, não pode causar espécie o uso de uma ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos, divisíveis e individualizáveis por sua própria natureza e, ainda, disponíveis quando decorrentes de relação de consumo.

In casu:

- a) *A origem dos danos é comum*, já que todos decorrem, *in thesi*, da adoção da mesma cláusula do contrato firmado com as Empresas-rés.
- b) *A dimensão do dano causado aos consumidores* é aparente pela extensão dos negócios entabulados pelas empresas de seguro-saúde e pela quantidade de consumidores que serão prejudicados com a onerosidade dos prêmios contratados e, por consequência, na maior dificuldade que terão de acesso aos serviços de saúde.
- c) *A relevância do bem jurídico*, por sua vez, justifica a atuação do Ministério Público porque interessa à coletividade como um todo:

- a) garantir aos consumidores o acesso ao direito à saúde;
- b) coibir, nos contratos de adesão, a inserção de cláusulas excessivamente onerosas que, em desacordo com o Código de Defesa do Consumidor, desequilibrem a relação contratual;

c) resguardar a boa-fé objetiva nas relações contratuais enquanto força limitadora dos abusos contratuais.

Note-se que “as disposições de Direito Público contidas no Código de Defesa do Consumidor – conforme enuncia eminente Subprocuradora-Geral da República Gilda Pereira de Carvalho, são insuscetíveis de renúncia pelo consumidor. Logo, a garantia ou proteção daí resultante não pode ser tida como “patrimônio” individual deste ou daquele consumidor, não pode estar inserida em apenas um contrato específico, deve estar presente em qualquer contrato proposto pela empresa aos consumidores. Impossível que as disposições de interesse público impostas pelo Código de Defesa do Consumidor sejam fracionadas, de modo a existir para um contratante e não existir para outro consumidor – é garantia para todos do grupo, de modo indivisível. A defesa da legalidade, desta forma, como intenciona o Ministério Público, caracteriza-se como sendo defesa de direito coletivo, como disposto no Código do Consumidor em seu artigo 81, parágrafo único, inciso II”.

Assim, levando em consideração a homogeneidade do direito tutelado e o tratamento que o CDC confere às cláusulas abusivas, o Ministério Público tem legitimidade extraordinária e concorrente para ajuizar ação civil pública em favor dos respectivos consumidores lesados com o aumento irregular dos prêmios de seguro-saúde.

Tal medida beneficiaria a economia processual e a correição da prestação jurisdicional, porquanto evitará a proliferação de uma grande quantidade de ações individuais e impedirá a existência de decisões conflitantes e emperra o funcionamento do Poder Judiciário.

Neste sentido, já decidiu esta egrégia Corte de Justiça:

“Ação civil pública. Ação coletiva. Ministério Público. Legitimidade. Interesses individuais homogêneos. Plano de saúde. Reajuste da mensalidade. Unimed.

O Ministério Público tem legitimidade para promover a ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. Reajuste de prestações de plano de saúde (Unimed). Art. 82, I, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 177.965-PR, DJ de 23.8.1999, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

“Ministério Público. Patrimônio público. Legitimidade. Ação civil pública. Sistema Único de Saúde.

O campo de atuação do Ministério Público foi ampliado

pela Constituição de 1988, conferindo-lhe legitimidade para propor ação civil pública, visando a proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

Recurso improvido." (REsp n. 178.430-MA, DJ de 13.10.1998, Rel. Min. Garcia Vieira).

Forte nestas razões, *não conheço* do recurso especial interposto.
É como voto.

Recurso em Mandado de Segurança n. 7.750-SP
(Registro n. 96.0062144-6)

Relatora: *Ministra Laurita Vaz.*

Recorrentes: *Paraquímica S/A Indústria e Comércio e outros.*

Advogados: *Renato Machado Teixeira de Andrade e outros.*

Tribunal de origem: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.*

Impetrado: *Juízo de Direito da 12ª Vara de Fazenda Pública de São Paulo - SP.*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo.*

EMENTA: *Recurso ordinário – Mandado de segurança – Ato judicial – Concessão de medida liminar em ação civil pública – Obtenção de efeito suspensivo a agravo de instrumento – Impossibilidade – Proteção do patrimônio e do Erário Público – Ministério Público – Legitimidade – Atribuição legal e institucional - Lei n. 7.347/1985.*

I – É incabível a concessão de mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto contra a decisão judicial, salvo quando presente manifesta ilegalidade inócurrenente no caso. Precedente do STJ.

II – a expressão patrimônio público e social cinge-se ao conjunto de bens e direitos que integram o acervo do Estado e são objeto de interesse por parte da comunidade que o compõe. Nos termos da Lei n. 7.347/1985, sujeita-se à tutela jurisdicional por meio da ação civil pública.

III – O Ministério Público, no uso de suas atribuições institucionais, previstas no art. 129, inc. III, da Constituição Federal, está legitimado a propor a ação civil pública na defesa e proteção do patrimônio público

e para impedir a perpetração de atos lesivos ao Erário do Estado.

IV – Recurso conhecido, porém, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto.

Brasília-DF, 23 de outubro de 2001 (data do julgamento). Ministra Eliana Calmon, Presidente. Ministra Laurita Vaz, Relatora.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela pessoa jurídica de direito privado Paraquímica S/A Indústria e Comércio e outros, em face do acórdão proferido pelo colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a segurança pleiteada no *mandamus* impetrado pelos Recorrentes.

Irresignaram-se os Autores contra ato do Juízo de Direito da 12ª Vara de Fazenda Pública da Capital, que concedeu a medida liminar postulada nos autos da ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público Paulista, cujo objeto é a apuração de irregularidades às normas bancárias na concessão de empréstimos feitos entre o Banco do Estado de São Paulo – Banespa S/A e a Empresa-recorrente.

Nesse sentido, foi o teor do deferimento liminar proferido pelo Juízo monocrático:

“(...) tenho por presentes os requisitos legais autorizadores da concessão da liminar, na forma pretendida, ficando decretada a indisponibilidade dos bens dos Réus e da empresa-ré Paraquímica S/A até que garantida eventual reparação do dano e prejuízos sofridos pelo Banespa S/A. Defiro, ainda, a expedição de requisição à Receita Federal de cópias das declarações de bens de 1989 a 1995 (ano-base 1994), bem como requisição ao Banco Central do Brasil de realização de auditoria nas contas-correntes tituladas por aqueles, na forma pretendida pelo Autor.” (fl. 76).

Contra esta decisão cautelar, os Impetrantes interpuseram agravo de instrumento, objetivando a sua revogação (fls. 77/106). Em suas razões, alegaram a ilegitimidade ativa do Ministério Público para a propositura da ação civil pública em comento e a inexistência dos requisitos autorizadores da medida liminar à espécie.

Assim, os Recorrentes pleitearam no Tribunal de origem, por intermédio de ação mandamental, a concessão da segurança para que fosse conferido efeito suspensivo ao indigitado agravo de instrumento (fls. 2/36).

O Tribunal *a quo* denegou a segurança pretendida pelos Impetrantes, visto que reconheceu a ilegitimidade ativa do *Parquet* Estadual nos autos da ação civil pública, bem como declarou a inexistência de direito líquido e certo e de manifesta ilegalidade no ato proferido pela apontada autoridade coatora (fls. 300/302).

Opostos embargos de declaração contra esta decisão colegiada, estes foram conhecidos, porém, rejeitados (fls. 313/314).

Oferecidas às fls. 317/344, tempestivamente, as razões pelos Recorrentes, devidamente acompanhadas pelo respectivo preparo (fl. 316).

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo improvimento do recurso (fls. 359/361).

É o breve relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do presente recurso.

Passo, a seguir, ao exame do mérito.

Os Recorrentes afirmam, em síntese, que a atuação do Ministério Público no pólo ativo da ação civil pública, na qual se almeja a anulação de contrato celebrado entre uma empresa particular e uma instituição financeira de natureza mista, é imprópria e descabida.

Argumentam, ainda, que a decisão colegiada negativa de efeito suspensivo ao agravo é ilegal, como também inexistem, *in casu*, os requisitos ensejadores da concessão de medida liminar nos autos da ação civil pública em apreço.

Após análise acurada dos fatos, entendo que a súplica dos Recorrentes encontra em suas próprias razões o seu sepulcro.

A ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público paulista, apura a existência de irregularidade às normas bancárias na concessão de empréstimos feitos entre o Banespa S/A, cujo acionista majoritário é o Estado de São Paulo, e a Empresa-recorrente. Reside nesta particularidade apresentada pela hipótese, a existência de eventual lesão ao patrimônio público suportado por aquele Estado federado.

Com efeito, o interesse meta-individual está consubstanciado no fato de que o prejuízo daquela sociedade de economia mista será arcado pelo Erário Público do Estado de São Paulo, lesada, assim, a sociedade local.

A expressão patrimônio público e social, conforme a lição do Mestre HELY LOPES MEIRELLES, significa o conjunto de bens e direitos que integram o acervo do Estado e são objeto de interesse por parte da comunidade que o compõe. Sujeita-se, portanto, à tutela jurisdicional por meio da ação civil pública, nos termos da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

Assim, o diligente Ministério Público Estadual, ciente de que a ação civil pública é o instrumento hábil para proteger o patrimônio público e anular atos lesivos aos cofres comuns e no uso de suas atribuições institucionais, previstas no art. 129, inc. III, da Constituição Federal, propôs a presente ação na defesa do interesse social.

Aliás, este tem sido o entendimento desta Corte Superior de Justiça:

“Ação civil pública. Proteção do patrimônio público. Ministério Público. Legitimidade.

Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública visando ao ressarcimento de danos ao Erário Público.

Recurso improvido.” (REsp n. 142.707-SP, Min. Rel. Garcia Vieira, DJ de 27.4.1998, p. 85).

“Processo Civil. Embargos de divergência. Ação civil pública. Legitimidade ativa do Ministério Público.

1. A Lei n. 7.347/1985 autoriza o Ministério Público a propor ação civil pública, quando houver dano ao Erário.

2. Divergência de entendimento entre a Primeira e Segundo Turmas, que autoriza o recurso.

3. Embargos de divergência rejeitados.” (EResp n. 107.384-RS, Min.^a Rel.^a Eliana Calmon, DJ de 21.8.2000, p. 89).

Quanto aos requisitos ensejadores da concessão da medida liminar, tenho que estes se encontram devidamente observados. A tutela preventiva foi deferida, uma vez que presente a plausibilidade jurídica do pedido.

Ademais, inócurre à espécie a conjugação dos pressupostos satisfativos ao provimento do feito, quais sejam: ilegalidade ou abusividade do ato e a presença do *fumus boni juris* e *periculum in mora*; ressalvado o caso de teratologia expressa.

Em consonância a estas considerações, assim já decidiu esta Turma:

“EMENTA: Recurso ordinário. Mandado de segurança. Ato judicial. Liminar em ação civil pública. Agravo de instrumento. Obtenção de efeito suspensivo. Lei n. 7.347/1985.

1. Inviável o mandado de segurança contra ato judicial para obter suspensividade de agravo de instrumento, quando inócua a conjugação dos seguintes pressupostos: interposição do recurso adequado a tempo e modo, demonstração da ilegalidade ou abusividade do ato e presença do *fumus boni juris* e *periculum in mora*, ressalvado o caso de teratologia manifesta.

2. O art. 12 da Lei n. 7.347/1985 permite a concessão de mandado liminar, em ação civil pública, através de decisão fundamentada sujeita a agravo, estipulando o seu § 1º que a execução da liminar poderá ser suspensa pelo Presidente do Tribunal a requerimento de pessoa jurídica de direito público, a fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, faculdade da qual não se valeu o Recorrente. Assim, o mandado de segurança interposto tem nítido caráter de substitutivo recursal e inadmissível.

3. Recurso ordinário improvido.” (RMS n. 7.057-SP, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 6.10.1997, p. 49.926).

Ante o todo exposto, verificando a inexistência de direito líquido e certo e de manifesta ilegalidade no ato proferido pela apontada autoridade coatora, *nego provimento ao recurso ordinário*.

É como voto.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Apelação Criminal n° 2001.050.1.994 (Nota:)

Relator: Des. Rudi Loewenkron.

EMENTA: *Calúnia – Expressões ofensivas a Promotor de Justiça em recurso de apelação – Inaceitáveis excessos no exercício da advocacia em Procuradoria municipal – Crime contra servidor público em ação funcional – Inocorrência de nulidades – questionamento precluso – Autoria configurada – Condenação certa e substituição possível.*

Ao defender um município em ação civil pública movida pelo Ministério Público local que visou fatos, a onerosidade exagerada das obrigações contratadas com conhecido escritório de advocacia em dois pactos com a finalidade de patrocínio de suas causas forenses, julgada essa ação procedente, merece censura o ataque pessoal contra a honra do Promotor, firmatário da inicial, desenvolvido com expressões caluniosas (pela prevaricação) inseridas no memorial recursal e da ordem de estar aquele promotor a serviço de interesses escusos de partidos políticos da oposição à administração do município, fazendo-se advogado e patrono desse grupo. Condenação pela calúnia mantida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal n.º 1994/2001 em que são Apelantes e apelados o *Ministério Público* e *Aroldo Menezes Pereira*,

Acordam os Desembargadores da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em rejeitar as já preclusas preliminares relacionadas no relatório deste acórdão; no mérito, em desprover os dois apelos interpostos. Unânime.

RELATÓRIO

Sentença de fls. 82 condenando Aroldo Menezes Pereira, Procurador Municipal de Arraial do Cabo, por ter assinado razões recursais, impugnando sentença desfavorável em ação civil pública e nas quais inseriu expressões ofensivas à honra do Promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza,

Nota: *Vide* a Seção de Pareceres e Razões, onde consta, na íntegra, o pronunciamento do Ministério Público da lavra da eminente Procuradora de Justiça, Dra. Lúcia Neves de Oliveira.

classificando-o como advogado de interesses escusos de políticos da oposição e como patrono de alguns políticos que fizeram do 3º Centro Regional do M. Público o seu escritório particular de advocacia e de oposição política.

A condenação veio calcada nos arts. 138 e 141, II do CP e firmou-se em oito meses de detenção (regime aberto) mais 13 DM, com a substituição pela obrigação de pagar quinze cestas-básicas de R\$ 45,00 em prol da APAE local.

Apelos gerais, o do MP a fls. 89 para que o apenamento também alcance o previsto nos arts. 140 e 141, II do CP e o da Defesa de fls. 113 com preliminares da inobservância do contraditório e da ampla defesa, atacando o interrogatório aqui feito, a débil defesa produzida e a AIJ única para dois processos diferentes com economia processual prejudicial ao Defendido. No mérito, o 2º apelo alvejou o reconhecimento da autoria por parte do Juiz, criticando a ausência do seu interesse em investigar quem foi o autor intelectual da peça contendo os fatos infratores e mais que o R. não teve o ânimo de ofender e sim de lutar pelas posições da entidade defendida, faltando, assim, o elemento doloso. Completou realçando o instituto da imunidade judiciária. Ao final, pediu a absolvição.

Contra-razões do MP a fls. 142, não tendo a defesa contrariado o recurso ministerial.

Parecer da PGJ de fls. 157 recomendando o geral desprovemento recursal.

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2001. Rudi Loewenkron, Desembargador Relator.

VOTO

Relatório de fls. 162 aqui incorporado.

Como bem posto no objetivo parecer da digna Procuradora de Justiça Lúcia Neves de Oliveira, o manto da preclusão já cobrira as questões invocadas no, data vênia, difuso memorial recursal.

Confira-se pelas omissões de fls. 61, 64 e 79. Nessas oportunidades, outros temas foram cuidados pela Defesa, mas nada se falou sobre as prejudiciais invocadas a partir de fls. 113, inerentes ao contraditório e à ampla defesa com ênfase para o interrogatório realizado.

Cumpra lembrar que o R. respondeu a dois processos diferentes, oriundos do seu repetido destempero dirigido ao digno Promotor de Justiça e por causa de duas ações civis públicas diferenciadas, sendo que, no primeiro, já tombado em grau de apelação, julgada por esta mesma Câmara, com o número 2954/2000, o seu resultado foi a confirmação da condenação por injúria e calúnia, assacadas em ação cível distinta da que ensejou a sentença aqui apelada.

No primeiro processo, o R. foi interrogado em 01 de fevereiro e, no segundo, em 02 de abril, e a semelhança dos questionários foi um mero produto da similitude dos fatos e da própria defesa do acusado, que, inclusive, de livre vontade, abriu mão do seu direito de produzir outras provas.

Acrescente-se que o R. foi processado e julgado pelas assacadiilhas que dirigiu ao Promotor de Justiça e não pelo juízo de convencimento do Juiz no julgamento da r. ação civil pública, reconhecendo dever o Município de Arraial do Cabo ser protegido dos atos dos seus administradores, benéficos com um respeitável escritório de advocacia dessa Capital.

A sequência procedimental aqui observada não trouxe prejuízos ao R., que provas mais não tinha para produzir e nem esse fato resultou de impugnação pela douta Defesa na primeira oportunidade em que, a seguir, se manifestou nos autos.

Preliminares (fls. 113/22) preclusas rejeitadas.

As afrontas e o desabono à atuação do promotor estão nitidamente presentes a fls. 40, em reprodução de peça recursal firmada pelo 2º Apelante. Lá se pode ler que o promotor foi rotulado de *"advogado a fim de satisfazer interesses escusos de partidos políticos de oposição a atual administração pública municipal, como efetivamente tem ocorrido em A. do Cabo, pois tal atuação desastrosa de um de seus órgãos pode levar a uma equivocada interpretação da população quanto ao real e imprescindível desempenho da Procuradoria de Justiça do Estado, como entidade incumbida institucionalmente de operar como fiscal da lei."*

E para não deixar dúvidas, prosseguiu o Acusado, referindo-se ao Exmo. Sr. Dr. Promotor de Justiça, declarando que ele *"tem atuado como patrono de alguns políticos que têm feito do seu 3º Centro Regional o seu escritório particular de advocacia e de oposição política."*

Outro ponto a causar espécie é o questionamento sobre a autoria das ofensas, sabendo-se que estas constatarem das já referidas razões recursais de fls. 40/1 e estão efetivamente assinadas pelo Acusado, que assim assumiu a responsabilidade pelo que lá foi redigido, pouco importando a autoria primária da referida peça, por sinal não provada como fruto de elaboração intelectual de outrem.

Ao classificar o Ofendido como *advogado de políticos opositores satisfazendo seus interesses escusos*, com o complemento do fraseado sobre o desvirtuamento do 3º Centro Regional do MP, *feito escritório político da oposição*, praticou o 2º Apelante um crime de calúnia, ao afirmar a prevaricação do digno representante do Parquet.

Desse conjunto afirmativo extraiu-se a conotação, repete-se, de prevaricação, afirmação de defesa ao agente imputado e inteiramente desnecessária para os fins petitórios de discussão e defesa de direitos na ação civil pública intentada pela nobre Instituição, personificada pelo Representante. Avultou, ainda, a circunstância do excesso de um procurador de instituição oficial, a Procuradoria Geral do Município de Arraial do Cabo.

O desenvolvimento processual mostrou-se correto e, repete-se, não foi impugnado nas oportunidades oferecidas pela legislação adjetiva.

O Juízo de reprovação revelou-se, uma vez mais, equilibradamente reconhecido pelo jovem e competente magistrado sentenciante, tanto quanto a

conseqüente dosimetria imposta, devidamente substituídas, o que a faz por ser confirmada, não procedendo a pretensão de agravamento vista no apelo ministerial, tudo conforme parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça de fls. 157/160.

Preliminares rejeitadas com a sentença mantida.

Rio de Janeiro, 04 de setembro de 2001. Rudi Loewenkron, Desembargador Relator e Presidente.

Quarta Câmara Criminal

Embargos de Declaração na Apelação Criminal 1994/2001

Relator: *Des. Rudi Loewenkron.*

EMENTA: *Embargos de declaração – Hipótese que constou no acórdão embargado – Hipótese impertinente em face da lei – Rejeição.*

Vistos, discutidos e relatados estes Embargos de Declaração na Apelação Criminal nº 1994/2001, em que é embargante *Aroldo Menezes Pereira*,

Acordam os Desembargadores que compõem a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *por unanimidade, em rejeitar estes embargos.*

No caso da alegada omissão quanto ao possível crime continuado, para que se pudesse aferi-lo e dar-lhe o tratamento legal, necessária era a reunião dos processos. Ora, na 1ª instância, eles foram julgados separadamente e, na mesma trilha, foram recorridos.

A continuidade delitiva não chegou, portanto, a ser tratada na fase do julgamento monocrático e não poderia ter sido apreciada separadamente na oportunidade do julgamento do segundo apelo.

Assim, somente na fase da execução, perante o juiz da VEP, é que esse pleito poderia e poderá ser examinado. Daí a desnecessidade de uma abordagem no acórdão de fls. 165.

E, com relação às “preliminares”, foram elas efetivamente respondidas tanto a fls. 165/8 como no parecer da PGJ de fls. 157/160 acatado pela T. Julgadora.

Embargos rejeitados.

Rio de Janeiro, 25 de setembro de 2001. Desembargador Raul Quental, Presidente. Desembargador Rudi Loewenkron, Relator.

Representação por Inconstitucionalidade nº 130/2000
Órgão Especial

Relator: Des. Marlan de Moraes Marinho.

EMENTA: Inconstitucionalidade. Lei Municipal. Permissões. Prorrogação compulsória.

O dispositivo de lei municipal que prorroga compulsoriamente, pelo prazo de cinco anos, todas as permissões anteriormente concedidas, é manifestamente inconstitucional, porque, além de violar o princípio da independência dos poderes, afronta os princípios de moralidade pública e administrativa.

Representação acolhida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Representação por Inconstitucionalidade nº 130/2000, em que é representante *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* e representada *Câmara Municipal de Maricá*,

Acordam os Desembargadores que compõem o Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar provimento à presente representação, para, em consequência, declarar a inconstitucionalidade da parte final do art. 6º, da Lei nº 1.859/00, do Município de Maricá.

Versa a hipótese representação por inconstitucionalidade, aforada pelo Ministério Público deste Estado, tendo por objeto a parte final do art. 6º, da Lei nº 1.859/00, do Município de Maricá, que dispõe a respeito da prorrogação automática e compulsória de todas as atuais *permissões* concedidas por cinco anos e por mais cinco anos, sem necessidade de licitação ou qualquer outro ato do Poder Executivo, a qual foi assim redigida:

“...mantidas automaticamente, pelo prazo de cinco anos, prorrogáveis uma única vez, as atuais *permissões e autorizações*.” (grifo não é do original).

Sustenta, em síntese, o representante, que o referido dispositivo estaria a violar a obrigatoriedade da licitação, a contrariar os princípios básicos da moralidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, da igualdade entre licitantes e da separação de poderes, tudo a contrariar frontalmente ao determinado nos artigos 7º e 77, *caput* e inciso XXV, da Constituição Estadual, c/c artigos 2º, 37 e 175 da própria Constituição Federal.

A liminar solicitada não foi deferida, ou mesmo apreciada, pelo DD. Des. Relator, que determinou fossem solicitadas as informações necessárias, as quais foram devidamente prestadas pela Câmara Municipal de Maricá, nas quais sustenta-se a constitucionalidade da legislação invocada, pois decorrente de projeto de Lei do Poder Executivo, no qual a concessão ou não da prorrogação deve ser apreciada, sendo certo que a prorrogação não tira o caráter de precariedade das permissões.

O Estado do Rio de Janeiro manifestou-se opinando pela procedência da representação.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por seu turno, recomendou fosse a representação acolhida e as expressões em exame declaradas inconstitucionais.

É o relatório.

Segundo conceitua a doutrina, *permissão* é um ato administrativo discricionário, precário, unilateralmente revogável.

Pois bem, em sendo assim, difícil não será perceber que o dispositivo impugnado, realmente, deturpou a natureza jurídica das permissões concedidas pelo Município de Maricá, despindo-as das qualidades da discricionariedade e da precariedade. Não só porque excluiu a possibilidade da Administração de julgar a conveniência e a oportunidade de suas prorrogações, mas, também, porque, impondo uma prorrogação compulsória, na verdade, está criando, em favor dos promitentes dos serviços públicos, um direito líquido e certo em relação a eles.

Faz-se indispensável notar, por outro lado, que, de forma nefasta, tais circunstâncias, também, repercutem na ordem constitucional.

É que, além de representarem uma indevida invasão do Legislativo na esfera do Poder executivo, violando o princípio da independência dos poderes, previsto nos arts. 2º e 7º das Constituições da República e do Estado, respectivamente, estas prorrogações compulsórias, violam, ademais, o princípio da *moralidade administrativa*, expressamente adotado pelos Diplomas Constitucionais já referidos (arts. 37 e 77), quando, impedindo o exame da conveniência e oportunidade de sua adoção, privilegia aqueles que já obtiveram as permissões em detrimento de outros, que poderiam pretender obtê-las.

Assim, à vista destas considerações, dá-se provimento à presente representação para declarar a inconstitucionalidade da parte final do art. 6º, da Lei nº 1.859/00, do Município de Maricá, como no início revelado.

Rio de Janeiro, 13 de agosto de 2001. Desembargador Marcus Faver, Presidente. Desembargador Marlan de Moraes Marinho, Relator.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Acórdão que nega legitimidade ao Ministério Público para propositura de revisão criminal em favor do réu – Uma análise.

EDUARDO SLERCA (*)

ACÓRDÃO EM COMENTO: “Supremo Tribunal Federal - Recurso de *Habeas Corpus* - RHC 80796/SP Relator(a): Min. Marco Aurélio. Publicação: DJ Data: 10/08/01, pp. 00020. EMENT Vol. 02038-02, pp. 00362. Julgamento: 29/05/2001, Segunda Turma.

EMENTA: *Revisão Criminal. Legitimidade.* O Estado-acusador, ou seja, o Ministério Público, não tem legitimidade para formalizar a revisão criminal, pouco importando haver emprestado ao pedido o rótulo de *habeas corpus*, presente o fato de a sentença já ter transitado em julgado há mais de quatro anos da impetração e a circunstância de haver-se argüido a competência da Justiça Federal, e não da Justiça Estadual, sendo requerente o Procurador da República.

Observação

Votação: Unânime. Resultado: Conhecido, mas desprovido. Acórdãos citados: RHC 60264 (RTJ 106/94). N.PP.: (6). Análise: (FLO). Revisão: (RCO/AAF). Inclusão: 20/02/02, (SVF).

Partes

Recte.: Ministério Público Federal.

Pacte.: Alvimar da Costa Aguiar ou Avilmar da Costa Aguiar.

Pacte.: Antônio Marcos Pinto ou Antonio Marcos Pinto.

Recdo.: Superior Tribunal de Justiça.”

Em que pese a força da argumentação despendida no v. acórdão acima, entendemos que o Ministério Público, enquanto agente promotor da Justiça e titular do *ius persequendi in iudicio*, não pode ser tolhido da legitimidade para propor revisão criminal (redundante dizer, em benefício do réu), quando necessário for.

De um golpe, cumpre lembrar que o Ministério Público pode e deve falar em favor do réu quando as provas não suscitam certeza suficiente para a condenação, podendo e devendo até mesmo recorrer em favor do réu para evitar que a injustiça, em casos que tais, seja consolidada pelo manto da coisa julgada.

Ora, se, apesar disto, a condenação injusta (*v.g.*, baseada em prova falsa) transita em julgado, com maior razão caberá ao Ministério Público lutar contra ela. E o único instrumento processual que a lei prevê para impugnação de sentença condenatória transitada em julgado é a revisão criminal.

Não se quer entrar aqui na celeuma, *de lege ferenda*, sobre a alteração radical do sistema para permitir a revisão criminal *pro societate*. Quer-se, isto sim, dar mais coerência ao sistema para permitir também ao **Ministério Público** o manejo da revisão criminal tal como já existe, *i.e.*, como instrumento de exclusivo favor do réu no reparo de condenação injusta transitada em julgado.

Assim entendemos oportuno porque o **Ministério Público** — como guardião constitucional ativo da Justiça e do interesse público — tem sua legitimidade reconhecida para agir em defesa do réu e mesmo recorrer em favor dele, inclusive quando o próprio réu não o faz. Igualmente, é também reconhecida a legitimidade do **Ministério Público** para impetrar *habeas corpus* em favor do réu.

O que se observa, portanto, é o interesse maior da Justiça a ser perseguido pelo **Ministério Público** — não importando onde ele esteja.

Por outro lado, é inconcebível que o Promotor de Justiça, ao ter conhecimento *v.g.*, de uma condenação por fato atípico, fique de mãos atadas para recompor a Justiça e, pior, tenha ainda que se encarregar de zelar pela execução da pena. Já tivemos conhecimento, inclusive, de condenação imposta pelo Tribunal de Justiça onde, em primeiro grau, o processo fora extinto sem julgamento de mérito e o réu sequer fora citado.

Compreende-se que na ação penal — onde o **Ministério Público**, eventualmente, age em benefício do réu por assim o exigir a realização da Justiça — a ação já existe e o **Ministério Público** é parte ou *custos legis* (no caso de ação penal de iniciativa privada).

Na situação aventada, contudo, não existe ainda ação (a ação condenatória é finda); logo, o **Ministério Público** não pode ser parte nem *custos*. E, de ordinário, mesmo depois de proposta a revisão criminal, o **Ministério Público** não é parte, funcionando “apenas” como *custos*.

É de se lembrar, no ensejo, que — diferentemente do que ocorre no *Habeas Corpus* (onde pode ocorrer que o impetrante aja em nome próprio, malgrado pleiteando direito de terceiro, como na legitimação extraordinária do art. 6º do Código de Processo Civil) — na revisão criminal, o autor há de ser o próprio titular do direito ou seu sucessor legítimo (*cf.* art. 623 do CPP).

Por isto mesmo, então, é de se prever que o Ministério Público promova a revisão criminal em situações excepcionais. Com efeito, a necessidade é tanto mais premente quanto se sabe que, no *Habeas Corpus*, toda a coletividade está

legitimada a agir em favor de quem sofre a ilegalidade, pelo que há menos chance de a ilegalidade passar sem reação.

Precisamente porque a revisão criminal só cabe ao condenado ou aos seus legítimos sucessores, não podendo ser promovida por terceiros (procurador não é terceiro, mas o próprio, embora representado), mais importante se faz atribuir legitimidade ao **Ministério Público** para promovê-la, haja vista o círculo fechado e diminuto dos legitimados que, por motivos vários, podem se omitir na reparação da Justiça – que, em se tratando da seara penal, transcende sempre os interesses meramente individuais e transborda para o interesse marcadamente público a ser defendido pelo *Parquet*.

A mudança alvitrada, enfim, tem o sentido da coerência, pois, se o sistema já confere ao Ministério Público os meios para a realização da Justiça, mesmo quando esta for em favor do réu (pedido de absolvição, recurso *pro reo*, *habeas corpus* etc), não há porque se lhe negar os mesmos meios no caso de condenação trântita em julgado (caso em que o meio adequado será a revisão criminal). Se há algum meio de realização de Justiça contra a coisa julgada *in casu* (e há, a revisão criminal), este meio deve estar disponível ao Ministério Público.

Pode até se dar que a condenação, por absurdo, tenha decorrido de processo julgado sem a participação do Ministério Público, não sendo de se esperar que o Ministério Público não disponha do único meio legal que o Código de Processo Penal prevê para desconstituir decisão condenatória trântita em julgado.

Neste exato sentido, em setembro do corrente ano de 2002, o autor apresentou indicação, *de lege ferenda*, no IAB, alvitrando a derrogação do art. 623 do Código de Processo Penal para incluir o Ministério Público no rol de legitimados para a propositura da revisão criminal.

A indicação foi encaminhada à Comissão de Direito Penal da Casa de Montezuma, onde, sob a presidência do Prof. JOÃO MESTIERI, ela deverá receber parecer para depois ser apreciada pelo plenário daquela casa. Em sendo aprovada, deverá ser encaminhada aos parlamentares de Brasília, como provocação do próprio IAB à atividade legiferante renovadora e corretiva.

Não sabia o autor que, bem antes, o sempre preciso e arguto Prof. SERGIO DEMORO HAMILTON já defendia um tal ponto de vista, em artigo que hoje completa um lustro sem perder a atualidade (“A Reforma do Processo Penal”, *in Revista do Ministério Público*, nº 8, 1998 – republicado em sua obra magistral *Temas de Processo Penal*, Lumen Juris, RJ, 1998).

Trata-se de estudo empreendido por ocasião dos acesos debates que prenunciavam uma reforma do Código de Processo Penal que acabou não ocorrendo, mas que, na época, ensejou ao Procurador-Geral de Justiça designar Comissão (Ato PGJ 1331, de 08/09/97) encarregada de examinar a matéria, tirando conclusões que foram encampadas institucionalmente e, conseqüentemente, encaminhadas ao então Exmo. Ministro da Justiça, Dr. Iris Rezende Machado, e ao então Exmo. Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Dr. Marco Aurélio Mello, como sugestões oficiais do *Parquet* fluminense para o amadurecimento dos estudos em torno da reforma

processual pretendida.

Depois de ter corajosa e convincentemente defendido a pertinência da revisão criminal *pro societate*, o iluminado Prof. DEMORO sustentou que a nova lei deveria “conferir ao Ministério Público legitimidade para postular a revisão criminal *pro reo* [...] que não se daria em favor do réu mas sim com o fito de assegurar uma sentença *justa*” (*Temas de Processo Penal*, p. 261).

A chave de ouro que resume o problema, nas palavras do Prof. DEMORO, é: “o Estado não pode quedar-se inerte diante de uma condenação injusta” (*idem*, p. 261).

É de se lhe dar ainda a palavra: “Repugna ao bom senso que o Ministério Público possa impetrar *habeas corpus* (art. 654 do CPP), bem como que lhe seja facultado apelar em benefício do imputado e não possa, do mesmo passo, propor ação revisional em prol do réu, tendo em conta que à Instituição, *reafirme-se até a exaustão*, só interessa obter uma decisão justa. É função do Estado atuar no sentido de proclamar a injustiça de uma condenação e, se assim é, inexistente instituição mais legitimada para tal missão que o próprio Ministério Público (arts. 127 e 129, II e IX, da CRFB)” (*idem*, p. 261, grifo nosso).

O artigo do Prof. DEMORO, de envolta, faz dividir um pouco de sua tão vasta quanto precisa cultura para brindar-nos com a preciosa informação de que “não seria novidade entre nós a atuação do Ministério Público nesse campo. Com efeito, as Constituições de 1891 (art. 78, § 1º) e 1934 ensejavam ao *Parquet* a providência revisional. Da mesma forma, o antigo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal legitimava o Procurador-Geral da República para propor a rescisória criminal (art. 247) [...] No campo da legislação alienígena podem ser citados, na atualidade, o *Codice di Procedura Penale* (art. 632, I, “b”), na Itália, e o Código de Processo Penal Português (art. 450, inciso I, letra “a”)” (*idem*, p. 261).

Sua conclusão, da qual partilhamos integralmente, é a de que “houve um retrocesso em nossa legislação ao tolher-se ao *Parquet* a ação revisional, atividade, sem dúvida, *perfeitamente identificada com a própria natureza da Instituição*” (*idem*, p. 261, grifo nosso).

Encerramos estas breves linhas ousando acrescentar ao irretocável artigo do Prof. DEMORO, com a exposição —*ad referendum*— de nosso entendimento particular consistente em que, na esteira do art. 28 do Código de Processo Penal, a legitimação ora aventada deveria caber ao Procurador-Geral de Justiça, como sua atribuição originária e exclusiva, *seja porque* a revisão criminal é competência originária do Tribunal, *seja, sobretudo, porque*, assim, preserva-se melhor a excepcionalidade do instituto da revisão criminal e, mais ainda, preserva-se melhor, também, a excepcionalidade da atuação ministerial nesta senda.

Por último, consideramos que o fato de o art. 623 do CPP não incluir o Ministério Público no rol dos legitimados para propor revisão criminal de modo algum obsta a que o *Parquet* exerça, desde logo, esta sua função de defesa dos direitos individuais indisponíveis, pois se trata de legitimação derivada diretamente da Constituição da República (art. 127, *caput*, da CR).

NOTICIÁRIO

(*) EDUARDO SLERCA é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito pela PUC, Doutorando em Filosofia pela UGF, Professor licenciado da UCM e membro avulso do IAB.

2. História e desenvolvimento da Psicologia da Arte

1. A história da Psicologia da Arte é bastante recente, tendo sido criada por volta de 1900, quando se começou a estudar a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia. A primeira obra sobre o assunto foi "A Psicologia da Arte" de G. H. Lewin, publicada em 1912. Desde então, a Psicologia da Arte tem vindo a desenvolver-se, com a publicação de várias obras, como "A Psicologia da Arte" de R. Arnheim (1954), "A Psicologia da Arte" de E. H. Gibson (1977) e "A Psicologia da Arte" de J. J. Gibson (1977).

2. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia. Ela é uma disciplina interdisciplinar, envolvendo a psicologia, a arte e a história da arte. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia.

3. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia. Ela é uma disciplina interdisciplinar, envolvendo a psicologia, a arte e a história da arte. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia.

NOTICIÁRIO

1. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia.

2. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia.

3. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia.

4. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia.

5. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia.

6. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia.

7. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia.

8. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia.

9. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia.

10. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia.

11. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia. Ela é uma disciplina interdisciplinar, envolvendo a psicologia, a arte e a história da arte. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia.

12. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia. Ela é uma disciplina interdisciplinar, envolvendo a psicologia, a arte e a história da arte. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia.

13. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia. Ela é uma disciplina interdisciplinar, envolvendo a psicologia, a arte e a história da arte. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia.

14. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia. Ela é uma disciplina interdisciplinar, envolvendo a psicologia, a arte e a história da arte. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia.

15. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia. Ela é uma disciplina interdisciplinar, envolvendo a psicologia, a arte e a história da arte. A Psicologia da Arte é uma disciplina que estuda a percepção da arte e a relação entre a arte e a psicologia.

Homenagem aos novos Procuradores de Justiça ^()*

1. Aos seis de dezembro de 2002, no "Auditório Simão Isaac Benjó", situado no 5º andar do edifício-sede do Ministério Público, reuniu-se, em sessão solene, o Egrégio Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, sob a presidência do Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, Procurador-Geral de Justiça, para homenagear os Procuradores de Justiça recém promovidos, Drs. *Vicente Ferreira de Arruda Coelho Filho*, *José Aluízio de Arruda*, *Maria da Conceição Nogueira da Silva*, *Nedir Machado de Bragança Soares* e *Ricardo Alcântara A. Pereira*.

Cerimônia que se insere entre as mais significativas do nosso *Parquet*, no presente ano caracterizou-se, igualmente, por ser a primeira vez em que os novos Procuradores de Justiça eram homenageados no "Auditório Simão Isaac Benjó", há pouco inaugurado, como destacado pelo Procurador-Geral.

2. A relação dos Procuradores de Justiça homenageados e respectivos padrinhos é a seguinte:

- Dr. *Vicente Ferreira de Arruda Coelho Filho*

Madrinhas: Procuradoras de Justiça Dras. *Ilma de Araújo Barros* e *Sumaya Therezinha Helayel*.

- Dr. *José Aluízio de Arruda*

Padrinhos: Procuradores de Justiça Drs. *Kleber Couto Pinto* e *Antonio Vicente da Costa Júnior*.

- Dra. *Maria da Conceição Nogueira da Silva*

Madrinhas: Procuradoras de Justiça Dras. *Marija Yrneh Rodrigues de Moura* e *Mary Virgínia Northrup*.

- Dra. *Nedir Machado de Bragança Soares*

Padrinhos: Procuradores de Justiça Dr. *Hugo Jerke* e Dra. *Ilma de Araújo Barros*.

- Dr. *Ricardo Alcântara Augusto Pereira*

Padrinhos: Procuradores de Justiça Drs. *Roberto Abranches* e *Sumaya Therezinha Helayel*.

Os homenageados foram convidados pelo Procurador-Geral de Justiça, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, para adentrar no recinto, acompanhados dos respectivos padrinhos, todos envergando as vestes talares próprias dos Procuradores de Justiça, fazendo-se, para tanto, a chamada nominal dos homenageados.

^(*)A presente notícia deveria ter sido apresentada na RMP de nº 16 (Jul.-Dez./2002). Porém, a ata de aprovação da sessão somente foi publicada no D.O., Parte I, de 15-4-2003 (pp. 18/19).

3. Na seqüência, foi concedida a palavra à Exma. Sra. Procuradora de Justiça, Dra. *Evangelina Fontelas Rosado Spinelli*, para proferir a saudação protocolar aos novos Procuradores de Justiça. Segue-se a transcrição de sua fala:

“Incumbiu-me Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral de Justiça, Dr. *José Muíños Piñeiro Filho*, de fazer a saudação aos novos Procuradores de Justiça. Se me desvanece a gentileza de tal deferência, preocupa-me, por outro lado, fazê-lo, por reconhecer as minhas deficiências para tanto, pedindo, desde logo, escusas a todos pela singeleza de minhas palavras. Serei breve, muito breve, procurando suprir a erudição e o talento que me faltam como uma fala vinda toda do coração. Nossos colegas mereciam, a toda evidência, que se lhes contasse, com pormenores, a história de cada um deles na Instituição, mas o tempo não o permite. Assim, penitenciando-me pelas omissões, farei apenas um resumo de suas atuações no *Parquet*. Dr. *Vicente Ferreira de Arruda Coelho Filho* ingressou no Ministério Público em 05 de setembro de 1988. Funcionou nas Comarcas de Duque de Caxias, Nova Iguaçu, Natividade, Porciúncula, Itaperuna, Paraíba do Sul, Sapucaia e São João da Barra, atuando nas duas primeiras no Tribunal do Júri, terminando na Primeira Central de Inquéritos, onde permaneceu até a sua promoção. Dr. *José Aluísio de Arruda* ingressou no Ministério Público em 14 de julho de 1989. Funcionou nas Comarcas de Itaperuna, São Gonçalo, nesta, no Tribunal do Júri, Bom Jesus de Itabapoana e no Juízo de Família da Comarca de Campos dos Goytacazes, já havendo sido Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo por 11 anos. Dra. *Maria da Conceição Nogueira da Silva* ingressou no Ministério Público em 14 de julho de 1989. Funcionou nas Comarcas de Porciúncula, Natividade, Nova Iguaçu, nesta, no Tribunal do Júri, Volta Redonda, passando depois a atuar na Coordenadoria de Defesa da Cidadania, e por último, no Juízo da 2ª. Vara da Fazenda Pública. Dra. *Nedir Machado de Bragança Soares* ingressou no Ministério Público em 05 de setembro de 1988. Funcionou no Juízo da Infância e da Juventude da Comarca da Capital, no Juízo Criminal da Ilha do Governador, no de Menores de Caxias e de Magé, neste, por mais de 10 anos, tendo

atuado ainda nas Comarcas de Araruama, Campos dos Goytacazes e Trajano de Moraes. *Ricardo Alcântara Augusto Pereira* ingressou no Ministério Público em 14 de julho de 1989. Funcionou nas Comarcas de Rio Bonito, São Gonçalo, Niterói, nestas duas, no Tribunal do Júri, e no Juízo de Família da Comarca de Niterói. Como se vê, as referências feitas a cada qual dos Procuradores de Justiça que hoje tomam posse, ainda que sucintas, revelam, por si só, a intensidade e eficiência do trabalho por eles desenvolvido na Instituição. Em certo momento, traçaram o rumo de suas vidas. Escolheram o Ministério Público. Escolha essa de significativa importância porque no trabalho ocupamos a maior parte do nosso tempo. Impõe-se, pois, que a escolha seja certa para que possamos ser felizes. E os Senhores certamente foram e são felizes. Não se arrependeram da decisão tomada, e por isso aqui estão ascendendo a outra etapa da carreira. Longos foram os caminhos percorridos, muitas as pedras neles encontradas, a exigir coragem para enfrentar e transpor os obstáculos, e tenacidade no esforço pela busca do acerto e do aperfeiçoamento do atuar. Nesse percurso puderam perceber profundas mudanças no Ministério Público. Significativas conquistas a que se contrapõem iguais responsabilidades. Se hoje temos força, poder, tais prerrogativas têm como destinação a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, a que estamos obrigados por força de mandamento constitucional. Mas os Senhores sabem disso, têm cumprido essa missão que nos foi outorgada, principalmente fortalecida pela Carta de 88, e continuarão a fazê-lo nessa nova etapa que ora se inicia. Etapa essa cujo trabalho será, temos toda certeza, vivido com o mesmo entusiasmo, com igual denodo com que ingressaram no Ministério Público, e já agora com maior serenidade trazida pelo tempo. Não é oportunidade de lhes dar conselhos. Permito-me, contudo, trazer-lhes a mensagem de vida posta em um dos poemas do grande poeta da língua portuguesa, FERNANDO PESSOA, sob o heterônimo de Ricardo Reis, onde conclama. "Para ser grande, sê inteiro: Nada teu exagera ou exclui. Sê todo em cada coisa. Põe quanto és no mínimo que fazes. Assim em

cada lago a lua toda brilha, porque alta vive.” Sigam os ditames do Poeta e o Ministério Público brilhará inteiro em cada um de seus espaços. Muito Obrigada.”

Concluída a oração gratulatória foi a vez do pronunciamento do Dr. *Vicente Ferreira de Arruda Coelho Filho*, discursando em nome dos homenageados. São suas palavras:

“Nenhuma instituição, dentre as que foram perfilhadas pela Constituição da República de 1988, recebeu tantas responsabilidades como o Ministério Público. O novo perfil do *Parquet* brasileiro não tem paradigmas no mundo contemporâneo. As várias gerações que nos antecederam pugnaram com idealismo e pertinácia para que tivéssemos um arcabouço jurídico moderno e adequado aos reclamos da sociedade e que, ademais, mantivesse sua característica de independência, forjada ao longo de anos de experiência, vivida nos Estados da Federação. O Constituinte de 88 foi sensível e enxergou adiante de seu tempo. Divisou para o Ministério Público um papel que não cabia, até então, a qualquer outra instituição, ao lhe incumbir da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Já se tornou corriqueira esta referência à missão institucional do Ministério Público em pronunciamentos de Promotores e Procuradores de Justiça. Isto não é um mero chavão para recheiar eventuais discursos, mas se trata de um chamamento para ser repetido sempre, enfatizado sempre, repisado sempre para que tal conceito se entranhe nos espíritos e mentes de cada um de nós. É preciso que todos nós, diuturnamente, meditemos na grandiosidade de nossa atuação, em face daquilo que o constituinte nos atribuiu. Temos que estar à altura da missão. A sociedade, a imprensa, os poderes constituídos observam a ação ministerial. E cobram firmeza, coerência, independência. Nossa atitude há que ser discreta, mas eficaz. Nossa política de atuação há que ser a de resultados em favor do ofendido, do desprotegido, em suma, das vítimas da truculência física ou econômica. Onde acontecer uma violência, onde estiver presente uma injustiça, onde ocorrer a

exploração do menos favorecido, aí estará sempre um Promotor de Justiça. O delinqüente, o ímprobo e o violador da lei precisam ter a certeza de que terão a enfrentá-lo uma instituição organizada e aguerrida, que não recua, a não ser diante do primado da lei. Este é o retrato que deve refletir o significado do Ministério Público de hoje. O que foi o sonho de outras gerações transformou-se em realidade nas mãos de nossa geração. Ao assumirmos o cargo de Procurador de Justiça, alcançando o ápice da carreira – eu e meus colegas, e tenho certeza de que falo em nome de todos eles – não podemos esconder que o fazemos com orgulho. É o coroamento de anos de esforço e dedicação. Procuramos dar o melhor de nós no exercício de nossas funções na instância primeira. Ao chegarmos à Procuradoria, além das atividades específicas do cargo, buscaremos transmitir aos mais novos a riqueza de nossa experiência, haurida nos embates cotidianos nos fóruns, e na lida diária com os problemas da população relacionados com os direitos difusos, tão presentes e tão importantes no dia-a-dia de cada um. Com isso, não queremos dizer que somos melhores que os mais jovens, mas sim firmar um compromisso de voltarmos sempre os olhos para os colegas Promotores de Justiça, numa empatia que não pode e não deve ser rompida. O Procurador de Justiça só é um Promotor de Justiça mais antigo. Abraçamos o mesmo ideal e nosso trabalho é conjunto incindível. Uno e indivisível. Muda apenas o endereço. Pensamos que os Procuradores devem estar sempre presentes nos debates e nas decisões das matérias que surgem a cada instante, desafiando a nossa inteligência e criatividade. Não há mais espaço para os acomodados. O Ministério Público não pode abrir mão de seus quadros mais experientes, que foram formados no cadinho da luta contínua e forjados no combate santo à injustiça. Todos devemos, nesta etapa de nossa vida profissional, compreender que, mais do que nunca, estamos aparelhados para ofertar uma contribuição mais efetiva para o desempenho das tarefas que hoje desafiam o Ministério Público. O crime organizado, a corrupção, a violência desenfreada, aliadas à miséria e à doença são ervas daninhas, que tem sido combatidas, mas exigem do

Ministério Público uma vigilância permanente e parceria com as autoridades governamentais, com o necessário envolvimento da sociedade. Somente através desta ação comum, em que participem todos os segmentos sociais é que poderemos realizar a nossa missão de construir um país justo e livre, em que todos nós brasileiros possamos compartilhar, por igual, dos bens da vida. Estamos dispostos a isso e é com esse compromisso que assumimos nossos novos cargos. Muito obrigado."

4. A solenidade contou com a presença de inúmeros colegas do Ministério Público, incluindo-se o 1º Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. *Hugo Jerke*, o 2º Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. *Élio Gitelman Fischberg*, a 3ª Subprocuradora-Geral de Justiça, Dra. *Vera de Souza Leite*, a Corregedora-Geral do Ministério Público, Dra. *Dalva Pieri Nunes*, além de 19 membros integrantes do Égregio Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça.

Averbe-se, ainda, a presença do Deputado Federal *Vicente Ferreira Arruda Coelho*, pai de um dos homenageados, Dr. *Vicente Ferreira Arruda Coelho Filho* e do ex-Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Atamir Quadros Mercês*.

5. Não podem ficar sem registro as palavras de agradecimento do Procurador-Geral ao Deputado Federal *Vicente Ferreira Arruda Coelho* pelos relevantes serviços prestados ao Ministério Público, por sua atuação no Congresso como relator de matérias institucionais de interesse da Instituição, colaborando, dessa forma, para grandes conquistas do *Parquet* no plano nacional.

6. A cerimônia ganhou encerramento com as palavras do Procurador-Geral de Justiça, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, lembrando ser aquela a última sessão em que presidia o OECPJ, ao mesmo tempo em pedia a Deus que iluminasse nossos colegas nessa nova trajetória de suas vidas.

Nova Lei Orgânica do Ministério Público

Vem de ser sancionada pela Exma. Sra. Governadora do Estado, *Rosinha Garotinho*, a Lei Complementar nº 106, de 3 de janeiro de 2003, que institui a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Velha aspiração de toda a classe, agora efetivada, pois a anterior Lei Complementar nº 28, de 21 de maio de 1982, encontrava-se bastante defasada em função do advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei n. 8625 de 12 de fevereiro de 1993 (LONMP). A LOMPRJ foi publicada no D.O. de 06.1.03, p. 01 e seguintes.

Novo Procurador-Geral de Justiça

Por Decreto de 03 de janeiro de 2003, publicado no *DOERJ* – Parte I – de 06.1.03, p. 17, vem de ser nomeado pela Exma. Sra. Governadora do Estado, *Rosinha Garotinho*, o Procurador de Justiça *Antônio Vicente da Costa Júnior* para exercer, com mandato de 02 (dois) anos, a partir de 18 de janeiro de 2003, o cargo de Procurador-Geral de Justiça.

Secretário de Estado de Administração Penitenciária

Através de Decreto de 03 de janeiro de 2003, foi nomeado pela Exma. Sra. Governadora do Estado, *Rosinha Garotinho*, o Promotor de Justiça *Astério Pereira dos Santos*, para exercer o cargo de Secretário de Estado de Administração Penitenciária (Ato publicado no *DOERJ* – Parte I, p. 17, de 06.1.03).

Posse e Transmissão do Cargo de Procurador-Geral de Justiça

1. Realizou-se no dia 17 de janeiro, às onze horas, no auditório da Procuradoria-Geral de Justiça, situado no 9º andar do edifício-sede do Ministério Público, a cerimônia de posse e transmissão do cargo ao novo Procurador-Geral, Dr. *Antonio Vicente da Costa Júnior*.

2. Compondo a Mesa da solenidade, registraram-se as seguintes presenças: O Procurador-Geral de Justiça, Dr. *José Muñños Piñeiro Filho*, que, na qualidade de anfitrião, presidiu, inicialmente, os trabalhos; a Exma Sra. Governadora do Estado do Rio de Janeiro, *Rosinha Garotinho*, o Exmo. Sr. Deputado *Sérgio Cabral Filho*, Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, o Exmo. Sr. Desembargador *Miguel Pachá*, que, no ato, representava o Presidente do TJRJ, o Exmo. Sr. Vice-Governador do Estado, *Luiz Paulo Conde*, o Exmo. Sr. Vereador *Sami Jorge Abdulmacih*, Presidente da Câmara dos Vereadores, a Exma. Sra. Procuradora de Justiça, Dra. *Dalva Pieri Nunes*, Corregedora-Geral do Ministério Público – RJ, o Exmo. Sr. Dr. *Cláudio Barros Silva*, Procurador-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, no ato representando o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça (CNPJ), o Conselheiro *José Maurício Nolasco*, representando o Presidente do Tribunal de Contas do Estado, o Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da República, em Brasília, Dr. *José Roberto de Figueiredo Santos*, o Exmo. Sr. Dr. *Francesco Conte*, Secretário de Estado Chefe do Gabinete Civil do Governo do Estado do Rio de Janeiro, o Exmo. Sr. Dr. *Sergio Luiz Barbosa Neves*, Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, o Exmo. Sr. Dr. *Marcelo de Menezes Bustamante*, Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro e a Dra. *Carmem Fontenelle*, representante do Presidente da OAB-RJ.

3. Todos de pé, receberam o novo Procurador-Geral de Justiça, que ingressou no salão nobre ladeado pelos dois Procuradores de Justiça mais antigos, Dr. *Luiz Sergio Wigderowitz* e *Virgílio Augusto da Costa Val*, que o conduziram ao lugar para ele reservado na Mesa de Honra.

4. A solenidade ganhou seguimento com a execução do Hino Nacional Brasileiro executado pela Banda do Corpo de Bombeiros Militar do nosso Estado. Todos de pé cantaram o nosso Hino.

5. Seguiu-se o juramento do novo Procurador-Geral, cujos termos vão aqui assinalados:

" 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 Procurador-Geral de Justiça."

Prestado o juramento, o Secretário do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, Procurador de Justiça *José Maria Leoni Lopes de Oliveira* procedeu a leitura do termo de posse, após assinado pela Sra. Governadora do Estado e pelo novo Procurador-Geral de Justiça, a esta altura já ocupando a presidência da Mesa.

6. Seguiu-se a fala do Procurador de Justiça, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, precedida da transmissão do cargo ao novo Procurador-Geral de Justiça. São suas palavras:

"Ao término de quatro anos à frente do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e no momento em que transmito o cargo de Procurador-Geral de Justiça, seria natural que aproveitasse desta oportunidade para uma prestação de contas, identificando ao menos as realizações de maior relevo sob diversos aspectos. Poderia, por exemplo, falar sobre cada um dos onze projetos transformados em lei, com destaque para o plano de carreira do nosso corpo de funcionários e da Lei Complementar n.º 106, de 06 de janeiro de 2003, recentemente sancionada pela Excelentíssima Governadora Rosinha Garotinho, aqui presente, e que instituiu a nova Lei Orgânica do Ministério Público fluminense, aguardada desde a vigência da Constituição Federal de 1988. Entretanto, prefiro agradecer a todos os integrantes do Poder Legislativo fluminense, por todas as votações, sem exceção, favoráveis, e quase

sempre com a adoção do regime de urgência, em gesto maior de consideração com a nossa Instituição. Peço licença aos parlamentares para lhes agradecer e homenageá-los, a todos, na pessoa da figura ilustre do Presidente da Casa de Leis do Nosso Estado, ainda Deputado e próximo de ser Senador da República, Sérgio Cabral Filho. De igual maneira, abro mão de falar de todas as conquistas materiais e vencimentais. A classe delas tem bastante conhecimento, pois muito sobre elas falei, seja a aquisição, por compra, de uma dezena de imóveis, a desapropriação em nosso favor de outros três imóveis, a edificação de Centros Regionais e de gabinetes para Procuradores de Justiça, a renovação do parque de informática, dentre outras conquistas. A hora é de agradecer, notadamente, ao Poder Executivo, por responder positivamente a todos os projetos a ele encaminhados, suprimindo constantemente as carências estruturais e permitindo notável avanço no aparelhamento dos órgãos de execução, a fim de permitir adequada e digna condição de trabalho para cada Procurador e Promotor de Justiça. Com a licença da Excelentíssima Governadora aqui presente, faço o agradecimento ministerial na pessoa do ex-Governador Anthony Willian Garotinho Matheus de Oliveira. Todas as Instituições Jurídicas, em especial os membros do Judiciário e os Advogados fluminenses, foram sempre respeitosos no convívio e embates. A adversidade de teses jamais inibiu a relação pessoal. Amadureci com os julgamentos no Órgão Especial do Tribunal de Justiça. A experiência de Desembargadores do porte de Miguel Pachá, Presidente eleito do Judiciário Fluminense, fez-me entender que o conflito de interesses, se inevitável, pode, com bom senso legal, ser bem solucionado. Também seria o caso de falar e agradecer a todos os integrantes do Ministério Público que diretamente trabalharam em minhas duas gestões. São diversos colegas que deram o melhor de si em suas respectivas áreas de atuação, seja ela judicial, administrativa ou institucional. E assim fizeram por devotamento institucional, mas, tenho certeza, agiram por consideração especial a este Procurador-Geral de Justiça. Na impossibilidade de externar a cada um o meu sentimento pelo carinho e trabalho dedicados,

escolho HUGO JERKE, Primeiro Subprocurador-Geral de Justiça, para que, na sua pessoa, todos se vejam eternamente por mim reconhecidos. Seria impossível aqui registrar o quanto me orgulho do corpo de funcionários do nosso *Parquet*. O zelo, a eficiência e a dedicação, marcas que identificam o nosso saudoso e mais antigo servidor Anníbal Frederico de Souza, em cada um, e a sua maneira, podem ser verificados, e o sentimento que levo agora como ex-Chefe é de extremado carinho e compreensão. Na difícil missão de escolher aquele que representará em nome de todo o nosso corpo de apoio fundamental, opto por homenagear a ex e a atual Diretoria da ASPROJU e, particularmente, ao nosso funcionário, por empréstimo, *José Carlos Alves da Silva*. Com os Promotores e Procuradores de Justiça, em atividade ou aposentados – tenho certeza – mantive uma relação não de chefia, mas de coleguismo, compreensão, soliedariedade e apoio. A missão ministerial do *Parquet* é reconhecidamente difícil. Tenho, porém, a certeza de que todos nós cumprimos, cada um, o nosso mister, destinamo-nos, permanentemente, à sociedade, finalidade maior e razão mesmo de ser da nossa Instituição. Foram quatro anos de chefia que se somam a dezesseis outros atuando em diversas Comarcas do Estado, a partir da doce Trajano de Moraes, até chegar à Promotoria do II Tribunal do Júri da Comarca da Capital e, finalmente, ao cargo de Procurador de Justiça. Nessas duas décadas, mais do que me aprimorar como profissional do direito, procurei viver intensamente cada momento no Ministério Público. Nas vitórias e nos insucessos, sempre houve uma lição. O Júri certamente foi a maior escola. A tentativa de compreender a decisão de cada jurado, ao condenar ou absolver um seu semelhante, é exercício doloroso, mas eficaz na compreensão da dimensão humana. Evidente que a parceria fiel e amorosa de Márcia, minha mulher, e também colega de Ministério Público, do esteio familiar, principalmente os valores éticos e morais a mim transmitidos por José e Amélia, e a estimuladora e divertida inquietação de Débora, José e Olavo, meus filhos, orientaram o caminho nos momentos de turbulência. Daí por que serenamente vejo-me, de

repente, aos 46 anos, o velho, vendo em **Antônio Vicente da Costa Junior**, na plena juventude dos seus 66 anos, o novo, o porvir do nosso Ministério Público. Se **Antônio Vicente** indagasse o que mais me agradou nos quatro anos como Procurador-Geral de Justiça, diria a ele que cumprir as missões constitucionais próprias do *Parquet*, em todas as áreas, deixa de ser mera obrigação quando se põe o sentimento no ato laborativo. Reduzir em quase oitenta por cento, na impossibilidade de impedir, as mortes de recém-nascidos por falta de UTI's neonatais, ao promover termo de ajustamento de conduta com o poder público estadual e dezessete prefeituras da área metropolitana do Rio de Janeiro, já poderia ter justificado a atuação da Chefia. Este é um dos muitos exemplos daqueles que poderia citar para avaliação do nosso novo Chefe. Contudo, dir-lhe-ia que nenhum avanço e realização futura justifica o esquecimento do passado. Sim, **Antônio Vicente**. Não se esqueça, em nenhum momento, que antes de você e de mim outros aqui estiveram e, logo, outros virão. Diante disso, sugiro estimular, cada vez mais e em favor, principalmente, dos mais jovens, o resgate da memória institucional, que agora já dispõe do Centro de Memória do Ministério Público Procurador de Justiça **João Marcello de Araújo Júnior**, e que tem nas figuras maravilhosas de **Sergio Demoro Hamilton** e **Adolpho Lerner** incansáveis perseguidores. Sugeriria, também, não abdicar de momentos em favor da sua espiritualização. Para facilitar o seu conforto espiritual, o seu contato com Deus, há no quarto andar da nossa sede uma aconchegante e agregadora Capela ecumênica. Certamente, terá você as naturais dificuldades do exercício do cargo. As incompreensões próprias da natureza humana, a ansiedade na obtenção dos resultados pretendidos, a cobrança cada vez maior e em todos os sentidos, internamente, por parte dos colegas, e, externamente, pela sociedade. Seja, contudo, tolerante. Aprendi, ouvindo a música EPITÁFIO, do grupo musical TITÃS, que além do dever de amar mais e também de chorar mais, é preciso ver o sol nascer, e, assim, aceitar as pessoas como elas são, pois cada um sabe a alegria e a dor que traz no coração. Com a poesia INSTANTES, de

JORGE LUIZ BORGES, percebi que não se deve tentar ser tão perfeito, e sim relaxar mais, pois a vida é feita só de momentos, portanto, não perca o agora. Você, **Vicente**, está no Ministério Público há 42 anos. Continue o seu trabalho, mas não se esqueça, como nos alerta o grande argentino, de contemplar amanheceres e o entardecer. No esforço de comandar o nosso querido Ministério Público, durma pouco, sonhe mais, pois a cada minuto em que se fecha os olhos perde-se 60 segundos de luz. Esta lição recebi, recentemente, de GABRIEL GARCIA MARQUES, que corretamente sabe agora que deve se dar valor às coisas, não pelo que valem, mas pelo que significam. É ainda o colombiano GARCIA MARQUES quem nos lega uma orientação própria para quem vai comandar uma Instituição, que permanentemente trabalha com o estado de coisas criado pelo homem. Diz ele que se tivesse um coração escreveria seu ódio sobre o gelo e esperaria que o sol saísse. Regaria as rosas com lágrimas para sentir a dor dos espinhos e o encarnado beijo de suas pétalas. Provaria aos homens que estão enganados ao pensar que deixam de se apaixonar quando envelhecem, sem saber que envelhecem quando deixam de se apaixonar. Diante das crianças, dê-lhes asas, mas deixe que aprendam a voar sozinhas. Aos velhos, ensine que a morte não chega com a velhice, mas com o esquecimento. Aprenda que um homem só tem o direito de olhar o outro de cima para baixo para ajudá-lo a levantar-se. Se você, meu caro **Vicente**, conseguir transformar essas lições em mandamentos no dia-a-dia de sua nova função social, sofrerá menos, pois compreenderá mais, saberá tolerar, respeitar, compreender, e, assim, obter melhor desempenho e resultado nas suas ações como Chefe do *Parquet*. A Instituição precisa de uma Chefia corajosa, firme, decidida, competente, capacitada juridicamente e dinâmica. Você reúne todas essas qualidades, mas elas só terão valia se você tiver plena consciência de que não é um fim em si mesmo, mas sim um meio, um formidável intermediário para atender à sociedade, notadamente, a parcela maior e mais carente. Agora é o seu momento. Cumpra-o. Que Deus o ilumine."

7. Terminada a saudação, foi a vez do pronunciamento do novo Procurador-Geral, Dr. *Antonio Vicente da Costa Júnior*, aqui transcrito:

"A solenidade deste instante tem, para mim, o vulto de uma sagração. Consagro-me, nesta cerimônia, às rigorosas responsabilidades de Chefe do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recebo esta insígnia com os sentimentos da humildade e de gratidão a Deus. Não venho para exercer o poder de mando mas sim para exercitar, diuturnamente, a capacidade de servir a esta elite que defende, com capacidade e denodo, os justos reclamos da sociedade do nosso Estado. Estou cômso da extenuante missão que me incumbe, mas também certo de que conheço, pela vivência de quarenta e três anos de vida funcional, os rumos a serem seguidos. Permitam-me exibir, como credencial para esta certeza, o fato singular de que, na história do nosso Ministério Público, o decano da instituição alcança a sua chefia. Esta verdade demonstra, também, que não sou um obsequiado por concessões ou privilégios. Minha conquista decorre de minha fidelidade e da minha devoção à nossa causa, averbadas pelo significativo apoio das mais representativas figuras da nossa comunidade ministerial. Vivi os momentos de agruras e de fastígio da nossa história e tenho, cinzelada na alma, a cicatriz de uma prisão, nos tempos de arbítrio, por ter sido fiel aos mandamentos legais do nosso credo. Tenho, pois, passado e biografia construídos no culto ao Direito, o que me dota de uma espinha dorsal enrijecida em embates pelo Direito e, consequentemente, incapaz de ser curvada por concessões, acordos ou imposições de qualquer origem. Honrarei, portanto, meus prezados colegas, a tradição de altivez e independência que marca a nossa trajetória. E com esta conduta seguirei o caminho trilhado pelos meus antecessores, como Atamir Quadros Merces, Nicanor Medici Fischer, Carlos Antônio da Silva Navega e Antônio Carlos da Silva Biscaia que honram a minha investidura com as suas presenças. Cada um, a seu tempo, contribuiu para a edificação do perfil que hoje nos faz respeitáveis. Sempre os terei como fatores de decisivas conquistas que a memória do nosso acesso

tem timbrada de forma indelével. E a inexorabilidade do limite legal impõe que eu inclua nesta relação passada o tão atual e marcante José Muiños Piñeiro Filho. Dele, quanto a dizer, quanto a registrar, do homem e do administrador. Tive o privilégio de manter com ele estreito convívio pessoal e funcional. E tantas vezes minha emoção e minha admiração foram ativadas por esta personalidade fidalga e empreendedora que, doando a sua vida às missões do comando que exerceu, alçou o nosso Ministério Público a uma altura dignificadora. A expansão que distendeu o Ministério Público a necessário estreitamento de relações com a sociedade; o vigoramento da nossa ação institucional e, sobretudo, a respeitabilidade a que nos elevou, ante aos Poderes do Estado e da República, são decorrências da sua compostura pessoal e da sua inquestionável competência jurídica. Meu grande e querido amigo. As saudades que você deixa serão minimizadas, apenas, pelas lembranças dos seus exemplos. Os colegas de hoje disso sabem, mas a grandeza do seu desempenho somente os pósteros bem avaliarão, porque só a história consagra com a devida justiça. Seu legado cabe-me preservar. E o farei, até porque é roteiro necessário a quem almeja o êxito da empreitada. Para o meu caminho terei como objetivos o enfrentamento dos desafios sociais que nos assolam e até nos angustiam. De agressiva notoriedade que a violência, a fraude e os atentados aos direitos da cidadania devem concentrar os visos da ação do Ministério Público. E tais ações se concentrarão em procedimentos preventivos e repressivos, pois, na feição moderna, somos agentes indutores de transformações sociais. Sintonizados com essa índole, Promotores e Procuradores de Justiça, com independência na formação das suas convicções, servirão, de forma capaz, em suas iniciativas processuais à nossa sociedade fluminense. A dimensão dos valores intelectuais e morais que qualificam os integrantes da nossa classe permite a certeza de que haverá proveito para a paz e a tranqüilidade sociais. Posso, portanto, assegurar que nossa comunidade funcional conquistou. De minha parte, proclamo, seguirei incontornadamente os termos do

juramento aqui prestado e buscarei uma sólida coesão para que a unidade e a indivisibilidade da nossa instituição nos congregue em prol de uma convivência fraterna e de uma atuação eficaz. Nesta manifestação prefacial não posso deixar de endereçar a expressão do meu apreço e do meu incentivo aos dignos funcionários que nos ajudam na realização dos nossos trabalhos. Estejam certos de que o meu prestígio nunca lhes faltará. Quanto possa, o Procurador-Geral estará provendo os legítimos interesses e compensando a dedicação dos seus empenhos. Enfim, transbordo com a mais pura emoção um profundo agradecimento a todos que me possibilitaram o privilégio desta investidura. Aos colegas que me convocaram e me apoiaram nesta caminhada um agradecimento enternecido. À Excelentíssima Senhora Governadora Rosinha Garotinho, a mensagem de que dignificarei ao nosso Estado e, principalmente, que guardo como relevante mérito da minha carreira ter sido escolhido por uma Governadora da sua estirpe. Deus lhe cumulará de forças para a plena realização dos seus projetos. Às autoridades e amigos que vieram, minha intensa gratidão. A final, à minha família, suporte de tudo que sou e de tudo que alcancei, meu comovido reconhecimento. Retribuo a vocês, minha mulher, minhas filhas, meus genros, minhas netas e meu neto; meus irmãos, meus tios e primos da forma que entendo a mais expressiva. Endereçando um beijo enternecido para minha querida filha e colega Mônica, garantindo-lhe que o seu pai honrará o seu Ministério Público. Deus lhes pague tão generosa homenagem.”

8. A cerimônia ganhou encerramento com o discurso da Exma Sra. Governadora do Estado, *Rosinha Garotinho* :

“Boa tarde ao Exmo. Deputado Sérgio Cabral e Senador, ao Exmo. Sr. Dr. José Muiños Piñeiro, ao Exmo. Sr. Desembargador Miguel Pachá, ao Exmo. Sr. Dr. Antonio Vicente da Costa Júnior, Procurador-Geral de Justiça empossado, meu boa tarde a todos. Minha presença nesta solenidade de posse tem, principalmente, o sentido do prestígio que o Governo do Estado tem em conta o Ministério Público. É do

conhecimento público as ações desenvolvidas por esta Instituição no sentido da paz social e da tranqüilidade pública. Para um Governo voltado, sobretudo, para estes objetivos de natureza social, não pode passar despercebido este eficiente desempenho que tem trazido à nossa sociedade fluminense os mais proveitosos resultados. Quando ainda Secretária da Ação Social, pude constatar a valia da inestimável ajuda prestada por integrantes deste Órgão na proteção dos direitos da cidadania e, sobretudo, na ação de enfrentamento à criminalidade. Hoje, Governadora, não posso deixar de reconhecer que as providências governamentais nestes setores devem contar com a participação decisiva do desempenho do Ministério Público. Avalizo a minha postura na decisão que assumi de atribuir a um representante do Ministério Público a responsabilidade de dirigir uma Secretaria de Administração Penitenciária, onde está, sem dúvida, localizado um dos principais problemas que enfrento à Segurança Pública do Estado. Destaco, ainda, que darei prioridade à iniciativa de integrar ao Sistema de Segurança do Estado, Promotores vinculados às Centrais de Inquéritos, ressaltando também o meu objetivo de assegurar a plena segurança dos representantes do Ministério Público através da aprovação da Coordenadoria de Segurança, com efetivo próprio e destinação exclusiva. Também nutrido do mesmo sentimento, oferecerei à Coordenação da Infância e da Adolescência os meios ao alcance do Estado, visando ao combate das atividades criminosas dos que corrompem os menores e aos adolescentes. Serei ainda a interessada provedora dos mecanismos que concorram para a plena garantia dos direitos da cidadania. Abro também as portas do Governo Estadual para qualquer apuração que objetive a garantia da probidade administrativa. Permito-me, neste ponto, assinalar a minha autoridade moral para tal afirmação, porque ao deixar o cargo de Secretária de Ação Social no Governo do meu marido, deixei nas mãos do Dr. José Muiños Piñeiro uma prévia autorização para violação de qualquer sigilo pessoal, e esta autorização renovo neste instante perante o Ministério Público Estadual. Nada temo, porque não

tenho cumplicidades ou conviências. Tenho pela causa pública os sentimentos de respeito e devoção e, ao proclamar estes sentimentos, nesta casa, onde se cultiva o direito e se preserva a justiça, exponho os fundamentos éticos e justos que inspiram as minhas decisões. Assim agi quando deliberei escolher o Dr. Antonio Vicente da Costa Júnior para Procurador-Geral de Justiça, a ele desejo pleno êxito na missão de conduzir esta Instituição, e afinal, ao Dr. José Muiños Piñeiro, a justa homenagem à tão profícua administração. É o meu testemunho. Agradeço a todos e que Deus possa abençoar a sua nova caminhada.”

9. Terminada a fala da Sra. Governadora do Estado, todos de pé, ouviram o Hino do Estado do Rio de Janeiro, executado pela Banda do Corpo de Bombeiros Militar – RJ.

10. Encerrada a solenidade formal foi servido aos presente, no *foyeur* anexo do salão nobre, um coquetel, enquanto o novo Procurador-Geral de Justiça recebia os cumprimentos.

11. A cerimônia, segundo foi noticiado pela imprensa local, contou com a presença de cerca de 400 pessoas. Registre-se, da parte da Administração Superior do Ministério Público, o comparecimento do Dr. *Hugo Jerke*, 1º Subprocurador-Geral de Justiça-RJ, do Dr. *Élio Gitelman Fischberg*, 2º Subprocurador-Geral de Justiça-RJ, da Dra. *Vera de Souza Leite*, 3ª Subprocuradora-Geral de Justiça-RJ, da Corregedora-Geral do Ministério Público, Dra. *Dalva Pieri Nunes*, da Procuradora de Justiça *Maria do Carmo dos Santos Casa Nova*, Chefe de Gabinete do PGJ-RJ, do Procurador de Justiça *Kleber Couto Pinto*, Secretário-Geral de Administração do MPRJ, de membros do Colendo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, de Conselheiros do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público e de expressivo número de Procuradores e Promotores de Justiça.

Anote-se, ainda, a presença do Conselheiro *Thiers Montebello*, Presidente do Tribunal de Contas do Município, do Deputado Federal *Antonio Carlos Silva Biscaia*, dos ex-Procuradores Gerais de Justiça, *Carlos Antonio da Silva Navega*, *Atamir Quadros Mercês*, *Nelson Pecegueiro do Amaral*, da Deputada Federal *Denise Frossard*, do Dr. *Nicanor Medici Fischer*, representando o Presidente da AMPERJ, do Dr. *Arthur Pontes Teixeira*, Diretor-Presidente da CAMPERJ, do Dr. *Roberto Abranches*, Presidente do CEPROJUS, dos Desembargadores *Nildson Araújo da Cruz*, *Mario Robert Mannheimer*, *Giuseppe Ítalo Brasilino Vitagliano* e *Angelo Moreira Glioche*, do Dr. *Flavio Paixão de Moura Junior*, Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, da Dra. *Ana Lúcia Riani de Luna*, Procuradora-Chefe em exercício da Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região, e da Dra. *Maria da Conceição de Assumpção Mello*, Procuradora de Justiça

do Ministério Público de Minas Gerais, representando o Procurador-Geral de Justiça *Nedens Ulisses Freire Vieira*.

Biscaia eleito Deputado Federal

O ex-Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Antonio Carlos Silva Biscaia*, vem de ser eleito Deputado Federal, pela legenda do PT, nas eleições de 2002. Vale o registro de que *Biscaia* já exercera o mandato de deputado federal em parte da legislatura anterior quando, como suplente, viu-se convocado para a Câmara Federal, onde teve atuação marcante. Cumpre assinalar que *Biscaia* exerceu, em três oportunidades, o cargo de Procurador-Geral de Justiça (16.4.84 a 16.6.86 e 15.3.91 a 18.1.95, reeleito no segundo período), estando, na atualidade, aposentado no Ministério Público.

Posse dos novos integrantes do Conselho Superior do Ministério Público

1. Realizou-se, no dia 07 de fevereiro do presente ano, a sessão solene de posse dos membros do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, eleitos para o período de 7.2.2003 a 06.2.2005.
2. A composição da Mesa da cerimônia estava assim constituída: Dr. *Antonio Vicente da Costa Júnior*, Procurador-Geral de Justiça, Dra. *Dalva Pieri Nunes*, Corregedora-Geral do Ministério Público, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, ex-Procurador-Geral de Justiça, Conselheiros que se despediam, Dra. *Heloisa Maria Daltro Leite*, Dra. *Ligia Portes Santos*, Dra. *Maria Cristina Menezes de Azevedo*, Dr. *Leonardo de Souza Chaves*, Dra. *Paolina Leone Candia Hryniewicz* e Dra. *Elaine Costa da Silva*.
3. Em nome dos Conselheiros que terminavam seus mandatos, fez uso da palavra a Dra. *Elaine Costa da Silva*, que, em belo improviso, recordou sua passagem pelo Colegiado, ressaltando um dado impressionante, qual seja, o de que, somente no ano de 2002, o Conselho julgou 1368 processos.
4. A solenidade ganhou seguimento com o convite feito pelo Procurador-Geral de Justiça para que os novos integrantes do Conselho viessem assinar o termo de posse e compromisso, solicitando, do mesmo passo, que tomassem assento à Mesa os Conselheiros recém eleitos: Dr. *Antonio José Campos Moreira*, Dr. *Cláudio Soares Lopes*, Dr. *Maurício Assayag*, Dra. *Maria Cristina Menezes de Azevedo*, Dr. *Kleber Couto Pinto* e Dr. *Décio Luiz Gomes*.
5. Seguiu-se a leitura, pelo Procurador-Geral de Justiça, dos nomes dos Conselheiros Suplentes: Dra. *Arilda Sandra da Silva Nunes*, Dra. *Elaine Costa da Silva*, Dra. *Helda Lima Meirelles*, Dra. *Paula Mello Chagas*, Dra. *Ligia Portes Santos* e Dr. *José Avelino Atalla*.
6. Após a leitura do termo de posse e compromisso dos Conselheiros Titulares, o Procurador-Geral de Justiça declarou empossados os novos membros do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público.

Por fim, ouviu-se a fala do Conselheiro *Décio Luiz Gomes* em nome dos empossados. São suas palavras:

“Os anos passam com rapidez inacreditável e a nós é dado acompanhar a evolução institucional, participando ativamente da vida do Ministério Público, ao longo desses quase trinta anos.

Ouvi, certa vez, num discurso aqui nesta Casa, endereçado a novos promotores, por ocasião de sua posse, que era necessário que os membros do *Parquet*, antes de novas reivindicações, cuidassem de tomar todos os espaços que a legislação de regência já abria, e que eram tantos e suficientes para a existência de uma instituição forte, voltada para os seus ideais.

Ao tomar posse no cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público, e lá se vai mais de um lustro, tive oportunidade de dizer que os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, insculpidos no artigo primeiro da nossa lei (de então, e repetido na atual) precisavam passar do papel ao sentimento de todos nós, Promotores e Procuradores de justiça.

Fiz uma exortação, então, para a reunião de todos os profissionais que pensavam na grandeza do Ministério Público, fossem lá quais fossem as suas posições político-institucionais, naquela hora em que passávamos por ameaças de reformas tendentes a cortar os avanços conquistados com tanta luta e com tanto sacrifício.

O tempo passou e o quadro se encaixa na mesma moldura: continuam as ameaças de reformas, cada vez mais presentes, tentando minimizar a importância do Ministério Público no cenário democrático da nação.

E o que é pior, não se consegue reunir as cabeças pensantes do nosso *Parquet*, divididas que estão as pessoas por interesses políticos, cada qual defendendo sua posição pessoal, afastadas cada vez mais da unidade indispensável.

Vivemos num estado democrático de direito. É o império da lei e da ordem que deve prevalecer, a começar pelo Ministério Público. E a pregação que se faz, agora, contra a nomeação do atual chefe da

instituição dá nefasta demonstração de divisão que não pode e não deve continuar.

Os assuntos institucionais devem ser tratados em altíssimo nível, visando o interesse do Ministério Público, sem que sejam levados para o lado sensacionalista, que tanto interessa aos inimigos do *Parquet*.

Creio que nesta hora em que assumimos o Conselho Superior do Ministério Público, mais do que nunca, devemos buscar a união.

Disse alhures, e repito com a mesma convicção, que não temos espaço para as questões de menor relevância. Não temos tempo para desenvolver paixões que se alimentam apenas de rancores.

Temos de desenvolver coletivamente as virtudes da fidelidade, da prudência, da temperança, da coragem e da justiça.

O nosso *Parquet* é forte, já o disse, por suas próprias origens e, se o quisermos manter assim, temos de preencher os espaços conquistados e nos dedicarmos à verdadeira causa institucional, única forma que vejo de permanecermos independentes e em verdadeira unidade.

Estamos assumindo um órgão importante na Administração Superior do Ministério Público, e o que esperam de nós aqueles que nos honraram com a confiança da escolha é muito trabalho, muita dedicação, tudo objetivando o ideal maior que enche de orgulho a todos nós, Promotores e Procuradores de justiça: o de um Ministério Público grande e respeitado, na exata medida da disposição constitucional.

Que consigamos alcançar esse objetivo e que, com o passar dos anos, não tenhamos de nos preocupar senão com a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Que Deus ilumine nossa caminhada !”

7. A cerimônia contou com expressivo número de Procuradores e Promotores de Justiça, bem como do Subprocurador-Geral de Planejamento, Dr. Carlos Roberto de Castro Jatahy, do Dr. José Luiz Martins Domingues, Secretário-Geral de Administração, do Dr. José Muiños Piñeiro Filho, ex-Procurador-Geral

de Justiça, convidado a integrar a Mesa de Honra, do Promotor de Justiça, Dr. *Astério Pereira dos Santos*, Secretário de Estado de Administração Penitenciária e do Dr. *Arthur Pontes Teixeira*, Diretor-Presidente da CAMPERJ.

Secretário de Estado da Receita

Por ato da Exma. Sra. Governadora do Estado, *Rosinha Garotinho*, vem de ser nomeado, para exercer o cargo de Secretário de Estado da Receita, o Procurador de Justiça-RJ, Dr. *Virgílio Augusto da Costa Val*.

Coordenadoria Militar do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Através do Decreto nº 32.768, de 11 de fevereiro de 2003, vem de ser criada a Coordenadoria Militar do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, instituída pela Resolução PGJ nº 1051, de 22.03.2002. A Coordenadoria em questão foi considerada pelo Governo Estadual como órgão de natureza militar, passando a contar com um efetivo de cerca de duzentos integrantes, inclusive policiais civis e servidores de outros órgãos públicos.

Tal medida proporcionará atuação nos Grupos de Apoio aos Promotores de Justiça (GAPs), servindo, igualmente, para a segurança dos membros do Ministério Público, bem como para a proteção das instalações materiais da Instituição.

A Coordenadoria Militar, que, desde fevereiro, é chefiada pelo Coronel-PM *Marcílio Faria da Costa*, está localizada no 4º andar do edifício-sede da PGJ.

Vale o registro de que, a partir de março, haverá um serviço de plantão, que funcionará em regime de 24 horas, proporcionando aos membros do Ministério Público apoio em qualquer emergência.

FEMPERJ homenageia o ex-Procurador-Geral de Justiça, Dr. José Muiños Piñeiro Filho

Realizou-se no dia 27 de fevereiro, na sede da Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro, situada na Travessa do Ouvidor 38, a cerimônia de descerramento da placa em homenagem ao Procurador de Justiça, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, que, até bem pouco, chefiou o nosso *Parquet*. A placa, situada no saguão de entrada da FEMPERJ, junto ao ingresso do pequeno auditório refrigerado, também inaugurado na ocasião e que passará a ostentar o nome de "Procurador de Justiça José Muiños Piñeiro Filho".

A cerimônia teve início com a saudação proferida pelo Procurador de Justiça, Dr. *Maurício Assayag*, Diretor-Executivo da FEMPERJ. Usou da palavra, igualmente, o Dr. *Antonio Vicente da Costa Júnior*, Procurador-Geral de Justiça, que, da mesma forma, expressou sua manifestação de apreço pelo homenageado.

Por fim, ouviu-se a fala de agradecimento do Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, seguindo-se o descerramento da placa pelo Procurador-Geral de Justiça e pelo homenageado.

Todos os pronunciamentos se deram de improviso.

Após a solenidade foi servido aos presentes um coquetel no auditório nobre, transformado, na ocasião, em salão de festas.

A festividade contou com bom número de Procuradores e Promotores de Justiça, valendo o registro das presenças, da parte do Ministério Público, dos Subprocuradores-Gerais de Justiça, Drs. *Carlos Roberto de Castro Jatahy* e *Élio Gitelman Fischberg*, da Corregedora-Geral do Ministério Público, Dra. *Dalva Pieri Nunes*, do Secretário Geral de Administração da PGJ, Dr. *José Luiz Martins Domingues*, do Chefe de Gabinete da PGJ, Dr. *José Carlos Paes*, do Dr. *Arthur Pontes Teixeira*, Diretor-Presidente da CAMPERJ e do Dr. *Roberto Abranches*, Presidente do CEPROJUS.

Anote-se, ainda, a presença do Procurador-Geral do Estado, Dr. *Sérgio Luiz Barbosa Neves* e do Desembargador *Thiago Ribas Filho*.

20 anos do Concurso de 1983

Realizou-se, no dia 14 de março, às 21 horas, no salão exclusivo do Porcão Rio's, situado na Avenida Infante Dom Henrique s/nº, no Aterro do Flamengo, coquetel seguido de jantar animado pelo DJ Alexandre Capelli, em comemoração pelos 20 anos de ingresso no Ministério Público da turma do Concurso de 1983, a terceira do novo Estado do Rio de Janeiro.

Naquele mesmo dia, às 12:20 horas, foi celebrada Missa em Ação de Graças na Igreja de Nossa Senhora do Parto, localizada na rua Rodrigo Silva, no Centro.

Eleição para Corregedor-Geral do Ministério Público

1. Realizou-se, no dia 14 de março do corrente ano, a eleição para a escolha do Corregedor-Geral do Ministério Público para o período 2003-2005.
2. Concorreram ao pleito os Procuradores de Justiça *Antonio Carlos da Graça de Mesquita*, *Denise Freitas Fabião Guasque*, *Luiz Roberto Saraiva Salgado* e *Pedro Moreira Alves de Brito*.
3. A Mesa receptora e apuradora das eleições estava assim composta:

Dr. *Luiz Sérgio Wigderowitz* – Presidente

Dr. *Renato Pereira França*

Dr. *José Augusto de Araújo Neto*

Dra. *Tânia Maria Salles Moreira*

4. A votação apresentou o seguinte resultado:

Denise Freitas Fabião Guasque – 64 votos

Antonio Carlos da Graça de Mesquita – 48 votos

Pedro Moreira Alves de Brito – 27 votos

Luiz Roberto Saraiva Salgado – 24 votos

Solenidade de posse da Corregedora-Geral do Ministério Público

1. Realizou-se, no dia 24 de março do presente ano, a cerimônia de posse da nova Corregedora-Geral do Ministério Público, Procuradora de Justiça, *Denise Freitas Fabião Guasque*. O ato teve lugar no auditório do 9º andar do edifício-sede do Ministério Público.

2. A Mesa que presidiu os trabalhos estava, assim, constituída: **Presidente:** Dr. *Antonio Vicente da Costa Júnior*, Procurador-Geral de Justiça. **Membros:** Dra. *Dalva Pieri Nunes*, Corregedora-Geral do Ministério Público; Dr. *Ertulei Laureano Matos*, Subprocurador-Geral de Justiça de Administração; Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, ex-Procurador-Geral de Justiça; Dr. *Thiers Montebello*, Presidente do Tribunal de Contas do Município; Dr. *Péricles Aurélio Lima e Queiroz*, Presidente do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União; Des. *Paulo Sérgio Fabião*, Vice-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral; Dr. *Roberto Bandeira Pereira*, Subprocurador de Justiça para Assuntos Institucionais e Procurador-Geral eleito do Rio Grande do Sul; Dr. *Miguel Bandeira Pereira*, Subcorregedor do Ministério Público do Rio Grande do Sul; Dra. *Aída Glanz*, Procuradora-Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região, neste ato representando o Procurador-Geral do Trabalho.

3. Formada a Mesa deu-se, então, o ingresso da Procuradora de Justiça *Denise Freitas Fabião Guasque*, Corregedora-Geral eleita, que foi conduzida à Mesa de Honra pelos Procuradores de Justiça *Celso Fernando de Barros* e *Carlos Antonio da Silva Navega*, ao som de um número musical, com a participação da soprano Flávia Fernandes, acompanhada ao violoncelo por Paulo Santoro e, ao violão, por Felipe Freire.

4. Todos de pé, ouviram o Hino Nacional Brasileiro cantado pela soprano Flávia Fernandes, acompanhada pelo violoncelista Paulo Santoro e pelo violonista Felipe Freire.

5. Seguiu-se o compromisso da nova Corregedora-Geral perante o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça.

6. A cerimônia ganhou andamento com a leitura do termo de posse pela Procuradora de Justiça, Dra. *Márcia Álvares Pires Rodrigues*, na qualidade de Secretária do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, seguindo-se àquele ato a transmissão do cargo.

7. Ouviu-se, em seguida, o pronunciamento da Procuradora de Justiça, Dra. Dalva Pieri Nunes, cujos dizeres vão abaixo transcritos:

“Realiza-se hoje a cerimônia de posse da nova Corregedora-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, eleita em votação uninominal e secreta, guindada, portanto, ao honroso cargo por direito próprio.

Aqueles que elegem o Corregedor-Geral do Ministério Público buscam quem tenha sempre dado à sua vida institucional um sentido ético, informado pela boa-fé, e que tenha experiência bastante para tornar-se o elo de ligação entre a nova geração de membros do *Parquet*, submetidos ao estágio probatório, e a geração dos mais antigos.

Ao assumir pela primeira vez o cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público, há quatro anos atrás, fiz questão de registrar, no discurso de posse, a minha visão institucional da Corregedoria: um órgão eminentemente técnico, independente e imparcial, ao largo das disputas políticas internas, sempre transitórias e permeadas por interesses pessoais.

Declarei, também, meu propósito de orientar, sem prejuízo da implementação de medidas disciplinares e punitivas, quando necessário, para manutenção da regularidade dos serviços, preservando os princípios éticos fundamentais da Instituição.

Senti-me honrada pelo apoio que recebi em minha reeleição, em 2001, com expressiva representatividade, sendo o meu nome sufragado por 70% dos votantes, em inequívoca manifestação de apreço e de autenticação do trabalho até então realizado, dentro daqueles parâmetros fixados, com transparência, no primeiro discurso de posse.

Hoje, ao encerrar o meu segundo mandato, é com incomum satisfação que transmito o cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público à Exma. Procuradora de Justiça, Dra. Denise Freitas Fabião Guasque, detentora de brilho próprio que advém de *curriculum* institucional impecável, cultura jurídica, firmeza de propósitos e inabalável compromisso com a ética.

Além do mais, Sua Excelência ainda conta com a vantagem da experiência em sede correicional, pois integrou a minha equipe de assessores desde o primeiro dia do meu primeiro mandato, inicialmente como Promotora de Justiça assistente, e mais tarde como Subcorregedora-Geral. Nossa homogeneidade de idéias, tenho certeza, implicará na saudável continuidade dos projetos desenvolvidos nos últimos quatro anos, continuidade que de modo algum se confunde com o continuísmo, como equivocadamente afirmado, por outros candidatos, em cartas enviadas aos membros do Colégio de Procuradores de Justiça.

Em discurso de encerramento de gestão, penso ser necessário fazer uma breve *prestação de contas*, e nessa esteira registro que, administrativamente, sistematizei e reorganizei os diversos setores da Corregedoria, objetivando um controle mais eficiente da atividade-meio, já estando quase totalmente implementado o projeto de informatização, para suprir as necessidades de controle e gerenciamento de informação.

Nesse passo, consoante dados fornecidos pela nossa eficiente divisão de apoio, de 1999 a 2002 tramitaram na Corregedoria um total de 2038 *processos administrativos lato sensu*, abrangendo todas as matérias de competência do Órgão, sendo recepcionada uma *carta precatória* para cumprimento. Foram também expedidos 2.713 *ofícios* e 56 *ofícios-circulares*, bem como 86 *Avisos* e 41 *Portarias*, devidamente publicadas no Diário Oficial, dentre estas destacando-se a Portaria nº 44, verdadeiro Código de Ética do Ministério Público, contendo 59 *recomendações de caráter geral*, diretamente relacionadas com a atuação funcional dos membros do *Parquet*, disponível para consulta, na INTERNET, no site do Ministério Público, no espaço próprio da Corregedoria-Geral.

No que tange ao *Estágio Confirmatório*, demos maior efetividade às normas das Deliberações nº 29, de 1995 e 43, de 2001, do Conselho Superior, visando ao eficaz acompanhamento do Promotor de Justiça em estágio, tendo a Corregedoria implementado cerca de noventa e uma reuniões periódicas, além

das organizadas pelos Supervisores de matéria e de ética, tendo como tema questões institucionais, notadamente improbidade administrativa, previdenciário, eleitoral, júri, JECRIM e princípios do Ministério Público.

Foram instaurados, concluídos e encaminhados ao Conselho Superior 188 processos de vitaliciamento, referentes a quatro turmas de Promotores de Justiça, aprovados nos vigésimo, vigésimo-primeiro, vigésimo-segundo e vigésimo-terceiro concursos, sem prejuízo da remessa semestral ao Colegiado, por meio do protocolo-geral, de cópias de todos os boletins de avaliação emitidos pelos supervisores, para ciência e eventuais sugestões.

Atualmente, encontra-se em andamento o estágio confirmatório referente aos concursos XXIV e XXV, com 81 Promotores sob supervisão, sendo lançadas na INTRANET todas as reuniões agendadas com os supervisionados.

O *Estágio de Acadêmicos de Direito* foi reestruturado, e após quase um ano de paciente negociação conduzida exclusivamente pela Corregedoria-Geral, foi firmado Convênio de Cooperação com a Ordem dos Advogados do Brasil, em 24 de fevereiro de 2000, sendo também editado o novo Regulamento do Estágio Forense, por meio de Resolução Conjunta com o Exmo. Senhor Procurador-Geral de Justiça.

Tive a satisfação de empossar 376 acadêmicos, sendo que 117 selecionados, pela primeira vez na Instituição, mediante concurso público, realizado em parceria com a FEMPERJ, estando hoje esta forma de admissão definitivamente incorporada à nova Lei Orgânica Estadual, em vigor desde janeiro do corrente ano.

Relativamente aos procedimentos disciplinares, adotei como regra a instituição de uma fase preambular à instauração de sindicância, promovendo a notificação do colega alvo de representação para manifestar-se a respeito dos fatos noticiados, sendo certo que o sigilo e a ampla defesa sempre foram respeitados como verdadeiros dogmas. Cabe registrar que a instituição desta fase prévia fora objeto de debates num dos Encontros do

Conselho Nacional de Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, tendo sido avaliada como salutar, em respeito ao próprio membro do Ministério Público alvo da representação.

Observado esse norte, foram instauradas e concluídas 57 *sindicâncias*, equivalentes ao processo disciplinar sumário, na nomenclatura da nova Lei Complementar Estadual, e um processo disciplinar ordinário, sendo também expedidas 100 *recomendações individuais* em outros feitos de natureza disciplinar.

Com relação às *inspeções*, apesar da reduzida equipe da Corregedoria-Geral, integrada nos dois biênios por apenas três membros do Ministério Público - um Subcorregedor-Geral e dois Promotores Assistentes -, foram realizadas 119 *visitas de inspeção*, na capital e no interior do Estado, objetivando apurar, basicamente, a regularidade do serviço e as condições materiais e administrativas dos órgãos de execução, propiciando a captação de problemas específicos, no contato direto com a realidade de cada qual.

O questionário de inspeção adotado foi elaborado pela minha equipe, sob a minha coordenação, e também encontra-se disponibilizado na INTRANET, de forma a permitir que os Promotores de Justiça tenham prévia e plena ciência do que é avaliado pela Corregedoria-Geral, nas inspeções.

No setor de *Estatística*, foi implantado o relatório *on line*, possibilitando ao Promotor de Justiça alimentar diretamente no sistema os dados estatísticos do seu órgão de execução.

Concomitantemente, foram elaborados novos modelos de relatórios, com a indispensável aprovação das Coordenadorias Institucionais, devidamente inseridos na INTRANET e disponibilizados para *download*. Hoje, temos 12 modelos de relatórios, abrangendo todas as diversificadas frentes de atuação do Ministério Público, inclusive um modelo de relatório para inspeção em estabelecimentos prisionais.

No âmbito nacional, como representante do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro junto ao Conselho Nacional de Corregedores-Gerais do

Ministério Público dos Estados e da União, procurei dignificar o nome de nosso Estado, participando de 14 Encontros Nacionais em diferentes Estados da Federação, sendo por duas vezes eleita para integrar a diretoria do Colegiado, inicialmente para o cargo de secretário, em novembro de 1999, e posteriormente para a 1ª Vice-Presidência, em dezembro de 2000. O resumo dos temas discutidos nas reuniões do Conselho Nacional e as conclusões aprovadas também estão disponibilizados para consulta, na nossa INTRANET e na INTERNET, no *site* do Ministério Público, no espaço próprio da Corregedoria-Geral.

No final de meu primeiro mandato, em outubro de 2000, a Corregedoria-Geral do Ministério Público Fluminense foi anfitriã do XXII *Encontro do Conselho Nacional*, evento inteiramente planejado e organizado por nossa equipe de trabalho, com o apoio da Chefia do *Parquet* e da FEMPERJ, prestigiado com a presença de vinte e dois Corregedores-Gerais das diversas unidades da Federação. No decorrer do conclave, resgatando a memória institucional, foi inaugurada a galeria de fotos de ex-Corregedores-Gerais do Ministério Público do Rio de Janeiro.

Senhoras e Senhores: este é um momento festivo para a nova Corregedora-Geral eleita, cônica das responsabilidades que decorrem do exercício do *munus*. Mas é igualmente alegre para esta Procuradora de Justiça que deixa o cargo, segura de que cumpriu o seu dever, conduzindo a Corregedoria-Geral do Ministério Público ao longo de dois biênios de forma apolítica, com isenção, imparcialidade e firmeza nas decisões, orientando mas também recolocando nos devidos lugares os eventuais desvios, sem espaço para o corporativismo.

Finalizando, desejo expressar os meus *agradecimentos* aos operosos funcionários da Corregedoria-Geral, sempre incansáveis apesar de historicamente preteridos nas benesses de ordem vencimental; à minha assessoria, integrada pelos Promotores de Justiça Júlio Roberto Costa da Silva e Celso de Andrade Loureiro e pela Procuradora de Justiça, Dra. Denise Freitas Fabião Guasque, pelo alto

nível do suporte que me foi prestado, intelectual e emocional, material e espiritual, bem como ao Procurador de Justiça, Dr. Ertulei Laureano Matos, hoje Subprocurador-Geral de Administração e que muito me auxiliou, no primeiro ano do meu primeiro mandato, como Subcorregedor-Geral; e a todos os Promotores e Procuradores de Justiça que, com a sua confiança, apoio e solidariedade, sobretudo nos momentos difíceis, me ajudaram a chegar a bom termo, concluindo com êxito a árdua missão.

Já dizia o pensador que “fazer crítica, destruir, não é difícil: o último aprendiz de pedreiro sabe cravar sua ferramenta na pedra nobre e bela de uma catedral. Construir: esse é o trabalho que requer mestres”.

Com orgulho, posso dizer que ao término de minha gestão e em mais de duas décadas de dedicação exclusiva a esta Instituição, nunca me empenhei em destruir, procurando apenas assentar a minha pequena pedra nessa esplendorosa catedral que é o nosso Ministério Público. Dele muito recebi, porque o que recebemos é sempre o retorno do que damos.

Muito obrigada.”

8. Após, fez uso da palavra o Procurador de Justiça *Luiz Sergio Wigderowitz*, falando em nome do Colendo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça. Seu pronunciamento deu-se nos termos seguintes:

“Reúne-se hoje, em sessão solene, este Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para um momento de festa e de grande importância para a Instituição, qual seja a posse da Dra. Denise Freitas Fabião Guasque no cargo de Corregedora-Geral do Ministério Público de nosso Estado.

Sucedendo nossa colega Dalva Pieri Nunes, a Dra. Denise assume o importante cargo, escolhida pela classe dentre quatro excelentes colegas, todos merecedores da distinção, após um pleito democrático em que todos se portaram à altura da dignidade e da grandeza de nossa Instituição.

Honrado com a escolha deste Órgão Especial para presidir aquele pleito, tive ocasião de elogiar a forma

correta e digna com que foram conduzidas, por todos os concorrentes, as campanhas eleitorais e a própria eleição, o que ora reitero de público.

O nome da Dra. Denise foi o preferido pelo Colégio dos Procuradores de Justiça, em uma feliz coincidência, por estarmos dentro do mês em que se comemora o Dia Internacional da Mulher, lembrando e festejando a importante contribuição que elas vêm dando para o progresso da humanidade.

O Jornal do Brasil de ontem trazia uma interessante crônica de conhecido escritor, sobre as musas, lembrando que na cultura clássica greco-romana, as musas tinham relevante papel, não só de inspiradoras, mas de efetivas realizadoras, das artes e da ciência e sua participação no progresso da Sociedade é até hoje louvada.

Entretanto, em nosso tempo, a mídia banalizou essa imagem, criando e logo depois destruindo falsas musas, de vida efêmera, que o autor compara às borboletas, mas que, na verdade, fazem parte de um processo da degradação da mulher, transformando-a em objeto, cujo único atributo seria a beleza física, para comprazer aos espectadores e atrair consumidores para os produtos de seus patrocinadores.

Mas ainda existem entre nós as verdadeiras musas, que, a despeito de qualquer atributo físico, ostentam uma outra espécie de beleza, muito mais importante, que é a beleza de caráter, de competência e de honradez.

Felizmente, o mundo tem evoluído e hoje temos a consciência de que o papel da mulher na Sociedade moderna vai muito além disso e inúmeros são os exemplos, inclusive dentro do nosso Ministério Público, das contribuições da maior relevância que mulheres de enorme valor têm trazido para o avanço da humanidade, demonstrando, diuturnamente, que em nada são inferiores aos homens e muitas vezes lhes superam os atributos e as façanhas.

Superar o preconceito não é uma vitória apenas das mulheres, mas de toda a humanidade. Todo preconceito, toda e qualquer forma de discriminação, toda acepção de pessoas é odiosa e é, acima de tudo, sinal de atraso, de barbárie.

Congratulo-me, portanto, e agradeço a essas mulheres corajosas e empreendedoras que ajudaram a derrubar o odioso preconceito do machismo, fruto da ignorância e do atraso do ser humano.

Assim é a nossa homenageada de hoje. Não que lhe falem atributos físicos. Ao contrário, sua juventude, sua beleza, sua graça, sua esmerada educação, nos encantam a todos os que temos oportunidade de com ela partilhar os espaços de trabalho. Porém, sabemos que suas virtudes não param aí, mas vão muito além, mostrando-se sempre capaz de ombrear e mesmo superar, no exercício de suas atividades profissionais, com qualquer colega, independente de sexo, idade ou outro qualquer atributo accidental dessa natureza.

E, certamente, foi esse somatório de qualidades que levou-a à escolha para as elevadas funções a que ora assoma.

Não hesitamos, pois, em afirmar que a Dra. Denise é amplamente merecedora de todas as homenagens que lhe são prestadas e digna de se festejar, com alegria e entusiasmo, esta sua justa ascensão.

Assalta-nos, porém, a dúvida se o momento que vivemos, abstraindo os méritos de nossa homenageada, apresenta-se propício a festas e comemorações.

No mundo, uma guerra de difícil compreensão e impossível aceitação; no Brasil, um momento de apreensão e expectativa, na espera de reformas que já se fazem tardar e de atitudes efetivas dos governantes que restituam ao coração do povo a confiança em nosso futuro e a paz indispensável ao trabalho honesto e produtivo dos cidadãos. Em nosso Estado, talvez mais do que em outros recantos do País, a grande intranquilidade gerada pela escalada, até agora incontida, da criminalidade e da violência urbana, assumindo proporções de verdadeira guerrilha sem ideologia.

Particularmente no nosso Ministério Público, o ambiente se mostra sombrio, pois recebemos ataques externos daqueles a quem nossa atividade incomoda, pois não gostam de ser fiscalizados nem cobrados

de suas faltas e omissões, mas também internamente, onde as freqüentes disputas eleitorais, lamentavelmente, têm feito aflorar atitudes inaceitáveis de uma minoria, que coloca os interesses pessoais (muitas vezes, mesquinhos) acima daqueles outros muito mais relevantes da própria Instituição e não hesitam em investir contra a honra e a dignidade dos colegas e a própria credibilidade e prestígio do Ministério Público perante a opinião pública, inclusive através dos meios de comunicação de massa.

Esse, pelo menos na minha visão pessoal, o quadro – externo e interno – perante o qual a Dra. Denise assume a altíssima função de Corregedora-Geral.

Volto então a indagar: haverá clima para festa ?

Mas, de imediato, ousou afirmar, com a mais forte convicção, que **sim**.

Há muito o que festejar.

Permito-me um breve momento de nostalgia para dizer que esse ano completo 40 anos de vida dentro do meu querido Ministério Público, onde ingressei nos idos de 1963, ao fim de um concurso público de provas e títulos dos mais concorridos, primeiro a ser realizado após a mudança da capital para Brasília, quando o Rio de Janeiro deixou de ser o Distrito Federal e iniciou sua vida autônoma, então como Estado da Guanabara.

Desde então, presenciei e vivi muitos momentos bons de crescimento, de realizações e conquistas, mas, também, muitas passagens de crise, de dificuldades e de lutas, e a experiência me ensinou que, muitas vezes, é nos piores momentos que se revelam as pessoas de maior valor, capazes de superar todos os obstáculos, de sacrificar seus interesses imediatos e dedicar-se, com denodo e eficiência, à superação dos problemas da Instituição, para conduzi-la às mais significativas conquistas.

Como disse SAINT-EXUPÉRY: “O ser humano revela a sua verdadeira força quando se defronta com os obstáculos.”

Ou ainda, na feliz expressão de MAURIAC: “É bom trabalhar em hora de paz; mas trabalhar para o bem

comum em meio às tribulações, às dificuldades e às contradições, é ainda melhor. O trabalho então é muito mais fecundo.”

Estou convencido de que a Dra. Denise é uma dessas pessoas, que se revela na dificuldade e que poderá trazer muitos benefícios para nosso *Parquet* nesses momentos difíceis que vivemos, colocando, a serviço do bem comum, toda a sua energia, coragem e capacidade.

Tenho a certeza de que os destinos da Corregedoria serão conduzidos, tal como o foram até aqui, com coragem e firmeza, mas, ao mesmo tempo, com o equilíbrio e a tranquilidade que essa difícil função exige.

Por todos esses motivos é que reafirmo minha convicção de que o momento é de festa e mais do que merecidas as homenagens à nossa nova Corregedora-Geral.

Dra. Denise Freitas Fabião Guasque, de todo o coração, desejo-lhe todas as felicidades no exercício de suas novas funções. Que Deus a abençoe e guarde, com seu marido e seus filhos e conduza com segurança e eficácia o seu trabalho.”

9. Por fim, foi a vez da nova Corregedora-Geral do Ministério Público, Dra. *Denise Freitas Fabião Guasque*, dirigir-se aos presentes. São suas palavras:

“Início minha fala para abrir publicamente meu coração e agradecer a todos os colegas que tanto me ajudaram a chegar ao final deste processo eleitoral. A ajuda não foi só captando votos, buscando os membros do Colégio de Procuradores, objetivando dar um testemunho do meu trabalho como Subcorregedora-Geral, mas também me dirigindo palavras amigas e afetuosas, mesmo quando sangrava em minhas costas a punhalada da injustiça, da mesquinharia, da vileza, da vaidade desmedida, que infelizmente também atinge alguns membros de nossa Instituição.

Penso e tenho a firme certeza, ao ver a trajetória percorrida, de que a vitória expressiva que tive, considerando não ter feito nenhuma coligação, atendendo apenas a vontade livre e dirigida de

fielmente cumprir um programa de administração, superando a inveja e as maledicências, é um somatório de conquistas que vim adquirindo ao longo de toda a minha vida.

E, nesta trajetória, seria injustiça deixar de registrar publicamente a forte influência recebida de meus amorosos pais, Elias e Olga, símbolos verdadeiros de virtude, amor, solidariedade, respeito e dedicação aos mais necessitados. Meu marido, amigo e companheiro, Luiz Fabião Guasque, que, em seu silêncio, ameniza as dores da injustiça, estimula a luta pela ética e por uma Instituição independente e forte, apta a fazer valer as conquistas constitucionais obtidas. Meus filhos, Paloma Maria e João Luiz, que concordaram com a falta, abrindo mão de um maior espaço familiar, para que eu possa lutar por um projeto de Ministério Público, o qual não os inclui num primeiro momento, mas tenho certeza de que os afetará como membros integrantes de uma sociedade que busca a ética, a solidariedade, o respeito aos princípios e objetivos do Estado de Direito Democrático. As práticas democráticas começam no seio familiar, e meus amados filhos concordaram em se inserir nessa luta, apesar da tenra idade, e de serem jovens para avaliar. Mas o certo é que avaliaram!

Nos dias de hoje, o Ministério Público, como expressão de um processo no Brasil que procura vencer o desafio da efetividade de direitos do nosso povo, é uma elite representativa da virtude.

Essa virtude nos submete a colocar o interesse público sempre à frente do individual. E, nesse aspecto, a Corregedoria-Geral do Ministério Público desempenha a função de preparar todos para lutar pelos nossos valores essenciais e corrigir desvios comprometedores dos ideais desse grupo, expressão maior da luta pela Democracia e pelos interesses da sociedade.

Que ventura pertencer a esse grupo! Quem poderá deixar de bem querê-lo?

Como não haveria eu de amá-lo, se está em cada dobra da minha alma, em cada lembrança da minha mocidade, em cada conta do meu terço?

A atuação da nossa Corregedoria deve cultivar sempre a mocidade. Não aquela consumida pelos anos, gasta, corroída, mas outra, que está por cima do tempo e contra a qual ele não tem poder. É a do espírito, valente, prazenteiro e folgazão; que não se encoleriza, a não ser para açoitar os vendilhões do tempo; não se impacienta e nem sequer se irrita, mesmo quando tem de ser enérgico na cauterização dos erros; é sempre calmo, tranqüilo e sereno, não se agasta nem se zanga. A Corregedoria não é apenas escola para os novos colegas, é ainda lugar onde os Promotores aprendem a santidade.

Quem aspira a ser bom Promotor de Justiça precisa amoldar-se a si próprio. Há de burilar-se a fim de apresentar-se à sociedade mais do que um homem de bem: como santo e como sábio. Tudo quanto diz e faz de nada valerá, se não der exemplo de virtude em sua vida missionária.

O contato com a Corregedoria deve, impreterivelmente, levar nossos colegas à maturidade, à idade da plenitude e da realização. Se nos falta o ardor dos vinte anos, temos, para contrabalançar, o pensamento sedimentado; expungido de preconceitos científicos e de prevenções pessoais, graças à compreensão que a experiência da vida vai trazendo.

Pretendemos participar de um processo que torne o Promotor de Justiça mais apto e produtivo. As dores vistas ou sofridas devem despertar nele a bondade natural jazida no fundo da alma, e tem de ser cultivada. Deve dominar o orgulho, esse fantasma estúpido que finge exaltar o homem, mas na verdade o amesquinha, desmascarando a vaidade fátua, não enobrecedora e degradante.

Pretendemos contribuir para que, na medida em que nossos Promotores avancem nos itinerários da vida institucional, alarguem seus corações, tornando-se mais humanos e fazendo-os tender para aquela perfeição que, na velhice, os farão mais divinos, mais à imagem e semelhança de Deus.

Em poucos misteres há tanta oportunidade de polir a vontade, cultivar a virtude e praticar o bem. De exercer a justiça e a caridade.

A modernização da Corregedoria, com sua

informatização plena e interiorização, é uma conquista que devemos atingir e cultivar, de forma a responder prontamente angústias tão comuns como: Quem somos como membros do Ministério Público? Para que e quem trabalhamos? E para onde vamos?

Nossos colegas não podem ser apenas profissionais deixados à deriva num mar de procelas e de dúvidas, mas sempre preparados para encontrar o rumo certo em todas as situações da vida institucional. Devem estar aptos a ouvir, em silêncio, o que em seu redor murmurarem, compreendendo coisas que a razão solitária não entenderia. Não é pela ciência que se chega até lá, pois esta eles a têm, já provaram, é pela sabedoria. A razão é soberba, a Fé, humilde.

Devemos distinguir aqueles que não assistem indiferentes à desgraça dos miseráveis, aqueles que só beijos podem dar aos filhos que lhes pedem pão. Os que não toleram ver as mãos do lavrador dando fartura aos outros e não levando para casa o alimento. E depois de idosas e imprestáveis, tenham que se estender para pedir.

Pretendemos salientar aqueles que vão ao encontro delas e lhes estendem mãos que podem abençoar, para dar-lhes o que, de Direito, lhes pertence.

O mundo vive um momento em que, em vez de se prometer comida, inculca-se a redenção pela luta e pelo ódio. No nosso Ministério Público não tem sido diferente. Ao invés de amor, pregam a ira. Em lugar de virtude pura, ilibada, mais bela que a beleza, exaltam a *utilidade*.

Em vez de promoverem a harmonia, assanham as massas, excitam, enfurecem, encolerizam. Não devemos pensar que grupos turbulentos arremessados às cegas contra tudo, ensinados a odiar e a destruir, possam um dia fazer um Ministério Público onde reine justiça e liberdade!

A salvação não se encontra no caminho da inveja, da desunião, da intriga, do ódio, da desordem, do desrespeito à hierarquia! Não devemos crer que essa pobre gente, ludibriada por tão nefastos guias, traga no peito as mais nobres virtudes, capazes de,

futuramente, nos tornar mais felizes.

Os pregoeiros de uma nova ordem querem substituir o velho e são patriotismo por um “nacionalismo” curioso, que subjuga o nosso Ministério Público a bandeiras estranhas e asfixia a manutenção da nossa independência.

Nacionalistas havemos de ser e sempre o fomos, mas não como eles querem, a *serviço de interesses pessoais*. Não é lícito usar o Ministério Público, e ainda menos, reduzi-lo a nada em favor de outros homens.

Queremos para todos o respeito às prerrogativas institucionais e à dignidade humana, dando continuidade às lutas travadas pelos mais antigos, que trouxeram o nosso Ministério Público até o patamar em que hoje se encontra. Atualmente vivemos o encontro do novo com o mais velho, sintetizando o amor e o respeito por tudo que foi conquistado, e o que ainda resta ser alcançado.

Não se trata de continuísmo, mas de continuidade, dando segmento a um Ministério Público ativo e forte.

Devemos experimentar o desejo de infundir esperança em quem desmaia, de espalhar consolo, de prodigalizar todas as bênçãos, de ser caudal de indulgências e de a todos dirigir aquelas expressões que sabem elevar.

Sabemos que, por vezes, é preciso subjugar a resistência pela força, empregar, inclusive, a violência para derrotar a iniquidade. Mas é equivocado e desumano supor que ela se legitima sempre e que exclui o apelo às soluções pacíficas e incruentas.

Se desprezarmos nossos valores eternos, toda a nossa chama sacrossanta se transmuta em ódio e obsessão contra os que se lhes opõem. O rancor entranhado forma uma trincheira em cada grupo de amigos, fazendo com que aceitem e repitam, sem maior exame e sem discussão, os oráculos de seus pastores tidos como infalíveis. Assim, professam e aplaudem a revelação de alguém que se arvorou em redentor, embora sem autenticar suas afirmações gratuitas com os sinais de sua autoridade.

Mas, enfim, meus amigos, o ato que neste

momento nos reúne é, certamente, e deve ser, a festa do conagraçamento, o espetáculo do regozijo, a solenidade da satisfação, que faz esquecer as divergências, apaga os mal-entendidos, anistia as ofensas e a todos reconcilia, harmoniza e pacifica, num abraço fraterno de colegas e amigos.

Nesses anos de convívio como Subcorregedora, inúmeros devem ter sido os desacordos, porque, afinal, cada um de nós pensa e age com total independência, com aquela autonomia dos que não se vergam, não se dobram e não se curvam, *a não ser diante do que lhes parece acertado.*

Mas hoje, aqui, vamos provar que a altivez não se confunde com a malquerença e que a defesa intransigente das idéias não deve, nem por um instante, sufocar a tolerância e a indulgência para com as pessoas.

Por fim, tenho esperança de que todos sintam, um dia, que o mau evento alcança todos nós, a família do Ministério Público, e que, na desgraça, tomamos consciência do nosso parentesco. Eu, de mim, faço o possível para enraizar, cada vez mais, em nosso meio, o sentimento familiar de união e solidariedade.

A Corregedoria sempre estará aberta e pronta a demonstrar aos colegas que não somos seus adversários, mas amigos leais, e que fazemos votos sinceros de que todos se saiam maravilhosamente na sua carreira. Asseguro-lhes que jamais se arrependerão de bater à nossa porta, pois nosso objetivo é prepará-los, transformar os semblantes apreensivos em sorridentes, passar-lhes a sensação de segurança, de modo que reconheçam na nossa equipe um grupo de velhos amigos.

Quero registrar meu agradecimento aos meus amigos Procuradores de Justiça, Dr. Geraldo Antônio Rangel Coutinho e Dr. Antonio José Martins Gabriel, que aceitaram o encargo de atuarem como Subcorregedores-Gerais, e aos Promotores de Justiça Dr. Orlando Carlos das Neves Belém, Dra. Nizete de Azevedo Oliveira, Dra. Ana Paula Rocha e Dr. Celso de Andrade Loureiro, que atuarão como Promotores Assistentes da Corregedoria-Geral, abrindo mão da liberdade e independência inerentes ao exercício da função ministerial junto ao órgão de execução, para

auxiliar a Corregedoria- Geral.

Não lhes ofereço flores, apenas trabalho; a pouca compreensão de muitos e a possibilidade de serem erroneamente julgados pela classe.

Mas estou certa de que cada um dos colegas que integra a nova equipe da Corregedoria-Geral tem a firme certeza da importância e necessidade de se doar à Instituição, a qual tanto amamos e respeitamos, e, só por isso, aceitaram este encargo.

Os amigos que hoje se despedem da Corregedoria-Geral não estão de forma alguma saindo deste Órgão da Administração Superior, mas apenas se afastando por questões múltiplas. A Procuradora de Justiça, Dalva Pieri Nunes, deixa o cargo por não poder mais ser reconduzida, e com a certeza do dever cumprido, mas permanecerá ligada a elos de amizade e respeito. O colega Julio Roberto que, por questões pessoais, a partir de abril, não mais integrará a equipe de Assistentes, continuará a nós ligado por laços de respeito, carinho e amizade profunda.

Peço a Deus que nos ajude, abençoando-nos, diuturnamente com a prudência dos sábios e a calma dos justos, pois somos humanos, sujeitos a todos os pecados inerentes à mortalidade. O acalanto que nos resta é a certeza, para quem chega, de estarmos cumprindo nosso dever, e, para quem sai, de ter fielmente levado a termo essa difícil tarefa.

A todos os presentes, parentes e amigos, o meu mais profundo obrigado por compartilharem juntos um momento tão importante e grandioso da vida da nossa Instituição.

Aqueles que amesquinham a Instituição em prol de interesses menores, dou de ombros e, também, um olhar piedoso, pois a falta de amor e humildade compromete a grandeza de nosso caminhar.

Muito obrigada."

10. Com a saudação, feita de improviso, do Procurador-Geral de Justiça, Dr. Antonio Vicente da Costa Júnior, deu-se o encerramento da cerimônia.

11. Terminada a solenidade, no *foyer*, anexo ao salão nobre da Procuradoria Geral de Justiça, foi servido aos presentes um coquetel.

12. A cerimônia contou com a presença de expressivo número de Procuradores e Promotores de Justiça, cumprindo destacar, da parte do Ministério Público, o comparecimento do Dr. *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento, do Dr. *Élio Gitelman Fischberg*, Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Jurídicos, do Secretário-Geral de Administração, Dr. *José Luiz Martins Domingues*, do Dr. *Arthur Pontes Teixeira*, Diretor-Presidente da CAMPERJ, do Dr. *Hugo Jerke*, Diretor-Executivo da FEMPERJ, Dr. *Roberto Abranches*, Presidente do CEPROJUS, dos ex-Procuradores-Gerais de Justiça Drs. *Carlos Antonio da Silva Navega* e *Atamir Quadros Mercês*. Anote-se, ainda, a presença dos seguintes membros do OECPJ: Drs. *Luiz Sérgio Wigderowitz*, *Celso Fernando de Barros*, *Carlos Antonio da Silva Navega*, *João Baptista Lopes de Assis Filho*, *Adolfo Borges Filho*, *Ertulei Laureano Matos*, *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea*, *Sergio Bastos Viana de Souza* e *Francisco Antonio Souto e Faria*.

Averbe-se, outrossim, a presença do Promotor de Justiça, Dr. *Astério Pereira dos Santos*, atual Secretário de Estado de Administração Penitenciária e do Procurador de Justiça, Dr. *Virgílio Augusto da Costa Val*, atual Secretário de Estado da Receita, assim como do Desembargador *Angelo Moreira Glioche*, da Dra. *Léa Pontes Castello Branco*, Subsecretária de Estado de Trabalho, no ato representando o Secretário de Estado de Trabalho, Dr. *Marco Antonio Lucidi*, bem como do Dr. *Paulo Silveira Martins Leão*, Presidente da Associação de Juristas Católicos, no ato representando o Arcebispo do Rio de Janeiro, D. *Eusébio Oscar Sheid*.

XII e XIII Concursos do Ministério Público (Resgatando a memória)

Como sabido, a *Revista do Ministério Público* teve interrompida sua publicação no período compreendido entre 1991 e 1994. Portanto, durante 04 anos, a “Memória” do *Parquet* não pode registrar os diversos concursos ocorridos naquele período. Aproveitando a oportunidade de que os concursos de 1992 e 1993 vêm de complementar dez anos, é chegado o momento de resgatar um pouco da “Memória” daqueles dois eventos marcantes para a nossa Instituição e que ficaram sem registro na época oportuna em função dos motivos expostos:

XII Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público

1. CONSTITUIÇÃO DA COMISSÃO DE CONCURSO

Membros titulares: Drs. *Paulo Ferreira Rodrigues*, *Maurício Helayel*, *David Milech*, *Evangelina Fontelas Rosado Spinelli* e *Neje Hamaty*.

Membros suplentes: Drs. Cezar Romero de Oliveira Soares, Dalva Pieri Nunes, Irenice Nunes de Azevedo Lima, Leny Costa de Assis e Eduardo Othelo Gonçalves Fernandes.

2. BANCA EXAMINADORA

2.1 Banca de Direito Penal

Presidente: Dr. Sergio Demoro Hamilton.

Direito Penal Comum

Dr. Hamilton Carvalhido (titular); Drs. Antonio José de Azevedo Pinto 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 Cassar Ferraz Alves (suplentes).

2.2 Banca de Direito Civil

Presidente: Dr. Valneide Serrão Vieira.

Direito Civil

Dr. Paulo Ferreira Rodrigues (titular); Drs. Leonardo de Souza Chaves e Décio Luiz Gomes (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. Ronaldo de Medeiros e Albuquerque.

(*) A banca não foi indicada pela Gerência de Suporte aos Concursos.

Direito Constitucional

Dr. Francisco das Neves Baptista (titular); Drs. Celso Benjô e Adolfo Borges Filho (suplentes).

Direito Administrativo

Dr. Ronaldo de Medeiros e Albuquerque (titular);
Dr^{as}. Marija Yrneh Rodrigues de Moura e
Heloísa Helena Gomes Barbosa (suplentes).

Princípios Institucionais do Ministério Público

Dr. Marfan Martins Vieira (titular); Drs. Luiz Otavio de Freitas e Vera Maria Barreiras Jatahy (suplentes).

3. CANDIDATOS INSCRITOS: 1.341.

3.1 QUE COMPARECERAM À PROVA PRELIMINAR: 1.217

3.2 CANDIDATOS APROVADOS: 18

3.3 CANDIDATOS EMPOSSADOS: 18.

4. CLASSIFICAÇÃO FINAL DOS CANDIDATOS:

- 1º Simone Domingues Coachman
- 2º Luciana Maria Vianna Direito
- 3º Ana Paula Petra Lopes de Carvalho
- 4º Sergio Eduardo da Cunha Leal Carneiro
- 5º Marcia Cunha Silva Araujo de Carvalho
- 6º Claudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos
- 7º Rubem José Bastos Vianna
- 8º João Ricardo da Silva Ferrari
- 9º Claudio Henrique da Cruz Viana
- 10º Homero das Neves Freitas Filho
- 11º Renata Maria Cabo de Miranda
- 12º Ellis Hermydio Figueira Junior
- 13º Claudio Varela
- 14º Marcio José Nobre de Almeida
- 15º Alexandre Viana Schott
- 16º João Reginaldo Cardoso da Silva
- 17º Marcia Teixeira Velasco
- 18º Alexandre Murilo Graça

XIII Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público

1. CONSTITUIÇÃO DA COMISSÃO DE CONCURSO

Membros titulares: Drs. Paulo Ferreira Rodrigues,

*Maurício Helayel, Evangelina Fontelas Rosado Spinelli,
Neje Hamaty e Vera de Souza Leite.*

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 Cassar Ferraz Alves
(suplentes).

2.2 Banca de Direito Civil

Presidente: Dr. Valneide Serrão Vieira.

Direito Civil

Dr.^a 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. Cristina Maria
dos Santos Caetano da Silva e Roberto Abranches
(suplentes).

Direito Comercial^(**)

^(**) A banca não foi indicada pela Gerência de Suporte aos Concursos.

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. Heloísa Helena Gomes Barbosa e Carlos Domingues da Venda (suplentes).

Princípios Institucionais do Ministério Público

Dr. Marfan Martins Vieira (titular); Drs. Luiz Otavio de Freitas e Vera Maria Barreiras Jatahy (suplentes).

3. Candidatos Inscritos: 1.492.

3.1 Que compareceram à prova preliminar: 1.165.

3.2 Candidatos Aprovados: 29.

3.3 Candidatos Empossados: 29.

4. Classificação final dos candidatos:

- 1º Hedel Luiz Nara Ramos Junior
- 2º Geraldo da Silva Batista Junior
- 3º Leonardo Freire de Oliveira
- 4º Silvio José Castellões Maisonnnette
- 5º Beatriz Barros de Oliveira Christo
- 6º Paulo Sérgio Rangel do Nascimento
- 7º Marisa Paiva Carvalho da Costa
- 8º Roseli Nalin de Siqueira
- 9º Conceição Maria Tavares de Oliveira
- 10º Virgilio Panagiotis Stravidis
- 11º Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho
- 12º Sandra Maria Torres de Melo Scassa
- 13º Savio Renato Bittencourt Soares Silva
- 14º Maria Amelia Barretto Peixoto
- 15º Ana Paula Rodrigues da Rocha
- 16º Cristiane Bernstein Seixas
- 17º Marcelo Pereira da Silva
- 18º José Eduardo Ciotola Gussem
- 19º Mario Luiz Paes
- 20º Bruno Ferolla
- 21º José Mario Porto Marandino

- 22º Riscalla João Abdenur
- 23º Marcos Moraes Fagundes
- 24º Viviane Tavares Henriques Ladeira
- 25º José Luiz Martins Domingues
- 26º Fernanda Campos de Oliveira
- 27º Fabíola Lovisi
- 28º Tania Castro Góes
- 29º Adriana Ninô Biscaia

40 anos do Concurso de 1963 ^(***)

O ano de 2003 assinala o 40º. aniversário de um episódio que marcou a história do Ministério Público, representando uma fronteira nítida e de enorme significado para a Instituição.

Referimo-nos ao Concurso para ingresso na carreira do *Parquet* do então Estado da Guanabara, iniciado nos últimos dias de 1962 e concluído no 1º. semestre de 1963.

Por um conjunto de circunstâncias, o provimento de cargos no Ministério Público do Distrito Federal, abstraído o concurso de 1951, sempre se deu por livre nomeação da Presidência da República.

Para que se tenha uma pálida idéia da situação, registra a história de nossa Instituição um certame levado a cabo no final dos anos 30, em pleno Estado Novo, sem que os aprovados merecessem a nomeação em decorrência direta e normal (*comme il faut*) do êxito na competição. Só tempos depois é que alguns dos vitoriosos foram nomeados, em inequívoca demonstração do poder absoluto da autoridade administrativa competente.

Cumprе notar que os diversos Presidentes da República, sem dúvida conscientes da relevância e da responsabilidade do cargo, inclinaram-se por nomes que, com pouquíssimas exceções, honraram o Ministério Público, em termos de operosidade, integridade e talento. Como exemplo, e apenas dentre aqueles que foram chamados muito cedo à presença do Criador, podemos referir *Luiz Fernando Cardoso de Gusmão*, *Júlio Bergallo*, *Humberto Piragibe Magalhães*, *Carlos Alberto Torres de Mello* (que também ornou a Magistratura), e, de modo muito particular, o inesquecível *Carlos Maximiliano Neto*, corajoso e intransigente, mesmo sob as pressões do autoritarismo.

Com a criação, em 1960, do Estado da Guanabara, foi inserida, em sua Constituição, a obrigatoriedade de concurso de provas e títulos para o provimento do cargo inicial da carreira, e que era, à época, o de Defensor Público.

^(***) **Observação** - O signatário deste singelo trabalho limitou-se a referir dados relativos ao Ministério Público do antigo Distrito Federal e do Estado da Guanabara, eis que não logrou coligir elementos atinentes ao antigo Estado do Rio de Janeiro, esperando que esta lacuna possa ser suprida, mais tarde, por um dos eminentes colegas oriundos da Velha Província.

Fiel a esse postulado, o então Procurador Geral de Justiça, *João Baptista Cordeiro Guerra*, acolitado por figuras exponenciais da classe (o Decano *Max Gomes de Paiva* e os Procuradores *Carlos Sussekind de Mendonça* e *Amélia Duarte*, dentre outros), e com o aval do Governador *Carlos Lacerda*, adotou as providências necessárias para a realização do certame.

Para os jovens que, em nossos dias, aspiram ingressar no Ministério Público e se apresentam em concursos que se sucedem praticamente sem interrupção, soariam impensáveis as condições de infraestrutura que cercaram aquela competição. Comissão de Concurso? Funcionários de apoio e material adequado? Miragens, sonhos de noites de verão, interrompidos pela presença solícita (e insólita) de uma senhora que prestava serviços na própria residência da Dra. *Amélia*, e que, atendendo a um pedido desta, servia o café à Banca Examinadora ...

De seu turno, era a Banca composta por *Heleno Fragoso* (Penal), *Jorge Alberto Romeiro* (Processo Penal), *Clóvis Paulo da Rocha* (Civil), *Jorge Laffayette Pinto Guimarães* (Processo Civil), *Themístocles Cavalcanti* (Constitucional e Direito Público) e *Teóphilo de Azeredo Santos* (Comercial), a respeito dos quais é desnecessário tecer qualquer tipo de comentário.

O número de inscritos foi inferior a 1000, talvez pelo enorme hiato desde o último concurso (1951), e as provas, iniciadas em dezembro de 1962, prolongaram-se até meados de 1963, concluindo pela aprovação de 24 candidatos, dos quais foram, de início, nomeados 12 (número de vagas existentes), sendo que o último dos 24 vitoriosos acabou por ser nomeado em novembro de 1964.

Já foi ressaltado, em oportunidades anteriores, que a geração de 1963 teve, por aspectos cronológicos, a felicidade de conviver com, praticamente, toda a história do Ministério Público no século XX, na medida em que ainda encontrou no serviço ativo colegas que vinham desde a década de 20 (*Max Gomes de Paiva*), de 30 (*Cordeiro Guerra*, *Clóvis Paulo da Rocha*, *Emerson de Lima*, *Carlos Sussekind de Mendonça*), de 40 (*Amaro Linhares*, *Hermano dos Anjos*, *Paulo Chermont de Araujo*) e de 50 (*Everardo Moreira Lima*, *Jefferson Machado de Góes Soares*, *Marcelo Domingues*, *Regina Parisot*, *Mariza Perigault*, *Eládio de Carvalho Werneck*, *Alberto Canellas*), além de colegas nomeados no início da década de 60, autênticos contemporâneos, e, no transcurso dos quase 40 anos até o final do século, deparou-se com figuras dos certames subsequentes (*Celso Fernando de Barros*, *Vera Leite*, *Jacyr Villar de Oliveira*, *Gastão Lobão*, *Mauro Ferraz*, *Luiz Roldão*, todos do concurso de 1966, *Telma Diuana*, *Marija Yrneh Rodrigues de Moura*, do de 1970, *Maria Cristina Tellechea*, *Élio Gitelman Fischberg*, *Biscaia*, do de 1974, o último antes da fusão Guanabara-Estado do Rio), e, mais tarde, com dezenas e dezenas de jovens que mantiveram – e continuam a manter – a bandeira dos mais elevados ideais de nossa Instituição.

Não é esta a oportunidade de alongar o assunto, o que fugiria ao sentido e à característica deste Noticiário, mas não se pode concluir sem ressaltar, pela sua

fundamental importância, que, a partir do certame de 1963, todos os que vieram somar-se às nossas falanges fizeram-no pela senda difícil e enobrecedora do concurso.

A seguir, a relação dos aprovados e seus respectivos desdobramentos de vida, esperando-se que, na comemoração do cinquentenário, todos os hoje remanescentes possam permanecer em nosso convívio:

NOME	DESDOBRAMENTO	OBSERVAÇÕES
Alceu Brasil da Silva	M.P., e, após, Magistratura	Falecido
Anna Laura Hess Bittencourt	M.P.	Exonerou-se
Carlos Alberto Bulhões Mattos	M.P., e, após, Magistratura	Falecido
Carlos Augusto V. Albuquerque	M.P.	Falecido
David Milech	M.P.	Aposentado
Edgardo Tenório	M.P.	Aposentado
Guy Benigno Brasil	M.P.	Aposentado
Hélio da Veiga Sarmiento Osório	M.P.	Falecido
Humberto Paschoal Perri	M.P., e, após, Magistratura	Aposentado
João Uchoa Cavalcanti Neto	M.P., e, após, Magistratura	Aposentado
Luiz Leonardos	Não tomou posse	
Luiz Sérgio Wigderowitz	M.P.	Serviço ativo
Mario Slerca Jr.	M.P.	Exonerou-se
Martinho Álvares da Silva Campos	M.P., e, após, Magistratura	Aposentado
Nader Couri Raad	M.P.	Aposentado
Otto Frederico Campean	M.P.	Aposentado
Oziel Esmeriz Miranda	M.P.	Aposentado
Paulo Roberto Azevedo Freitas	M.P., e, após, Magistratura	Falecido
Pedro Nogueira Fontoura	M.P.	Aposentado
Sálua Bunahum	M.P.	Aposentada
Sérgio de Andréa Ferreira	M. P., e, após, Magistratura	Aposentado
Simão Isaac Benjó	M.P.	Aposentado
Sylvio Tito de Carvalho Coelho	M.P.	Aposentado
Waldy Genuíno de Oliveira	M.P.	Aposentado

DAVID MILECH – Procurador de Justiça aposentado.

Eleição complementar para o Conselho Superior do Ministério Público

1. Teve lugar no dia 09 de maio a eleição para preenchimento de duas vagas criadas pelo art. 20 c.c. art. 169 da Lei Complementar Estadual nº 106, de 03 de janeiro de 2003, para mandato a ser exercido até o dia 06 de fevereiro de 2005, perante o Egrégio Conselho Superior do Ministério Público. Como sabido, uma vaga será integrada por Procurador de Justiça eleito por seus pares e outra por Procurador de Justiça escolhido pelos Promotores de Justiça.

2. A Mesa receptora e apuradora para a escolha pelos Procuradores de Justiça estava, assim, constituída: Dr. João Baptista Lopes de Assis Filho (Presidente), Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea e Márcia Álvares Pires Rodrigues

(membros).

A Mesa receptora e apuradora para a eleição pelos Promotores de Justiça guardou a seguinte composição: Drs. *Marija Yrneh Rodrigues de Moura* (Presidente), *Maria Amélia Couto Carvalho* e *Hugo Jerke* (membros).

3. Concorreram ao pleito os seguintes candidatos:

Pelos Promotores de Justiça:

Dr. *Marcellus Polastri Lima*

Dra. *Patrícia Silveira da Rosa*

Pelos Procuradores de Justiça:

Dra. *Elaine Costa da Silva*

Dr. *Pedro Elias Erthal Sanglard*

Dr. *Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel*.

4. A eleição apresentou como resultado o quadro abaixo:

Votação dos Procuradores de Justiça:

Dra. *Elaine Costa da Silva* – 57 votos

Dr. *Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel* – 56 votos

Dr. *Pedro Elias Erthal Sanglard* – 34 votos

Votação dos Promotores de Justiça:

Dra. *Patrícia Silveira da Rosa* – 232 votos

Dr. *Marcellus Polastri Lima* – 146 votos

5. Em consequência, passarão a integrar o Egrégio Conselho Superior do Ministério Público as Procuradoras de Justiça *Elaine Costa da Silva* e *Patrícia Silveira da Rosa*, complementando o V. Colegiado na forma determinada pela Lei Complementar Estadual nº. 106, de 03 de janeiro de 2003.

Posse de novos membros do CSMP

Realizou-se no dia 23 de maio a cerimônia de posse de duas novas conselheiras do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, eleitas em 9 de maio na forma da Lei Complementar 106, de 03 de janeiro do corrente ano, para compor as duas vagas criadas naquele diploma legal, que ampliou o número de membros eleitos daquele Colegiado.

Os dois novos membros são as Conselheiras *Elaine Costa da Silva* e *Patrícia Silveira da Rosa*, que foram saudadas pelo Procurador de Justiça *Décio Luiz Gomes*, que assim se pronunciou:

“Há sempre um color de festividade quando da recepção de profissionais de uma Instituição que, rompendo as dificuldades do regular exercício do atuar ministerial, acodem ao chamado da representação paritária perante este Conselho Superior.

Passados pouco mais de dois lustros, as funções cometidas a esta Corte sofreram significativas transformações. Assim, escoltado por avanços trazidos pelo Pacto Fundamental e detalhados na Lei Orgânica 8.625/93, adequou-se o Conselho Superior às hodiernas exigências feitas pelos mandamentos éticos da nova ordem, que traspassa o balizamento da legalidade e da legitimidade, identificados com os ideais de um *Estado de Justiça*, ressoando os ensinamentos de outrora, da aurora democrática, assumindo a necessária publicidade e indispensável transparência, ambas desde sempre aclamadas pela sociedade.

Hoje, a função institucional do Conselho Superior, consolidada na Lei Complementar estadual nº 106/2003, finalmente reflete a relevância deste órgão híbrido (de administração e execução) na consecução das metas que outorgam efetividade à imprescritível transformação.

Nesse cenário, competindo ao Conselho Superior um rol de extensas atribuições, com implicações na dinâmica ministerial, vemos com alegria a oxigenação e complementação dos quadros desta Corte, na observância ao norte traçado pelo art. 20 do texto estadual.

A carga aferida aos conselheiros esporeia e intranqüiliza a realização de um bom ofício. Tem-se a certeza, todavia, que a chegada de dois novos membros, profissionais recolhidos em certame qualificado pela lhanza do trato, restaurará o equilíbrio tão desejado por aqueles que têm a missão de expandir os desígnios ministeriais, solvendo os anseios de todo os integrantes da carreira.

Elaine Costa da Silva e Patrícia Silveira da Rosa juntam-se a nós na busca do horizonte utópico de que nos fala Eduardo Galeano (*As Palavras Andantes*), na crença de que se intangível, ao menos obriga o caminhar e o salutar desenvolvimento.

Por derradeiro, saúdo o Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça, quer pela condução dos negócios ministeriais, quer por sua postura no curso das eleições para a complementação deste Conselho. Saúdo, também, o exemplo de desprendimento dos colegas Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel, Pedro Elias Erthal Sanglard e Marcellus Polastri Lima, que impregnados pelo mesmo ideal, colocaram seus nomes ao crivo dos eleitores, engrandecendo o processo.

Sejam bem-vindas Conselheiras Elaine e Patrícia!"

Em nome das empossadas usou da palavra a Dra. *Elaine Costa da Silva*, que falou de improviso.

A solenidade ganhou encerramento com o improviso do Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Antônio Vicente da Costa Júnior*, homenageando as duas novas Conselheiras.

O evento teve lugar no auditório Simão Isaac Benjó, situado no 5º andar do edifício-sede do Ministério Público, contando com a presença de bom número de Procuradores e Promotores de Justiça, valendo ressaltar a presença do Subprocurador-Geral de Justiça de Administração, Dr. *Ertulei Laureano Matos*, do ex-Procurador-Geral de Justiça, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, da Corregedora-Geral do Ministério Público, Dra. *Denise Freitas Fabião Guasque* e do Desembargador *Angelo Moreira Gliuche*.

Aniversário do Procurador-Geral ^(****)

Pode-se dizer que, dentre as solenidades que marcam o calendário de eventos do nosso Ministério Público, a comemoração do natalício do chefe do *Parquet* surge como uma das mais tradicionais da instituição. Pelo menos desde a década de 60 do século passado e em todos os anos que se seguiram, o evento ganhou realização. No presente ano, sob os auspícios da AMPERJ, CAMPERJ, CEPROJUS e da COOMPERJ, o Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Antônio Vicente da Costa Júnior*, foi homenageado com um coquetel e jantar dançante na sede do Clube Paissandu, situado na Av. Afrânio de Melo Franco, 330, no Leblon.

A festividade contou com a presença de bom número de Procuradores e

^(****) A relação completa de autoridade presentes não foi enviada à RMP para fim de publicação.

Promotores de Justiça, presente, ainda, toda a administração superior do Ministério Público, a saber: Dr. *Ertulei Laureano de Matos* (Subprocurador-Geral de Justiça de Administração), Dr. *Carlos Roberto de Castro Jatahy* (Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento), Dr. *Celso Fernandes de Barros* (Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Jurídicos), Dr. *Maurício Assayag* (Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais), Dra. *Denise Freitas Fabião Guasque* (Corregedora-Geral do Ministério Público), Dr. *José Carlos Paes* (Chefe de Gabinete do Procurador-Geral de Justiça) e Dr. *José Luiz Martins Domingues* (Secretário-Geral de Administração).

Presentes ainda, o Dr. *Marfan Martins Vieira* (Presidente da AMPERJ), o Dr. *Arthur Pontes Teixeira* (Diretor-Presidente da CAMPERJ), o Dr. *Roberto Abranches* (Presidente do CEPROJUS), o Dr. *Luiz Antônio Ferreira de Araújo* (Presidente da COOMPERJ), anfitriões da festividade.

Destaque-se, outrossim, fora do âmbito do *Parquet*, o comparecimento da Sra. Governadora do Estado do Rio de Janeiro, *Rosinha Garotinho*, bem como do Secretário de Estado, *Anthony Garotinho* (de Segurança Pública), do Deputado Federal *Antonio Carlos Silva Biscaia*, dos Desembargadores *João Carlos Pestana de Aguiar Silva* (1º Vice Presidente do TJ-RJ), *Mario Robert Mannheimer* e *Angelo Moreira Glioche*, do ex-Governador do Estado do Rio de Janeiro, Dr. *Celso Pessanha*, do ex-Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Carlos Antonio da Silva Navega*, dos membros do OECPJ, *Adolfo Borges Filho*, *Pedro Moreira Alves de Brito*, *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea*, *Sergio Bastos Viana de Souza*, *Francisco Antonio Souto Faria*, *José Maria Leoni Lopes de Oliveira* e *Marija Yrneh Rodrigues de Moura* e do CSMP, *Maria Cristina Menezes de Azevedo*, *Antônio José Campos Moreira* e *Kleber Couto Pinto*.

Nova Procuradora de Justiça – Homenagem do OECPJ

Realizou-se, no dia 30 de maio, a cerimônia em homenagem à nova Procuradora de Justiça, *Lucia Glória Bastos Alves de Araújo*, recém promovida. A solenidade teve lugar perante o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, contando com a presença de Procuradores e Promotores de Justiça, além de familiares da ilustre colega.

Serviram como padrinhos da Dra. *Lúcia Glória* os Drs. *Arthur Pontes Teixeira* e *Lúcia Maria Cuinhas da Cunha*.

A saudação, em nome do OECPJ, foi proferida pelo Procurador de Justiça, Dr. *Levy de Azevedo Quaresma*, que, falando de improviso, ressaltou os méritos da homenageada.

Agradecendo, usou da palavra a novel Procuradora de Justiça nos termos que se seguem:

“É início de tarde.

Tarde outonal, única, ímpar.

Momento de singular sortilégio.

Aflige-se-me o espírito na indeclinável honra e árduo mister de expressar, em brevíssimas palavras, tudo aquilo que a data de hoje me evoca; com orgulho e emoção indisfarçáveis, todavia, dirijo-me a Vossas Excelências.

Ultrapassados os umbrais desta Egrégia Casa, depois do ingresso nos idos de 83 daquele dia em que tomei posse como Promotora de Justiça, duas décadas gotejaram na ampulheta de Cronos, proporcionando-me o arrebatado gáudio – cujo privilégio ora vos exhibo – de haver convivido com insignes Representantes do *Parquet* – circunstância que exacerba minha responsabilidade de traduzir fielmente os sentimentos que ora me inundam a alma – não me querendo despojar da soberba de jamais olvidar a laureada estátua de imponente majestosa e grandiloquência do Doutor Everardo Moreira Lima; da doçura, amizade e solidariedade de Victor Soveral Junqueira Ayres; com o coração exultante desenhando-me, com nostalgia, a magnitude e a altivez da doutora Mariza Clotilde Villela Perigault e de tantos e tantos outros vultos de notáveis que se volatilizaram no fulgor da Plêiade do *Parquet* fluminense.

Flameja-me o espírito quando rememoro os extasiados momentos que vivenciei na função de Promotora de Justiça, pelas muitas e muitas varas criminais desta Comarca, por onde trilhei neste 20 janeiros oportunidade em que me brotam nas reminiscências d'alma a plácida presença de Sidali João Guimarães, artífice de minhas almeçadas designações, ao lado dos não menos notáveis doutores Waldy Genuíno, César Romero, Carlos Antonio Navega e de tantas outras igualmente nobres personalidades que me ampararam nos primeiros e tímidos passos, resumidas na ilustre figura de José Augusto de Araújo Neto.

A emoção permite-me eflúvios cálidos e inebriantes que me povoam a mente, a todo tempo.

Em verdade vos digo, Excelências, do inmensurável orgulho que sinto de haver sido promovida e agora empossada na liderança do Excelentíssimo Doutor Antonio Vicente da Costa

Júnior, a quem modestamente e com reverência saúdo, *hic et nunc*, como receptáculo de notório saber em todas as áreas do conhecimento, insofismável dignidade, a par de ser titular de nobilíssimo e consagrado passado de estudos e dedicação profissional, sensibilidade, competência e brilho que haverão de se perpetuar em sua lídima estirpe.

Intra muros, a partir de então, é tempo de paz!

Ventos benfazejos bafejam auspiciosamente na aurora que desponta.

E é neste átimo de esperança que exsurge, altaneira, a consciência social do Ministério Público.

As diversas crises que assolam e solapam a comunidade universal, postergadas as valiosas informações que direcionam e posicionam o homem num concerto de um mundo melhor, pasmam-nos, entristecem-nos e nos desolam.

O quadro que se esboça, conquanto nos aflija e nos preocupe, não nos rouba, todavia, o entusiasmo; não nos esmorece a coragem de palmilharmos nossos penosos caminhos que, em extremo oposto, trará, certamente, o merecido bálsamo.

Urge, pois, que expressemos, sempre e sempre – com todas as letras – o amor à nossa instituição.

Com os olhos rorejados, concito-vos a eternizarmos o mais sublime dos sentimentos em louvor e júbilo ao Ministério Público, entronizado na vigente Carta Magna, instituição que venero e a quem devotei os melhores anos de minha existência.

Caminhemos juntos: esse, o destino, - cujas primícias – como o pincel engenhoso para o artista da tela, o cinzel para quem esculpe formas no granito e dá vida ao mármore, é o Ministério Público, a chancela que sobreleva o homem, em toda a realidade universal, válida e verdadeira, em lindes recônditos.

Empenhemo-nos em cultivá-lo, em amá-lo com toda a exuberância que de sua origem promana – como eternos enamorados.

“O homem é como um sopro; seus dias são uma sombra que passa”.

Perdoi-me, Excelências, por buscar, num salmo,

a explicação e o consolo para os dias inseguros que se nos acometem.

O sentimento de vitória, que hoje me anima, faz-me esquecer, pelo menos neste Egrégio Recinto, a insegurança reinante lá fora e assim, com o coração a transbordar de carinho, posso dizer-vos ser grata a Vossas Excelências por me aceitarem no seletó grupo de Procuradores de Justiça deste Estado.

Derradeiramente, Senhores Procuradores, ao ensejo do encerramento desta solenidade, envaidecida, ousou submeter, ao vosso elevado crivo, as diretrizes mesmas por mim modestamente herdadas nesta magnânima Casa: despretensiosamente, fazendo minha a lira poética de um dos maiores representantes da literatura portuguesa – FERNANDO PESSOA – celsa expressão das odes de além-mar posso com ele apregoar:

*"Para ser grande, sê inteiro.
Nada teu exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa.
Põe quanto és no mínimo que fazes.
Assim em cada lago a lua toda brilha porque
alta vive."*

RICARDO REIS

Especialíssimos agradecimentos aos meus estimados padrinhos, os ilustres Doutores Lúcia Maria Cuinhas da Cunha e Arthur Pontes Teixeira, projeção maior da minha alegria.

Obrigada a todos".

O evento teve lugar no auditório "Procurador de Justiça Simão Isaac Benjó", situado no 5º andar do edifício-sede do Ministério Público, encerrando-se com a fala do Procurador-Geral de Justiça, Dr. Antonio Vicente da Costa Júnior.

Nova Direção na FEMPERJ

Em reunião ocorrida aos 20 de maio, o Conselho Curador da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro referendou os nomes dos Procuradores de Justiça, Dr. Hugo Jerke e Luiz Fabião Guasque, respectivamente, para os cargos de Diretor Executivo e de Diretor de Projetos e Informática daquela Fundação, bem como o do Promotor de Justiça, Dr. Victor Santos Queiroz, para o cargo de Diretor Cultural e Acadêmico da FEMPERJ

para o biênio 2003/2005.

Através do Ofício Circular nº 01/03, a nova Direção da FEMPERJ esclareceu aos membros do Ministério Público uma série de informações relevantes dos serviços prestados por aquela Fundação em favor do nosso Ministério Público.

O leitor interessado em conhecer a origem da FEMPERJ, sua finalidade e seus instituidores encontrará em nossa *Revista do Ministério Público* de nº 9 um breve relato histórico (pp. 602/604).

Nova Procuradora de Justiça

No período compreendido entre 1º de janeiro a 30 de junho de 2003, foi promovida ao cargo de Procurador de Justiça a seguinte colega:

Lucia Glória Bastos Alves de Araújo

Vitalicamentos

No período compreendido entre 1º de janeiro a 30 de junho de 2003, foram vitaliciados na carreira do Ministério Público os seguintes colegas:

Marcelo Airosa Pimentel

Maria Cristina Kubitschek Cançado da Rocha Vianna

Aposentadorias

No período compreendido entre 1º de janeiro a 30 de junho de 2003, aposentaram-se na carreira do Ministério Público os seguintes colegas:

Plínio de Sá Martins

Sônia Simões Corrêa Fortes

Falecimento

A Direção da *Revista do Ministério Público/RJ* cumpre o doloroso dever de registrar, durante o período de 1º de janeiro a 30 de junho de 2003, o falecimento do seguinte colega:

Francisco de Oliveira

**Integrante do Superior Tribunal de Justiça
oriundo do Ministério Público do Estado
do Rio de Janeiro
(Em 30.06.2003)**

Ministro Hamilton Carvalhido

**Integrantes do Tribunal de Justiça
oriundos do Ministério Público do Estado
do Rio de Janeiro
(Em 30.06.2003)**

DESEMBARGADORES:

Angelo Moreira Glioche

Antonio José Azevedo Pinto

Antonio Ricardo Binato de Castro

Ferdinaldo do Nascimento

Gizelda Leitão Teixeira

Guiseppe 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

Impresso por:

Edil

ARTES GRÁFICAS

Tel/Fax: (21) 2501-7560

2201-9489

E-mail: grafica.edil@openlink.com.br



