

ISSN 1413-3873

REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Órgão Cultural do
Ministério Público do
Estado do Rio de Janeiro

Revista do Ministério Público - Rio de Janeiro - nº 5 - jan /jun. - 1997

ISSN 1413-3873

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

(Criação pela Resolução OAG-1997-12 de 12 de maio de 1997)

Revista do Ministério Público - Nº 1 (Jan./Jun. 1998)
Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral de Justiça, 1998.
v. : 22 cm.
Semestral.
ISSN 1413-3873
1. Direito Público (Estado). Ministério Público.
CDU 34(051)

Tiragem: 3.000 exemplares

ISSN 1413-3873

REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Revista do Ministério Público. – Nº. 1 (jan./jun.1995)- . –
Rio de Janeiro : Procuradoria-Geral de Justiça, 1995-
v. ; 22 cm.

Semestral.

ISSN 1413-3873

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

CDU. 34(051)

Tiragem: 3 000 exemplares

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)

Revista do Ministério Público - Rio de Janeiro - nº 5 - jan/jun - 1997

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Apoio

Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Fundador

Procurador-Geral de Justiça

Hamilton Carvalho

Diretor da Revista do Ministério Público

Sergio Demoro Hamilton

Diretor-Executivo da Fundação Escola do Ministério Público

Aldney Zacharias Peixoto

Chefe da Seção de Publicação e Distribuição

Janice Lopes Ferreira e Silva

Secretário

Sérgio Maugé Aragão

Editoração Eletrônica

Admir de Carvalho Silva

Nazira Vieira da Cruz

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Pede-se permuta

On demande l'échange

We ask for exchange

Redação e Administração

Travessa do Ouvidor, 38, 6º andar, sala 602, CEP 20040-040, Rio de Janeiro, RJ, para onde deve ser dirigida toda correspondência

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

(Em 30. 06. 97)

**PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
HAMILTON CARVALHIDO**

**1º Subprocurador-Geral de Justiça
Hugo Jerke**

**2º Subprocurador-Geral de Justiça
Luiz Carlos Humbert de Albuquerque Maranhão**

**3º Subprocurador-Geral de Justiça
Angelo Moreira Glioche**

**Corregedor-Geral do Ministério Público
Décio Luiz Gomes**

**Chefe de Gabinete do Procurador-Geral de Justiça
Renato Pereira França**

**Secretário-Geral
Lincoln Antônio de Castro**

**Órgão Especial do Colégio de
Procuradores de Justiça**
(Em 30. 06. 97)

Hamilton Carvalho

Presidente

Décio Luiz Gomes
Corregedor-Geral

Titulares Natos

Mauro Campello
Sergio Demoro Hamilton
Antonio Vicente da Costa Junior
Luiz Sergio Wigderowitz
Luiz Brandão Gatti
Adolpho Lerner
Antonio Francisco Feteira Gonçalves
David Milech
Virgílio Augusto da Costa Val
Omar Gama Ben Kauss

Titulares Eleitos

Vera de Souza Leite
Evangelina Fontelas Rosado Spinelli
José dos Santos Carvalho Filho
Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Elio Gitelman Fischberg
Sergio Bastos Viana de Souza
Francisco Antonio Souto e Faria
Mary Virginia Northrup
Marly de Almeida Leite Perorázio Tavares
Edmundo José Anjo Coutinho

Conselho Superior de Ministério Público
(Em 30. 06. 97)

Hamilton Carvalho

Presidente

Décio Luiz Gomes
Corregedor-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Antonio Carlos Biscaia
Dalva Pieri Nunes

Pelos Promotores de Justiça

Pedro Moreira Alves de Brito
Paolina Leone Candia Hryniewicz
Nelma Glória Trindade de Lima

Procuradores de Justiça

(Em 30. 06. 97)

Adir Maria de Andrade Equi	Helcio Alves de Assumpção
Adolfo Borges Filho	Heloisa Maria Alcofra Miguel
Adolpho Lerner	Hugo Jerke
Alexandre Araripe Marinho	Israel Stoliar
Alma Rubens Alvim de Carvalho	Jacyr Villar de Oliveira
Anderson Albuquerque de Souza Lima	João Baptista Lopes de Assis Filho
Angelo Moreira Glioche	João Batista Petersen Mendes
Antonio Carlos Coelho dos Santos	João Marcello de Araujo Junior
Antonio Carlos da Graça Mesquita	José Antonio Leal Pereira
Antonio Carlos Silva Biscaia	José Augusto de Araujo Neto
Antonio Francisco Feteira Gonçalves	José dos Santos Carvalho Filho
Antonio Ricardo Binato de Castro	José Maria Leoni Lopes de Oliveira
Antonio Vicente da Costa Junior	José Muiños Piñeiro Filho
Assy Mirza Abranches	José Roberto Paredes
Augusto Dourado	Julio Cesar de Sousa Oliveira
Beatriz Marilda Alves	Julio Cesar Lima dos Santos
Bernardo Buarque Schiller	Katia Costa Marques de Faria
Carlos Antonio da Silva Navega	Kleber Couto Pinto
Carlos Domingues da Venda	Laiza de Paula Rossi
Carlos Machado Vianna	Leny Costa de Assis
Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves	Leonardo de Souza Chaves
Celso Benjó	Levy de Azevedo Quaresma
Celso Fernando de Barros	Luis Carlos de Araújo
Cezar Romero de Oliveira Soares	Luiz Antonio Ferreira de Araújo
Cristiano Cullen de Sampaio Viana	Luiz Brandão Gatti
Dalva Pieri Nunes	Luiz Carlos de Oliveira Lopes
David Milech	Luiz Carlos Humbert de Albuquerque Maranhão
Decio Luiz Gomes	Luiz Carlos Silva
Denise Souza Soares	Luiz Otávio de Freitas
Edilma Raposo dos Santos Engels	Luiz Roberto Saraiva Salgado
Edmundo José Anjo Coutinho	Luiz Sergio Wigderowitz
Edson Pereira da Silva	Luiza Thereza Baptista de Mattos
Elaine Costa da Silva	Marcia Paiva Arellano
Elio Gitelman Fischberg	Márcio Klang
Elisabeth de Moraes Cassar Ferraz Alves	Marfan Martins Vieira
Elizabeth Regina Gomes de Oliveira Melo	Margarida Maria Nogueira La Croix
Ertulei Laureano Matos	Maria Amelia Couto Carvalho
Evangelina Fontelas Rosado Spinelli	Maria Cristina Menezes de Azevedo
Fátima Maria Ferreira de Melo	Maria Cristina Pacini de Medeiros e Albuquerque
Fernando Chaves da Costa	Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Fernando Fernandy Fernandes	Maria Dionisia Freire Gonçalves de Almeida
Francisco Antonio Souto e Faria	Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Francisco Eduardo Marcondes Nabuco	
Hamilton Carvalhido	

Maria Elizabeth Riente Lima
Maria Lúcia das Chagas Gomes de Sá
Maria Teresa Moreira Lima
Marija Yrneh Rodrigues de Moura
Marilza Matos Mendes de Borges
Mario Antonio de Carvalho
Mario Robert Mannheimer
Marly de Almeida Leite Perorázio Tavares
Mary Virginia Northrup
Mauricio Caldas Lopes
Mauricio Helayel
Mauro Campello
Nádia de Araújo
Nelma Glória Trindade de Lima
Nildson Araújo da Cruz
Omar Gama Ben Kauss
Paulina Leone Candia Hryniewicz
Paulo Ferreira Rodrigues
Paulo Ivan de Oliveira Teixeira
Pedro Moreira Alves de Brito
Pedro Nogueira Fontoura
Raphael Cesario

Regina Celi Silva Machado
Renato Pereira França
Roberto Pontes Dias
Ronaldo de Medeiros e Albuquerque
Rosane Orichio de Siqueira Mello
Ruy Soares Barbosa Junior
Sandra Muniz Melo Ramos Castro
Sergio Bastos Viana de Souza
Sergio Demoro Hamilton
Silvio Ambrosi de Miranda Valverde
Sonia Simões Corrêa Fortes
Suely da Silva Jardim Pylro
Tania Maria Salles Moreira
Thereza de Paula Tavares Henriques
Vanda Menezes Rocha
Vera de Souza Leite
Vera Maria José Rollas
Victória Siqueiros Soares Le Cocq D'Oliveira
Virgilio Augusto da Costa Val
Vitoria Abi Rihan
Wilséa Gaspar Fernandes
Zélia Salles de Vasconcelos

Promotores de Justiça

Adelângela Saggioro Garcia
Adelia Barboza de Carvalho
Adilse de Oliveira Ramos
Adriana Alemany de Araújo
Adriana Bastos Poubel
Adriana Miranda Palma
Adriana Ninô Biscaia
Afranio Silva Jardim
Alberto Henrique de Pinho Canellas
Albino José da Silva Filho
Alda Santarosa Freire Oliveira e Silva
Alexandra Carvalho Feres
Alexandre Murilo Graça
Alexandre Oliveira Tavares
Alexandre Viana Schott
Alice Anna Louise da Silva
Américo Luzio de Oliveira Filho
Ana Alice de Belli Antony
Ana Beatriz Villar da Cunha
Ana Carolina Mendes Nogueira Gomes
Ana Cintia Lazary Serour
Ana Cristina Augusto Gentil da Silva
Filgueiras

Ana Cristina Huth Macedo
Ana Cristina Lesqueves Barra
Ana Lucia Abeid Nassar
Ana Lucia da Silva Melo
Ana Lucia Sauerbronn Gonçalves
Ana Maria da Silva Gonçalves
Ana Maria Gomes de Castro
Ana Paula Baptista Villa
Ana Paula Cardoso Ferreira de Lima
Ana Paula Petra Lopes Ibrahim
Ana Paula Pontes Cardoso
Ana Paula Rodrigues da Rocha
Ana Paula Vieira de Carvalho
Anabelle Macedo Silva
Anaiza Helena Malhardes Miranda
Anamaria de Luna Borges Saraiva
Anco Marcio Valle
André Felipe Alves da Costa Tredinnick
Andréa Rodrigues Amin
Angela da Rocha Pombo
Angela Maria Bittencourt Brasil de Araújo
Angela Maria Castro Leite de Andrade
Cordeiro de Matos

Angela Maria Parise Rafidi	Costa
Angela Maria Silveira dos Santos	Cristina Medeiros da Fonseca
Angélica Mothé Glioche Gasparri	Daisy Palmieri da Costa
Angelo Joaquim Gouvea Neto	Daniel Faria Braz
Anik Rebello Assed Machado	Darlei Gonçalves Bala
Anna Maria Di Masi	Debora Maria Barbosa Sarmento
Annabella Vera Grazia Herczog	Delma Moreira Acioly
Antonio Borromeu Fernandez	Denise Freitas Fabião Guasque
Antonio José Campos Moreira	Denise Muniz de Tarin
Antonio José Martins Gabriel	Denise Soares Lopes
Antonio Munir Rafidi	Dennis Aceti Brasil Ferreira
Arci Cavalcanti de Albuquerque Figueiredo	Dirce Ribeiro de Abreu
Ariadne Mitropoulos Esteves Dias	Dolores Maria Ferreira
Arilda Sandra Nunes Rotband	Dora Beatriz Wilson da Costa
Asterio Pereira dos Santos	Doris de Sá Manzini
Augusto Vianna Lopes	Ecknéa Antonia de Andrade
Barbara Salomão Spier	Ediléa Gonçalves dos Santos
Branca Maria Moreira Alves	Eduardo da Silva Lima Neto
Bruno Ferolla	Eduardo Santos de Carvalho
Carla da Silva Carvalho	Eduardo Slerca
Carla Rodrigues de Araujo	Edward Carlyle Silva
Carla Tereza de Freitas Baptista Cruz	Eliane de Lima Pereira
Carlos Alberto Firmo Oliveira	Elisa Fraga de Rego Monteiro
Carlos Cicero Duarte Junior	Elisa Maria Torelly Santos Rocha
Carlos Eduardo de Miranda Ferraz	Elisabete Figueiredo Felisbino Barbosa
Carlos Roberto de Castro Jatahy	Elisabete Maria Leiras Alvarez
Carmen Eliza Bastos de Carvalho	Elizabeth Carneiro de Lima
Celso de Andrade Loureiro	Elizabeth Gomes Sampaio
Charles Van Hombeck Junior	Elizabeth José Barreto
Christiane Claudia Cardoso Anselmo de Faria	Elizabeth Machado Carneiro
Christiane Menescal Braga Itabaiana Nicolau	Ellis Hermydio Figueira Junior
Christiane Monnerat Zéfiro	Elso Vaz
Cilas Alves Magalhães	Emerson Garcia
Claudia Baldan Cabral dos Santos	Eni Gonçalves Ferreira
Claudia Canto Condack	Fábio Marques Brandão
Claudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos	Fabiola Lovisi
Claudia Maria Oliveira dos Santos	Fátima Lucia Alves Ferreira Nunes
Claudia Martins Quaresma Pimentel Batista	Fátima Pacca de Araujo Winkler
Claudio Calo Souza	Felipe Rafael Ibeas
Claudio Henrique da Cruz Viana	Ferdinaldo do Nascimento
Claudio Soares Lopes	Fernanda Campos de Oliveira
Claudio Varela	Fernanda Moreira Jorgensen
Conceição Maria Tavares de Oliveira	Fernando Carlassara de Oliveira
Concelina Henrique de Souza	Fernando Galvão de Andréa Ferreira
Cristiane Bernstein Seixas	Fernando Luiz de Azevedo Costa
Cristiane Gonçalves Soares	Flávia Araujo Ferrer de Andrade
Cristina Maria Nogueira de Vasconcelos	Flavia Beiriz Brandão de Azevedo
	Flávia Pereira Nova
	Flávio Cunha Monteiro de Carvalho

Francisco Chagas Bruno
Francisco Franklin Passos Gouvea
Frederico Alberto Ribeiro Canellas
Galdino Augusto Coelho Bordallo
Georgea Marcovecchio Guerra
Geraldo Antonio Rangel de Azeredo Coutinho
Gianfilippo de Miranda Pianezzola
Gisele Aparecida Gonçalves Sirieiro
Monteiro
Gisele Lobão Salgado
Gizelda Leitão Teixeira
Gladys Mary Licinio Holanda Jerke
Gláucia Maria da Costa Santana
Glória Márcia Percinoto
Glória Rocha Kayat
Guilherme Eugênio de Vasconcellos
Guilherme Magalhães Martins
Guilherme Novis Dias
Guilherme Soares Barbosa
Gustavo Adolfo Machado Cunha Lunz
Gustavo Adolfo Vieira Dutra de Almeida
Hédel Luís Nara Ramos Júnior
Helane Vieira Ramos
Helda Lima Meireles
Hélio José Ferreira Rocha
Heloísa Carpena Vieira de Mello
Heloísa Maria Daltro Leite
Homero das Neves Freitas Filho
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Iagmar Senna Chelles
Ida Maria Moulin Alledi
Ilma de Araujo Barros
Inês da Matta Andreiuolo
Ivany Bastos França David
Ivonise da Costa Feres Caetano
Izabella Figueira
Jacqueline Esther Abecassis
Janaina Marques Corrêa
João Batista Filgueiras
João Carlos Brasil de Barros
João Martins Freitas
João Reginaldo Cardoso da Silva
Joel Cesar Dantas de Sampaio
Joel Tovil
Jonas Mendes Rodrigues
Jorge Narciso da Silva Filho
José Aluízio de Arruda
José Antonio Costa Gonçalves
José Antonio Fernandez Souto
José Augusto Guimarães
José Avelino Atalla
José Carlos Paes
José Eduardo Ciotola Gussem
José Luiz Martins Domingues
José Mario Porto Marandino
Julieta Raila Bernstein Seixas
Julio Cesar Lima dos Santos
Julio Roberto Costa da Silva
Karina Valesca Fleury
Karla Maria da Cruz Carvalho
Kátia Aguiar Marques Selles
Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel
Laise Ellen Macedo Pinheiro da Fonseca
Laise Helena Silva Macedo
Larissa Ellwanger Fleury
Laucy Esteves
Laura Cristina Maia Costa Ferreira
Léa Barboza Vianna Freire
Leila Bran Moreira de Azevedo
Leila Campos Nunes
Leila Machado Costa Polastri
Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e
Albuquerque
Leonardo Cavalcanti Cerqueira
Leonardo Freire de Oliveira
Leônidas Filippone Farrulla Júnior
Liana Barros Cardozo de Sant' Ana
Lígia Portes Santos
Lilian Moreira Pinho
Lincoln Antônio de Castro
Lisangeli Alcântara Erthal Rocha
Lúcia Glória Bastos Alves de Araújo
Lúcia Maria Lacerda Atalla
Lúcia Maria Teixeira Ferreira
Lúcia Mothé Glioche
Lúcia Neves de Oliveira
Lúcia Ramos Serão
Luciana Caiado Ferreira
Luciana Maria Vianna Direito Fagundes
Luciana Sapha Silveira
Luciano Lessa Gonçalves dos Santos
Luciano Oliveira Mattos de Sousa
Lúcio Romulo Soares
Luiz Alberto da Cunha Braga
Luiz Antonio Corrêa Ayres
Luiz Carlos Cáffaro
Luiz Cláudio Carvalho de Almeida
Luiz Fabião Guasque

Luiz Fonseca Le Cocq D'Oliveira
 Luiz Gonzaga de Lima Costa Júnior
 Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho
 Luiza Lane Ribeiro Godinho
 Manoel Ciridião Buarque
 Marcellus Polastri Lima
 Marcelo da Costa Bretas
 Marcelo Daltro Leite
 Marcelo de Carvalho Mota
 Marcelo de Lyra Filho
 Marcelo Lessa Bastos
 Marcelo Lima Buhatem
 Marcelo Pereira Marques
 Marcelo Rocha Monteiro
 Márcia Álvares Pires Rodrigues
 Márcia Colonese Lopes Guimarães
 Márcia Maria Tamburini Porto Saraiva
 Márcia Rodrigues de Oliveira
 Márcia Santos Capanema de Souza
 Márcia Teixeira Velasco
 Márcia Vieira Piatigorsky
 Márcio José Nobre de Almeida
 Márcio Mothé Fernandes
 Marcos André Chut
 Marcos Antônio Maselli de Pinheiro Gouvêa
 Marcos da Motta
 Marcos Kac
 Marcos Moraes Fagundes
 Marcos Ramayana Blum de Moraes
 Marcus Cavalcante Pereira Leal
 Margaret Motta Ramos
 Maria Amélia Barretto Peixoto
 Maria Aparecida Lamoglia Dias
 Maria Aparecida Moreira de Araújo
 Maria Beatriz Peres Fernandes Câmara
 Maria Celeste Cardoso de Brito Pereira
 Maria Célia Gonzaga da Igreja
 Maria Christina Pasquinelli Bacha
 de Almeida
 Maria Cristina da Silva Gaertner
 Maria Cristina Faria Magalhães
 Maria Cristina Menezes de Azevedo
 Maria da Conceição Lopes de Souza Santos
 Maria da Conceição Nogueira da Silva
 Maria da Conceição Pereira Cardoso
 Maria da Glória Barboza Silva
 Maria da Glória Gama Pereira
 Maria da Glória Guarino de Oliveira
 Maria de Fátima da Rocha Novais
 Maria de Lourdes de Oliveira Ribeiro
 Maria de Lourdes Féo Polonio
 Maria de Nazaré Pires de Souza Martins
 Maria do Carmo Machado Ferreira
 Alexandre
 Maria Elisabete Cardoso Antunes da Costa
 Maria Eugênia Andrade de Macedo
 Maria Eugênia Monteiro Cavalcanti
 Maria Helena Côrtes Pinheiro
 Maria Helena Pereira da Cunha
 Maria Helena Rodrigues Silva Biscaia
 Maria Ignez Carvalho Pimentel
 Maria Lucia Farrulla
 Maria Lucia Lima e Silva Ceglia
 Mária Luiza Bezerra Cortes Barroso
 Miranda
 Maria Luiza de Lamare São Paulo
 Maria Luiza Ribeiro Cabral
 Maria Tereza de Andrade Ramos Ferraz
 Maria Thereza Kezen Vieira
 Marília de Castro Neves Vieira
 Marilza de Souza Gonçalves Augusto
 Mário Henrique Mazza
 Mário Luiz Paes
 Mário Moraes Marques Junior
 Marisa Paiva Carvalho da Costa
 Marlene Maria Espindola
 Marlon Oberst Cordovil
 Marly Saramago Hermann
 Marta Folino Proença
 Martha Pires da Rocha Hisse
 Maurício Assayag
 Maurício Cesar do Couto
 Mendelsshon Erwin Kieling Cardona
 Pereira
 Miriam Cristina Mendonça Real de Almeida
 Mona Nassaro
 Mônica da Silveira Fernandes
 Mônica de Faria Sardas
 Mônica dos Santos Cardoso Soares
 Mônica Maria Costa Di Piero
 Mônica Rodrigues Cuneo
 Nedir Machado de Bragança Soares
 Nelcy Pereira Lessa
 Nélia Nahid de Carvalho de Paola
 Nestor Goulart Rocha e Silva Júnior
 Nilo Augusto Francisco Suassuna
 Nilo Cairo Lamarão Branta
 Nizete de Azevedo Oliveira

Norma Chrissanto Dias
Orlando Carlos Neves Belém
Patrícia Leite Carvão
Patrícia Mothé Glioche Béze
Patrícia Silveira da Rosa
Paula Mello Chagas
Paulo Cerqueira Chagas
Paulo Roberto Valim Gomes
Paulo Sérgio Rangel do Nascimento
Paulo Yutaka Matsutani
Pedro de Oliveira Coutinho
Pedro Elias Erthal Sanglard
Plínio de Sá Martins
Regina Buaiz
Regina Ghiaroni
Regina Lúcia Natal de Carvalho
Regina Lúcia Xavier
Regina Olívia da Rocha Werneck
Renata Machado Cotta Buhatem
Renata Maria Cabo de Miranda
Renata Silveiras França
Renato Lisboa Teixeira Pinto
Rohemara dos Santos Carvalho Arce
dos Santos
Ricardo Alcântara Augusto Pereira
Ricardo Ribeiro Martins
Ricardo Zoucin
Riscalla João Abdenur
Rita de Cássia Araújo de Faria
Roberto Mendonça de Andrade
Roberto Moura Costa Soares
Rochester Machado Piredda
Rodrigo Terra
Rogério Carlos Scantamburlo
Rogério Lima Sá Ferreira
Rogério Pacheco Alves
Romero Lallemant Lyra
Rosa Maria dos Reis Parise
Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro
Rosângela Carrozzino Canellas
Rosani da Cunha Gomes
Rubem José Bastos Vianna
Sandra Maria Torres de Mello Scassa
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Sebastião Fador Sampaio

Sérgio Antonio de Carvalho
Sérgio Lívio Pereira Pinto
Sérgio Nogueira de Azeredo
Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel
Sheila Cristina Vargas Ferreira
Silvana Gonzales de Fabritiis
Sílvia Liz Xavier Dell'Ome
Sílvia Maria Castelo Branco de Siqueira
Sílvio José Castellões Maissonette
Simone Benício Ferolla Guida
Simone de Lima e Silva Rossi
Simone Domingues Coachman
Somaine Patrícia Cerruti Lisboa
Sônia Maria Rocha e Silva
Soraya Taveira Gaya
Sueli Carreira da Silva
Sumaya Therezinha Helayel
Taciana Dantas Carpilovski
Talma Prado Castello Branco Júnior
Tânia Castro Góes
Tânia Faria Torres Lana
Tereza Cristina Branco Alves
Theobaldo Lisboa
Thereza Christina Bastos de Menezes
Valéria Videira Costa
Valério Teixeira Nascimento
Vânia Lúcia Borsotto Machado Monteiro
Vânia Maria Carrano Benjô
Vera Lúcia de Sant'Anna Gomes
Vera Lucia Fernandez Delgado de Fernandes
Vera Regina de Almeida
Verônica Elisa Rosa Aguiar
Vicente Ferreira de Arruda Coelho Filho
Victor Rogério Magalhães de Sá e Melo
Victor Santos Queiroz
Virgílio Panagiotis Stavridis
Virgínia de Barros Moreira
Viviane Tavares Henriques Ladeira
Walberto Fernandes de Lima
Waldemiro José Tróculo Junior
Walter de Oliveira Santos
Wania Helena Valle Ayres Fontes
Wilson de Pontes Cardoso

Membros do Ministério Público Especial

Delja Marúcia Palhares Ruthenio de Paiva

Horácio Machado Medeiros

Julio Lambertson Rabello

Paulo Roberto Canettiery

Membros Inativos

(Em 30. 06. 97)

Ada Buksman

Affonso Alípio Pernet de Aguiar

Agenor Teixeira de Magalhães

Alberto Canellas

Alberto Lírio do Valle

Álvaro Angelo Santarossa

Alcívio Dardeau de Carvalho

Aldegy do Nascimento

Aldney Zacharias Peixoto

Alexandre Arbach

Alexandre Dematey Camacho

Aluízio de Freitas Autran Dourado

Álvaro Duncan Ferreira Pinto

Álvaro Homero Xavier de Brito Martins

Baptista

Álvaro Hungria Ferreira Pinto

Amilcar Furtado de Vasconcellos

Ana Maria de Almeida Nogueira

Ana Maria de Andrade Pinheiro

Ana Maria de Resende Chaves

Ana Maria Gattás Bara

Ana Maria Goldemberg

Ana Maria Schmidt

Anatólio Wainstok

Anna Affonso Delecave

Anthero da Silva Gaspar

Antônio Augusto de Vasconcelos Neto

Antônio Carlos da Fonseca Passos

Antônio Carlos Martins

Antônio Cláudio Bocayuva Cunha

Antônio Luiz Guimarães de Oliveira

Antônio Roberto Jorge de Paiva Côrtes

Aquilino Pinto Figueiredo

Arion Sayão Romita

Armando de Oliveira Marinho

Arthur Leonardo de Sá Earp

Arthur Pontes Teixeira

Atamir Quadros Mercês

Augusta Vitória Piclum

Avelino Gomes Moreira Neto

Benjamin Haman

Bonni dos Santos

Brazilmar Moraes Pinheiro

Caetano Pinto de Miranda Montenegro Neto

Carlos Alberto Pires de Carvalho e

Albuquerque

Carlos de Mello Porto

Carlos de Novaes Vianna

Carlos Eduardo Bernardi Montaury Pimenta

Carlos Eduardo Costa Silva

Carlos Magno Maia Przewodowski

Célia de Araújo Costa

Celso Peçanha

Ceres Feijó

Cezar Augusto de Farias

Cláudio Ramos

Cristina Maria dos Santos Caetano da Silva

Cypriano Lopes Feijó

Daisy Monnerat dos Santos Silva

Danilo Domingues de Carvalho

Dário Michéli Gadêlha

David Borensztajn

Déa Araújo de Azeredo

Delma Eyer Harris

Demóstenes Garcia

Diamantino Ferreira

Dilmo Solon Valladares do Lago

Domingos Henrique Leal Braune

Dráusio Rodrigues Lourenço

Duval Vianna

Edgard Coimbra Sampaio	Heitor Pedrosa Filho
Edila Davies de Moura	Hélio Cesar Penna e Costa
Edilon Miranda de Oliveira	Hélio Zaghetto Gama
Edmo Rodrigues Lutterbach	Heloísa Helena Gomes Barboza
Edson Affonso Guimarães	Heloísa Helena Pires dos Santos
Eduardo Othelo Gonçalves Fernandes	Henrique Ernesto Cláudio Dagna
Eduardo Pinto Martins	Henrique Nogueira da Costa
Eduardo Valle de Menezes Côrtes	Hermesinda Oliveira Cavalcanti da Rocha
Ekel Luiz Sérvio de Souza	Hilton Massa
Eládio de Carvalho Werneck	Hisashi Kataoka
Elcio de Souza Chrysóstomo	Homero das Neves Freitas
Eloysio Vieira de Almeida	Hortêncio Catunda de Medeiros
Emanuel Roberto de Nora Serra	Hugo Gonçalves Roma
Emyr Pereira da Silva	Inácio Nunes
Enos da Costa Palma	Irenice Nunes Azevedo Lima
Eugênio Carvalho do Nascimento Filho	Iris Gameiro Seiffert
Evandro Barbosa Steele	Itala Cremer
Evandro Ramos Lourenço	Ivan Anatócles da Silva Ferreira
Everardo de Góes Fischer	Ivan Rezende Pereira Leal
Everardo Moreira Lima	Ivonildes Luiz Altino de Lima
Ferdinando José Bianchini Latgé	Jackson Lopes Corrêa
Fernando Araripe de Moraes Quadros	Jareléa Pereira Gomes
Fernando José Pessoa da Silva	Jayme Duarte Vieira
Fernando Lúcio Lagoeiro de Magalhães	Jefferson Machado de Góes Soares
Fernando Paciello	João Baptista Storduto de Carvalho
Flávio Curi Vitari	João Carlos de Miranda Freire
Francisco das Neves Baptista	João Rodrigues de Oliveira
Francisco de Oliveira	Joaquim Alfredo Ribeiro Mariano
Francisco Eugênio Freire Moraes	Joaquim Armindo Thomaz
Francisco Gil Castello Branco	Joaquim Borges Valadão Filho
Francisco Habib Otoch	Jocymar Dias de Azevedo
Francisco José Vaz	Jorge Alonso Ferraço
Francisco Massá Filho	Jorge Armando Figueiredo Enne
Gabriel Villela Junior	Jorge Euclides Pereira Ninho
Gastão Lobão da Costa Araújo	Jorge Ibraim Salluh
Gastão Menezes Carneiro	Jorge Joaquim Lobo
Gelcy Migon Pinto de Oliveira	Jorge Vacite Filho
Geraldo di Biase	José Araújo dos Santos
Geraldo Freitas Caldas	José Bianchini
Geraldo Mattos Maia	José Carlos da Cruz Ribeiro
Gerardo Rangel dos Santos	José da Silveira Lobo
Gerson Nicacio Garcia	José Dias Barroso
Gevan de Carvalho Almeida	José Diniz Pinto Bravo
Gilberto Machado Simões	José Francisco Basílio de Oliveira
Guy Benigno Brasil	José Francisco de Martino
Hamilton Xavier	José Ivanir Gussem
Hédel Luís Nara Ramos	José Perelmiter
Heitor Costa Júnior	José Ricardo Lopes Guimarães

José Rodrigues Pinheiro
José Sertã Camões
José Vicente Ferreira
José Vicente Pereira
Juary Silva
Julio Cesar Souza Baltharejo
Laercio Guarçoni
Lafredo Lisboa Vieira Lopes
Laudelino Freire Júnior
Leôncio de Aguiar Vasconcellos
Leonel dos Santos
Lício de Oliveira Araújo
Lília Izaguirre de Toledo Malta
Liliane Chaves de Castro Magalhães
Lourdes Gamba
Lourineide de Arruda Xavier
Lúcia Maria Cuiñas da Cunha
Lucy Lopes Kratz
Luís Fernando Ribeiro Matos
Luiz Almeida do Valle
Luiz Antônio Pacca Campos Mello
Luiz Carlos Rodrigues da Costa
Luiz Carlos Vivas Vieira
Luiz de Araújo Braz
Luiz Facea
Manoel Geraldo Areunete
Marcello Maria Domingues de Oliveira
Marcelo Antônio de Meneses Oliveira
Marcos Mizrahi
Maria da Glória Franco
Maria do Carmo Alves Garcia
Maria Eliza de Proença Hingst
Maria Lenígia Rocha Pires de Carvalho
Maria Suzane Chaves Meireles
Mariana de Oliveira
Marilene Gomes Fernandes
Marília Bulhões dos Santos Carneiro
Mário Carrilho da Fonseca e Silva
Mário de Carvalho Pereira
Mário Ferreira dos Reis
Mário Portugal Fernandes Pinheiro
Mário Tobias Figueira de Mello
Mário Tobias Figueira de Mello Filho
Mariza Clotilde Villela Perigault
Marlene Cardoso Gonzalez
Marly Martin Mazzuchelli
Maurício Parreiras Horta
Maurício Ruas Pereira

Mauro Azevedo
Mauro José Ferraz Lopes
Maximino Gonçalves Fontes Neto
Miriam Rocha Mello
Murillo Bernardes Miguel
Nader Couri Raad
Nancy Mendes de Aragão
Naudila Teresinha Honorato Neves
Neje Hamaty
Nelson de Sá
Nelson José Martins
Newton Campos de Medeiros
Newton Lourenço Jorge
Newton Marques Cruz
Nicanor Medici Fischer
Nilda Maria Benevides de Miranda
Norton Esteves Pereira de Mattos
Octávio Freitas
Olegário Maciel Cólly
Onéδιο Francisco Gonçalves
Oswaldo de Moraes Bastos
Otto Frederico Campean
Ovidio Silva
Oziel Esmeriz Miranda
Pamphilo Andrade da Silva Freire
Paulo Antunes de Oliveira
Paulo Bouçada Tassara
Paulo Cezar Pinheiro Carneiro
Paulo Chermont de Araújo
Paulo de Salles Guerra
Paulo Frederico Bandeira de Mello Thedim
Lobo
Paulo José Soares de Souza
Paulo Monteiro Barbosa
Paulo Roberto Pinheiro Torres
Pedro Henrique de Miranda Rosa
Pedro Paulo Geraldo Pires de Mello
Regina Célia de Oliveira Calmon
Regina Machado Tedesco
Regina Maria Corrêa Parisot
Reinaldo Moreira Glioche
Remy Barbosa Vianna
Renato Gonçalves Pereira
René de Souza Coelho
Ricardo Canellas Rinaldi
Ricardo Hungria Ferreira Pinto
Roberto Abranches
Roberto Bernardes Barroso

Roberto Ribeiro França
Rodolpho Antônio Avena
Ronaldo Simão
Ronaldo Tostes Mascarenhas
Rosa Déa Veiga da Silva
Ruth Sarah Hirschfeldt
Ruy Soares Barbosa Júnior
Sálua Bunahum
Santos Levy
Sávio Soares de Sousa
Sebastião de Almeida Parente
Sergina Mello
Sérgio Castanheira
Sérgio de Andréa Ferreira
Sérgio Zetterman
Simão Isaac Benjô
Sônia Maria Moret Freire Lourenço
Sonia Maria Ribeiro Valle Acioli

Stênio Lutgardes Neves
Sylvio Tito Carvalho Coelho
Telius Alonso Avelino Memória
Themístocles de Faria Lima
Theodoro Arthou
Ugo Soares Pinheiro Chagas
Ulysses Leocádio
Vera Maria Barreira Jatahy
Vera Maria Florêncio Berto
Vicente Sílvio Ferreira do Nascimento
Waldir Novelino
Waldy Genuino de Oliveira
Wander Cézaro Moreira
Wilson Cavalcanti de Farias
Yolando Cardoso
Zilma de Castro Cunha Almeida
Zita Vereza Gama Silva

**Membros do Ministério Público com Atribuição Perante os
Tribunais Superiores do Estado do Rio de Janeiro
(Em 30. 06. 97)**

Tribunal de Justiça

Seção Cível

Procuradoria

Desig. - Luiz Sergio Wigderowitz

Desig. - Mario Robert Mannheimer

1º e 2º Grupos de Câmaras Cíveis

Procuradoria

Titular - Luiz Sergio Wigderowitz

3º e 4º Grupos de Câmaras Cíveis

Procuradoria

Titular - Mario Robert Mannheimer

5º Grupo de Câmaras Cíveis

Desig. - Maria Elizabeth Riente Lima

Desig. - Heloisa Maria Alcofra Miguel

Desig. - Rosane Orichio de Siqueira Mello

1ª Câmara Cível

1ª Procuradoria

Titular - Ertulei Laureano Matos (PGJ)

Desig. - Paolina Leone Candia Hryniewicz

2ª Procuradoria

Titular - Décio Luiz Gomes (PGJ)

Desig. - Paolina Leone Candia Hryniewicz

Desig. - Paulo Ferreira Rodrigues

3ª Procuradoria

Titular - Paulo Ferreira Rodrigues

2ª Câmara Cível

1ª Procuradoria

Titular - Thereza de Paula Tavares
Henriques

2ª Procuradoria

Titular - Luiz Carlos Humbert de
Albuquerque Maranhão (PGJ)

Desig. - Antônio Carlos da Graça Mesquita

3ª Procuradoria

Titular - Celso Fernando de Barros (PGJ)

Desig. - Zélia Salles de Vasconcelos

3ª Câmara Cível

1ª Procuradoria

Titular - Pedro Nogueira Fontoura

2ª Procuradoria

Titular - Omar Gama Ben Kauss

3ª Procuradoria

Titular - Elio Gitelman Fischberg

4ª Câmara Cível

1ª Procuradoria

Titular - Helcio Alves de Assumpção (PGJ)

Desig. - Maria Dionisia F. G. de Almeida

2ª Procuradoria

Titular - Carlos Machado Vianna

3ª Procuradoria

Titular - Maria Teresa Moreira Lima (PGJ)

Desig. - Fernando Fernandy Fernandes

5ª Câmara Cível

1ª Procuradoria

Titular - Marija Yrneh Rodrigues de Moura

2ª Procuradoria

Titular - Jacyr Villar de Oliveira (PGJ)

Desig. - Carlos Domingues da Venda

3ª Procuradoria

Titular - José Maria L. L. de Oliveira

(Lic. Esp)

Desig. - Leonardo de Souza Chaves

6ª Câmara Cível

1ª Procuradoria

Titular - Renato Pereira França (PGJ)

Desig. - Luiz Otávio de Freitas

2ª Procuradoria

Titular - Edmundo José Anjo Coutinho (PGJ)

Desig. - Luiz Carlos de Oliveira Lopes

3ª Procuradoria

Titular - Luiz Antonio Ferreira de Araújo

7ª Câmara Cível

1ª Procuradoria

Titular - Maurício Caldas Lopes

2ª Procuradoria

Titular - Bernardo Buarque Schiller (PGJ)

Desig. - Celso Benjô

3ª Procuradoria

Titular - Evangelina Fontelas Rosado
Spinelli

Desig. - Cristiano Cullen de Sampaio Vianna

8ª Câmara Cível

1ª Procuradoria

Titular - Maria Cristina Palhares dos Anjos
Tellechea (PGJ)

Desig. - Luís Carlos de Araújo

2ª Procuradoria

Titular - José dos Santos Carvalho
Filho (PGJ)

Desig. - Nelma Glória Trindade de Lima

3ª Procuradoria

Titular - Márcio Klang

9ª Câmara Cível

Desig. - Maria Elizabeth Riente Lima

Desig. - Heloisa Maria Alcofra Miguel

Desig. - Rosane Orichio de Siqueira Mello

10ª Câmara Cível

Desig. - Maria Elizabeth Riente Lima

Desig. - Heloisa Maria Alcofra Miguel

Desig. - Rosane Orichio de Siqueira Mello

Seção Criminal

Procuradoria

Desig. - Sergio Bastos Viana de Souza

Desig. - Francisco Antonio Souto e Faria

1ª Câmara Criminal (e Seção Criminal)

1ª Procuradoria

Titular - Antonio Vicente da Costa Junior

2ª Procuradoria

Titular - Ronaldo de Medeiros e
Albuquerque

3ª Procuradoria

Titular - Virgilio Augusto da Costa Val

4ª Procuradoria

Titular - Leny Costa de Assis (PGJ)

2ª Câmara Criminal (e Seção Criminal)

1ª Procuradoria

Titular - Mary Virginia Northrup (Afast.)

Desig. - Antonio Carlos Coelho dos Santos

2ª Procuradoria

Titular - Victória Siqueiros Soares Le Cocq
D'Oliveira (PGJ)

Desig. - José Roberto Paredes

3ª Procuradoria

Titular - Adir Maria de Andrade Equi

4ª Procuradoria

Titular - Antonio Francisco Feteira
Gonçalves

3ª Câmara Criminal (e Seção Criminal)

1ª Procuradoria

Titular - Hamilton Carvalhido (PGJ)

Desig. - José Augusto de Araújo Neto

2ª Procuradoria

Titular - João Baptista Lopes de Assis
Filho

3ª Procuradoria

Titular - Denise Souza Soares (Lic. Méd)

Desig. - Tânia Maria Salles Moreira

4ª Procuradoria

Titular - Sergio Demoro Hamilton (PGJ)

Desig. - Francisco Eduardo M. Nabuco

4ª Câmara Criminal (e Seção Criminal)

1ª Procuradoria

Titular - Luiz Brandão Gatti

2ª Procuradoria

Titular - Adolpho Lerner (Lic. Esp)

3ª Procuradoria

Titular - Antonio Carlos S. Biscaia
(Lic. Esp)

4ª Procuradoria

Titular - Mauro Campello (Lic. Esp)
Desig. - Raphael Cesário

Tribunal de Alçada Cível

1ª Câmara (1º Grupo)

1ª Procuradoria

Titular - Vago

2ª Procuradoria

Titular - João Batista Petersen Mendes (Afast.)

Desig. - Sandra Muniz M. de R. Castro

3ª Procuradoria

Titular - David Milech

2ª Câmara (Órgão Especial)

1ª Procuradoria

Titular - Hugo Jerke (PGJ)

Desig. - Sônia Simões Corrêa Fortes

2ª Procuradoria

Titular - Augusto Dourado

3ª Procuradoria

Titular - José Antonio Leal Pereira

3ª Câmara (3º Grupo)

1ª Procuradoria

Titular - Israel Stoliar

2ª Procuradoria

Titular - Mario Antonio de Carvalho (PGJ)

Desig. - Kleber Couto Pinto

3ª Procuradoria

Titular - Laiza de Paula Rossi (PGJ)

Desig. - Israel Stoliar

Desig. - Kleber Couto Pinto

4ª Câmara (Órgão Especial)

1ª Procuradoria

Titular - Alma Rubens Alvim de Carvalho

2ª Procuradoria

Titular - Elizabeth de Moraes Cassar

Ferraz Alves (PGJ)

Desig. - Marilza Mattos Mendes Borges

3ª Procuradoria

Titular - Nildson Araújo da Cruz

Desig. - Vera Maria José Rollas

5ª Câmara (4º Grupo)

1ª Procuradoria

Titular - Andeson Albuquerque de S. e Lima

2ª Procuradoria

Titular - Sergio Bastos Viana de Souza (PGJ)

Desig. - Wilséa Gaspar Fernandes

3ª Procuradoria

Titular - Edilma Raposo dos Santos Engels

6ª Câmara (Órgão Especial)

1ª Procuradoria

Titular - Katia Costa Marques de Faria

2ª Procuradoria

Titular - Marly de Almeida Leite Perorázio

Tavares

3ª Procuradoria

Titular - Silvio Ambrosi de Miranda Valverde

7ª Câmara (2º Grupo)

1ª Procuradoria

Titular - Adolfo Borges Filho

2ª Procuradoria

Titular - Maria Amélia C. Carvalho (PGJ)

Desig. - Adolfo Borges Filho

Desig. - Regina Celi Silva Machado

3ª Procuradoria

Titular - Regina Celi Silva Machado

8ª Câmara (Órgão Especial)

1ª Procuradoria

Titular - Francisco Antonio Souto e Faria

(PGJ)

Desig. - Levy de Azevedo Quaresma

Desig. - Edson Pereira da Silva

2ª Procuradoria

Titular - Levy de Azevedo Quaresma

3ª Procuradoria

Titular - Edson Pereira da Silva

Tribunal de Alçada Criminal

1ª Câmara

1ª Procuradoria

Titular - Vitória Abi Rihan

2ª Procuradoria

Titular - Pedro Moreira Alves de Brito

3ª Procuradoria

Titular - Vanda Menezes Rocha

4ª Procuradoria

Titular - Paulo Ivan de Oliveira Teixeira

2ª Câmara

1ª Procuradoria

Titular - Suely Jardim da Silva Pylro

Desig. - Maria Cristina Menezes de Azevedo

2ª Procuradoria

Titular - Luiza Thereza Baptista de Mattos

3ª Procuradoria

Titular - Marcia Paiva Arellano

4ª Procuradoria

Titular - Antonio Ricardo Binato de Castro

3ª Câmara (Tribunal Pleno 1º e 2º Grupos de Câmaras)

1ª Procuradoria

Titular - Marfan Martins Vieira

2ª Procuradoria

Titular - Maria Cristina Pacini de Medeiros e Albuquerque

3ª Procuradoria

Titular - Luiz Carlos Silva

4ª Procuradoria

Titular - Dalva Pieri Nunes (PGJ)

Desig. - Maria do Carmo dos Santos Casa Nova

4ª Câmara

1ª Procuradoria

Titular - Fernando Chaves da Costa (PGJ)

Desig. - Celma Pinto D. de C. Alves

2ª Procuradoria

Titular - Assy Mirza Abranches

Desig. - Celma Pinto D. de C. Alves

Desig. - Julio Cesar de Souza Oliveira

Desig. - Maria Cristina M. de Azevedo

3ª Procuradoria

Titular - Julio Cesar de Souza Oliveira

4ª Procuradoria

Titular - Vera de Souza Leite (PGJ)

Desig. - Maria Cristina M. de Azevedo

Tribunal de Contas

Quadro Permanente

1ª Procuradoria

Titular - Carlos Antonio da Silva Navega

2ª Procuradoria

Titular - Mauricio Helayel

3ª Procuradoria

Titular - Cezar Romero de Oliveira Soares

4ª Procuradoria

Titular- João Marcello de A. Junior (Férias)

5ª Procuradoria

Titular - Angelo Moreira Glioche (PGJ)

6ª Procuradoria

Titular - Roberto Pontes Dias (Férias)

Quadro Especial

Procuradoria

Titular - Delja Marúcia Palhares Ruthenio de Paiva (Férias)

Procuradoria

Titular - Horácio Machado Medeiros

Procuradoria

Titular - Julio Lambertson Rabello (Férias)

Procuradoria

Titular - Vago

Procuradoria

Titular - Paulo Roberto Canettieri

Procuradoria

Titular - Vago

**Integrantes dos Tribunais Superiores
oriundos do Ministério Público
(Em 30. 06. 97)**

Tribunal de Justiça

Carlos Alberto Torres de Mello
Décio Meirelles Góes
Ellis Hermydio Figueira
Humberto Paschoal Perri

Jorge Alberto Romeiro Junior
Luiz Eduardo Guimarães Rabello
Manoel Carpena Amorim
Paulo Gomes da Silva Filho

Tribunal de Alçada Cível

Antonio José Azevedo Pinto
Luiz Roldão de Freitas Gomes

Maria Henriqueta do A. F. Lobo
Marly Macedônio

Tribunal de Alçada Criminal

Giuseppe Italo Brasilino Vitagliano

Telma Musse Diuana

SUMÁRIO

DOCTRINA

Afranio Silva Jardim - Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95)	33
Carla Rodrigues de Araújo - Algumas questões sobre o Tribunal do Júri ...	52
Cláudio Soares Lopes - A constitucionalidade do novo artigo 366 do CPP .	56
Damásio E. de Jesus e Gianpaolo Poggio Smanio - Internet: Cenas de sexo explícito envolvendo menores e adolescentes - Aspectos civis e penais	59
Eduardo Slerca - A renúncia à representação é irreatável, pode ser tácita e implica sempre em extinção de punibilidade	61
Fábio Ulhôa Coelho - A responsabilidade dos administradores das sociedades por ações	68
José dos Santos Carvalho Filho - A contradição da Lei nº 8.987/95 quanto à natureza da permissão de serviços públicos	92
Lúcia Valle Figueiredo - O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento	97
Luiz Fabião Guasque - Desapropriação	118
Marcellus Pollastri Lima - A Lei nº 9.099/95 - Questões controvertidas	128
Marcelo Pereira Marques - Crimes "militares" dolosos contra a vida cometidos contra civil (Lei nº 9299/96).....	148
Marcos André Chut - Aspectos polêmicos da Lei nº 9.271/96	153
Marcos Maselli Gouvêa - As empresas e o conceito de consumidor	159
Paulo Rangel - Pequenas considerações sobre a Lei nº 7.960/89 - Dispõe sobre Prisão Temporária	168
Sergio Demoro Hamilton - O apelo contra a vontade do réu	172
Walberto Fernandes de Lima e Mendelsohn Erwin K. Cardona Pereira - O Ministério Público, o crime organizado e a nova ordem processual penal	179

PARECERES E RAZÕES

- Responsabilidade civil. Teoria do risco administrativo (Adolfo Borges Filho)	191
- Legítima defesa da honra. Inadmissibilidade em caso de adultério (Adolpho Lerner)	194
- Eleitoral - Intimação do Ministério Público para recorrer (LC 75/93 - art. 18, II, letra "h"). Embargos de declaração (Alcides Martins)	197

- Fiança. Exame do <i>thema</i> em caso de concurso material. Mandado de segurança no sentido de obter efeito suspensivo contra a decisão concessiva da caução (Cláudio Soares Lopes)	199
- Imóvel foreiro. Recolhimento de laudêmio (Elio Fischberg)	204
- A sentença concessiva de alimentos torna certa a filiação e autoriza o registro, dispensando a ação de investigação de paternidade (Helcio Alves de Assumpção)	207
- Pedido de antecipação de tutela - <i>Forum Shopping</i> . Indeferimento (arts. 269, I, CPC, e 37 § 6º da Constituição Federal) (Humberto Dalla Bernardina de Pinho)	209
- Roubo agravado pelo concurso de pessoas. A subtração de coisa, como fato transeunte, prescinde de apreensão ou perícia para que se tenha como evidenciado o crime. Cálculo da pena. Exame do art. 68, CP (José Roberto Paredes)	220
- Pedido de interrupção de gravidez - Anencefalia do feto. Inviabilidade de vida extra-uterina. Deferimento da pretensão (Laura Cristina Maia Costa Ferreira)	224
- Crimes de quadrilha e extorsão em cúmulo material. Questões processuais variadas (Luiz Brandão Gatti)	229
- Mandado de segurança sobre matéria institucional. O fato de ser a ação civil pública intentada por um órgão de execução do Ministério Público no primeiro grau não impede, antes exige, a atuação da Procuradoria de Justiça perante o Tribunal (Luiz Sergio Wigderowitz)	239
- Lei nº 9.099/95. Aplicação dos arts. 88 e 91. Exame dos temas (Ronaldo de Medeiros e Albuquerque)	243
- Crimes dos arts. 180, 297 e 304 do CP. Exclusão do <i>falsum</i> e do uso. Aditamento da inicial para a inclusão de fato novo. Impossibilidade (Sergio Demoro Hamilton)	248

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

- *Processual Penal. Penal. Crime falimentar. Ação Penal: trancamento: impossibilidade.*

I - Laudo pericial elaborado pelo Síndico da massa falida, perito contador, com registro no órgão de fiscalização: incorrência de nulidade capaz de ensejar o trancamento da ação penal. Ademais, toda a matéria apurada no inquérito, instaurado com base no laudo contábil, pode ser renovada na instrução criminal.

II - HC indeferido (Segunda Turma)

- **Habeas Corpus.** *Crime cometido por prefeito e por secretário municipal de obras (art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67, e arts. 304 e 299 do CP). Competência: art. 29 da Constituição e Súmula 394; coação de relator e de tribunal.*

1. A Constituição transferiu a competência do Juiz singular – para julgamento do Prefeito por crime cometido durante o exercício funcional – ao Tribunal de Justiça (inciso VIII do art. 29 da redação original, que corresponde ao inciso X da redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1992).

Esta disposição sobre competência tem aplicação desde a sua promulgação (5-10-88), atingindo os inqueritos e ações penais então em andamento, bem como os iniciados após a cessação do exercício funcional (Súmula 394).

2. Revisão da jurisprudência desta Corte sobre os crimes com penas previstos no Decreto-Lei nº 201/67, no sentido de que o término do mandato eletivo não põe fim à ação penal já iniciada, nem inibe o seu início (HC nº 70.671-1-PI).

3. Enquanto não apreciada a denúncia do Procurador-Geral da Justiça pelo Órgão colegiado, nem este nem o Relator são os coatores, mas quem a ofereceu.

4. *Habeas Corpus* não conhecido por incompetência desta Corte, remetendo-se os autos ao Tribunal de Justiça (**Segunda Turma**) 264

Jurisprudência Cível

- *Constitucional. Precatório. Ação Acidentária. Crédito de natureza alimentícia. Constituição, art. 100.*

I – O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn nº 47-SP, ocorrido em 22-10-92, decidiu, por maioria de votos, que a exceção estabelecida no art. 100, caput, da Constituição em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa o precatório, mas se limita a isentá-los da observância da ordem cronológica em relação às dívidas de outra natureza.

II – Ressalva do ponto de vista pessoal do relator deste.

III – RE conhecido e provido (**Segunda Turma**)..... 267

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

- *Penal. Júri. Homicídio privilegiado-qualificado. Possibilidade*

1. Não há incompatibilidade na coexistência de circunstâncias que qualificam o homicídio e as que o tornam privilegiado.

2. Pode o Júri reconhecer concomitantemente que o réu agiu sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, e que empregou um meio que dificultou ou impossibilitou sua defesa.

3. Recurso Especial provido (**Quinta Turma**) 271

- *Penal. Furto Privilegiado. Furto Qualificado*

- O benefício do § 2º do art. 155 do Código Penal não se aplica à hipótese

do § 4º do mesmo dispositivo (Furto Qualificado)

– Precedentes do STF e STJ.

– Recurso especial conhecido, porém improvido (**Sexta Turma**) 275

Jurisprudência Cível

– *Alimentos provisionais requeridos na pendência de ação revisional. Viabilidade. Arguição de nulidade do acórdão recorrido em face de prevenção de outro órgão julgador.*

1. Alegação de prevenção, que está a exigir a interpretação e aplicação de norma regimental da Corte local (Súmula nº 399 - STF).

Inocorrência, ademais, de incompetência absoluta.

2.

Imprequestionamento dos temas alusivos aos arts. 267, inc. I, e 295, inc. V, do CPC.

Não obstante fixada a prestação alimentícia em autos de separação consensual, uma vez cassados os alimentos provisórios pleiteados na ação revisional, por incompatibilidade de rito, não se acha impedida a alimentanda de lançar mão de ação cautelar de alimentos provisionais.

Recurso especial não conhecido (**Quarta Turma**) 278

– *Responsabilidade civil. Dano moral. Pessoa jurídica*

A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial, cabendo indenização pelo dano extrapatrimonial daí decorrente.

Recurso conhecido, pela divergência, mas improvido (**Quarta Turma**).. 283

– *REsp – Comercial – Civil – Falência – Locação – Despejo – Juízo Competente*

– A ação de despejo não é atraída pelo Juízo universal da falência. Aqui, reúnem-se passivo e ativo do falido, a fim de os credores receberem o mesmo tratamento. A ação de despejo tem finalidade e conteúdo diversos (**Sexta Turma**) 289

– *Seguro-Saúde. AIDS. Epidemia*

1. A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame, não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado.

2. A interpretação de cláusula contratual, sobre a exclusão de despesas decorrentes de epidemia, está fora do âmbito do recurso especial (Súmula 5). Recurso não conhecido (**Quarta Turma**) 291

NOTICIÁRIO

– Memória do Ministério Público	301
– Posse do Procurador-Geral de Justiça	302
– Solenidade de Posse do novo Conselho Superior do Ministério Público ..	302
– Eleição para a escolha do novo Corregedor-Geral do Ministério Público	305
– Posse do novo Corregedor-Geral do Ministério Público	305

- Homenagem ao Procurador-Geral de Justiça	308
- Colar do Mérito do Ministério Público	309
- 30 anos da "Revista do Ministério Público" (1967-1997) (Ronaldo de Medeiros e Albuquerque)	310
- Novo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	312
- Novos Procuradores de Justiça (Período 01.01.97 a 30.06.97)	314
- Vitaliciamentos	314
- Aposentadorias	315
- Falecimentos	315
- Exonerações (a pedido)	315

Perfil

I - <i>Caetano Pinto de Miranda Montenegro Neto</i> (David Milech)	316
II - <i>Max Gomes de Paiva</i> (Maximiano José Gomes de Paiva) (Sálua Buhnahum)	317

ÍNDICE DE AUTORES	321
--------------------------------	-----

ÍNDICE DE ASSUNTOS	324
---------------------------------	-----

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar a doutrina jurídica brasileira, sob o ponto de vista da sua evolução histórica, desde o período colonial até o atual. Para isso, serão abordados os principais autores e obras que influenciaram a formação da doutrina jurídica brasileira, bem como a sua relação com o direito positivo e a prática jurídica.

DOCTRINA

A doutrina jurídica brasileira é o conjunto de ideias, teorias e princípios que orientam a interpretação e a aplicação do direito. Ela é formada por uma série de autores e obras que, ao longo da história, foram influenciados por diferentes correntes de pensamento jurídico. Desde o período colonial, quando a doutrina jurídica brasileira foi influenciada pelo direito português, até o atual, quando ela se tornou mais plural e diversificada.

Embora não haja uma doutrina jurídica única e homogênea, é possível identificar algumas características e tendências que marcaram a sua evolução. Uma das principais características é a influência do direito português, que se refletiu na adoção de conceitos e estruturas jurídicas semelhantes. Outra característica é a pluralidade de correntes de pensamento, que refletiu a diversidade cultural e social do Brasil. Por fim, é importante destacar a relação entre a doutrina jurídica e a prática jurídica, que se tornou cada vez mais estreita ao longo da história.

DOCTRINA

Juizados Especiais Criminais (Lei Nº 9.099/95) (**)

AFRANIO SILVA JARDIM (*)

Introdução

A Lei nº 9.099/95, que ficou em *vacatio* durante dois meses, já está em vigor e, nesse período, muito se produziu, muito se discutiu, muito se debateu. Várias obras hoje já estão sendo publicadas, comentando determinados dispositivos cuja interpretação é conflitual e discutível. Achamos que, talvez, não agora, mas proxima-mente, tenhamos que realizar um exame da Lei numa perspectiva não procedimentalista, e, sim, numa visão sistemática, percebendo que ela é especial, mas se insere dentro de um sistema processual. Parece-nos que muitas das interpretações, até vanguardistas, de primeira hora, levam a posições insustentáveis dentro do sistema processual penal.

Sempre que surge uma lei nova há um certo afogadilho, uma certa necessidade de alguns autores e professores de lançar posições novas, "criar em cima da lei". E isso é bom, porque sacode aquele nosso espírito do Direito conservador. Mas, às vezes, a coisa vai ousada demais e perdemos os limites da interpretação, do conhecimento jurídico. Temos encontrado isso na interpretação da Lei nº 9.099/95. Obras publicadas de imediato, com posições muito pessoais e opinativas, acabam, pela autoridade e importância de seus autores, seduzindo a comunidade jurídica e, só com o tempo, demoradamente, é que colocamos as coisas nos trilhos novamente.

Esta Lei tem uma engenharia, vamos dizer assim, importante. Ao invés de optar pela descriminalização, atendendo ao chamado Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal, Direito Penal Mínimo, optou pela descriminalização de forma indireta, através do processo. Seria mais ou menos o seguinte: já que o Direito Penal não teve a ousadia de descriminalizar, o Direito Processual Penal, por vias indiretas, para essas infrações de pequena monta, através de determinados institutos, visa à despenalização. Aquela visão do Direito Penal liberal, que trabalha até com a hipótese da abolição do Direito Penal, numa visão utópica, com uma acentuada descriminalização, é uma visão liberal, mas pode ser até o contrário, uma postura persecutória, equivocada. Porque, na medida em que descriminaliza a conduta, esta, não saindo da esfera do proibido, passa a ser disciplinada por outros ramos do Direito, basicamente o Direito Administrativo. O Direito Administrativo não se submete ao controle jurisdicional a que o Direito Penal e o Direito Processual Penal se submetem, os quais, principalmente em face da Constituição, outorgam importantes garantias. O Princípio *nulla poena sine iudicio* é um princípio ligado ao Direito Pro-

cessual por ser instrumento de aplicação do Direito Penal. Na medida em que o Direito Penal descriminaliza e deixa para outro ramo do Direito a persecução daquela conduta, porque continua desvalorada, abrimos mão de garantias constitucionais do Direito Processual Penal. De modo que, de repente, a descriminalização pode endurecer mais o sistema do que, como pensam os liberais, levar a uma solução mais justa, mais social para essas questões. E essa Lei não descriminaliza conduta alguma, nenhuma conduta que era típica deixou de ser típica, não saiu da esfera do proibido do Direito Penal. Entretanto, o legislador Processual Penal, percebendo a pouca significação na punição dessas condutas, através de mecanismos processuais, indiretamente, despenaliza essas infrações.

Transação Penal e Suspensão Condicional do Processo

Vamos começar a falar sobre os Juizados Especiais Criminais ressaltando os dois institutos que são, talvez, os mais importantes, e que estão criando mais controvérsias. Referimo-nos à *transação penal* e à *suspensão condicional do processo*.

Hoje já temos alguma doutrina, alguns livros de autores importantes, interpretando esses e outros institutos. Esses dois institutos têm merecido dessa doutrina uma interpretação já majoritária, e que parece não muito aconselhável, não muito correta. Passa-se a examinar a *transação penal* e a *suspensão condicional do processo* numa perspectiva defensiva, numa perspectiva puramente do réu e se sustenta tratar-se de direito subjetivo processual, seja a *transação penal*, seja a *suspensão condicional do processo*. Cria-se uma situação complicada, de difícil solução, no que diz respeito à aplicação retroativa da Lei nº 9.099/95, a respeito também do papel do Ministério Público e do papel do Juiz nesses dois institutos.

O que a lei fala em relação ao Ministério Público é que poderá oferecer a proposta de *transação penal* ou da *suspensão condicional do processo*. Em sendo esses dois institutos um direito subjetivo processual, deixa de ser um *poderá* e passa a ser um *deverá* e a ótica tem sido essa.

Temos pensado, refletido e trabalhado numa outra perspectiva, não sabemos se por vício de Ministério Público, de Promotor de Justiça, embora como Professor procuremos sempre trabalhar as questões tentando nos livrar dessa posição. Às vezes somos levados a ter uma posição assim, mais severa, mais dura e literal na interpretação da lei.

Parece-nos que temos que pensar a *transação penal* como uma mitigação ao Princípio da Obrigatoriedade, do exercício da Ação Pública. Muito se discutiu sobre a necessidade de se mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, então, o legislador, para as infrações de menor potencial ofensivo, abrandou o Princípio da Obrigatoriedade dizendo que, para determinadas infrações penais e crimes, alguns crimes, presentes determinados requisitos, o Ministério Público pode oferecer uma proposta de *transação penal*, possibilitando ao réu uma pena restritiva de direito, uma pena de multa, uma pena não restritiva de liberdade, e tudo depende da aceitação do réu. Quer dizer, o sistema dizia que o Ministério Público, presentes as

condições para o exercício da ação penal - interesse de agir, legitimação das partes, possibilidade jurídica do pedido, justa causa, que coloco como uma quarta condição da ação, ou seja, aquela prova mínima que deve existir para lastrear a instauração do processo, dar arrimo à acusação penal pública ou privada - pelo sistema do Código, o Ministério Público tem o *dever* de oferecer a denúncia. Nessas hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo, O legislador diz que, desde que preenchidos determinados requisitos legais, o Ministério Público *pode* oferecer uma pena menor, no interesse da sociedade, no interesse do réu, *etc.* Quer dizer, seria uma *faculdade* do Ministério Público que, nesses casos, não tem o dever de oferecer a denúncia e, sim, a *faculdade* de oferecer uma pena menor, abrindo mão do exercício da obrigatoriedade da ação penal. Não vemos, por conseguinte, como direito subjetivo do réu a *transação penal*. Mas essa é uma posição minoritária.

Em alguns países, com reformas processuais recentes, o Ministério Público não tem o dever de oferecer a denúncia, e, por motivo de política criminal, poderá deixar de denunciar e requerer o arquivamento da investigação policial. Supondo que a nossa lei assim dispusesse, o réu teria o direito subjetivo ao arquivamento do inquérito policial? Não. Seria apenas uma mitigação ao Princípio da Obrigatoriedade. O nosso legislador não foi a tanto; diz que o Ministério Público não pode deixar de denunciar e requerer o arquivamento nem a pena, mas pode requerer uma pena mais benevolente para o réu. Muda, a nível de *sisterha*, a situação? Não. Ele tinha o dever de denunciar, mas, para essas infrações penais, ele não tem o dever de denunciar. Isso outorga ao réu o direito subjetivo de não ser processado? Parece-nos que não. Parece-nos que é uma faculdade que tem o Ministério Público, naqueles casos, e, mesmo assim, só a pode exercer preenchidos determinados requisitos legais não oferecendo a denúncia e sugerindo uma pena mais benevolente para o réu. Isso não seria, a nosso juízo, uma direito subjetivo do réu, mas uma faculdade do Ministério Público.

Se entendermos assim - e até a interpretação literal da lei nos leva a isso, porque diz *poderá* - resolvemos muitas questões ou deixamos de tê-las. Ma se é um direito subjetivo do réu e o Ministério Público não propõe a *transação penal*, ou não propõe a *suspensão condicional do processo*, o juiz poderia, de ofício, fazê-lo, como a doutrina está entendendo hoje. O réu poderia postular isso e o juiz poderia conceder sem a anuência do Ministério Público. Se entendermos que é um direito subjetivo do réu, essas questões todas se colocam e são de difícil solução, inclusive, tendo em vista a literalidade do dispositivo, que diz *poderá*.

Já a *suspensão condicional do processo* seria uma mitigação do Princípio da Indisponibilidade da Ação Penal. O art. 42 do Código de Processo Penal diz que o Ministério Público não pode desistir da ação que tenha exercitado. A Lei nº 9.099/95 diz que, naqueles casos, presentes determinados requisitos, o Ministério Público pode propor ao réu a *suspensão condicional do processo*, após o que, cumpridos aqueles requisitos que a lei prevê e que o juiz pode estipular, a punibilidade do réu estará extinta através desse instituto: *suspensão condicional do processo*.

O réu teria direito à *suspensão condicional do processo* ou é uma mitigação ao Princípio da Indisponibilidade? é uma faculdade jurídica do Ministério Público? Parece-nos que é uma faculdade jurídica do Ministério Público.

Mas o Ministério Público terá poder ilimitado? O Ministério Público poderá ou não propor a *transação penal*, poderá ou não propor a *suspensão condicional do processo*? Isso fica ao talante, ao alvedrio deste ou daquele promotor de justiça? Ora, a discricionariedade é isso. Note-se, outrossim, que o perdão existente na ação penal privada outorga ao querelante semelhante discricionariedade, excepcionando-se o Princípio da Indisponibilidade da Ação Penal. No entanto, jamais a doutrina sustentou ser o perdão um direito subjetivo do querelado.

Lembramo-nos que, quando da defesa de nossa tese na Universidade do Estado do Rio de Janeiro - *A Ação Penal Pública - Princípio da Obrigatoriedade* - professores foram muito contundentes dizendo: *Mas seu trabalho é muito antigo, seu trabalho é velho. Porque hoje, no Direito Comparado, já não se trabalha o Princípio da Obrigatoriedade com relação às infrações de pequeno potencial ofensivo, crimes de bagatela. Tem que ser dado ao Ministério Público maior poder de discricionariedade. Ele, como órgão do Estado, com garantias constitucionais de magistrado, pode abrir mão da instauração do processo no interesse da política criminal, da sociedade*”... Pugnavam, dessa forma, pela mitigação do Princípio da Obrigatoriedade, pela discricionariedade, para algumas infrações, é lógico.

A tanto não foi o legislador porque, quando o Ministério Público deixa de oferecer a denúncia e faz a *transação penal*, há uma pena.

A Lei nº 9.099/95 dá a discricionariedade ao Ministério Público. Mas indaga-se se o Ministério Público tem esse poder de discricionariedade ilimitado, absurdo, absoluto, se tudo irá depender de cada Promotor de Justiça. Repetimos, a discricionariedade é isso. Como existe em alguns países, por motivo de política criminal, o Ministério Público pode deixar de exercitar a ação penal pública. Um promotor tem um entendimento e não a exercita, outro promotor tem outro entendimento e a exercita. De qualquer maneira, em termos de defesa, a mitigação do Princípio da Obrigatoriedade é a melhor, porque em alguns casos pelo menos, não será exercitada a ação, ou, o processo pode vir a ser suspenso extinguindo-se a punibilidade sem aplicação da pena.

Deseja-se a discricionariedade, mas, quando ela vem, querem tirar a discricionariedade do Ministério Público, e o juiz passaria a ter a iniciativa da *transação penal*, a iniciativa da suspensão condicional do processo, o que não é papel do juiz no sistema acusatório. Achamos ate, dentro dessa perspectiva mais sistemática, que, ao propor a transação penal, o Ministério Público, de certa maneira, está exercitando um tipo de ação diferente. Porque, quando propõe a transação penal ele tem que fazer uma imputação. Tem que atribuir ao autor do fato, para usar a expressão da lei, ao réu, uma conduta; fazer um juízo de tipicidade, até para saber se é uma infração de menor potencial ofensivo e tem que sugerir a aplicação de uma pena. De certa forma, é uma ação penal.

Por outro lado, quando o juiz aplica a pena - a Lei nº 9.099/95 fala em "o juiz aplicará a pena" - em razão da *transação* aceita pelo réu, não se viola o Princípio do Devido Processo Legal, como alguns andaram dizendo, porque esse é o Devido Processo Legal. Há atividade jurisdicional do Estado, por isso há pena. O juiz aplica a pena e, parece-nos, um outro tipo de ação penal está sendo exercitado pelo Ministério Público. O Ministério Público está indo ao Poder Judiciário manifestando uma determinada pretensão e sugerindo a aplicação de uma determinada pena. Sanção no sentido penal mesmo, restritiva de direito; pena não privativa de liberdade; pena de multa. Pensando dessa maneira, não podemos deixar que o juiz tenha a iniciativa da ação penal, porque não cabe no sistema acusatório o juiz instaurar processo. É um processo, um conjunto de atos, há atividade jurisdicional, e o juiz não pode, de ofício, pelo Princípio da Inércia da Jurisdição, deflagrar esse tipo de processo, de procedimento. Assim, o processo passaria a ter apenas dois sujeitos: o Ministério Público não propor a transação e o juiz o faria, ficando uma relação processual linear, o que subverteria o sistema acusatório, o Princípio da Demanda. Lamentável é que o Ministério Público está saindo um pouco atrasado nessa discussão, temos que reconhecer isto. As obras que produziremos, ou que estamos produzindo estarão chegando um pouco tarde, e aqueles autores que escreveram e lançaram de imediato as suas já estão influenciando os operadores jurídicos, a comunidade jurídica, que estão pensando dessa maneira, o que será uma subversão do nosso sistema processual. As complicações são imensas se aceitarmos essas colocações que já são predominantes.

Procedimento sumaríssimo

A aplicação do procedimento sumaríssimo, previsto na Lei nº 9.099/95, antes da criação, por lei estadual e implantação pelo Tribunal de Justiça dos Juizados Especiais, é outro assunto a abordar.

Não sabemos como isto tem sido colocado nos demais Estados, mas, em São Paulo e no Rio de Janeiro, a situação está a mais complicada possível. Há juizes que já fazem transação penal no Juízo tradicional - conforme a lei diz, Juízo comum -; já há promotor pensando em fazer denúncia oral. As autoridades policiais, em face das contravenções, ou estão lavrando termo circunstanciado ou instaurando inquérito policial... Está uma balbúrdia, uma confusão muito grande.

A *vacatio* realmente já expirou, a lei está em vigor, não tenho dúvida alguma. Agora, uma coisa é a norma jurídica estar em vigor, outra coisa é a incidência da norma jurídica, que pressupõe a ocorrência de seu suporte fático. A norma jurídica refere-se a uma situação fática. Ocorrendo o fato, incide sobre este, jurisdicionando-o. É o fato jurídico e, nesse momento, aplica-se a norma jurídica. Parece-nos que, enquanto não criados por Lei os Juizados Especiais Criminais, este procedimento sumaríssimo não pode ser aplicado. A lei estadual tem que criar órgãos jurisdicionais e o Ministério Público tem que criar, também por lei, os seus órgãos de atuação junto a esses órgãos jurisdicionais. Não é que a lei não esteja em vigor mas não ocorreu a situação de fato que ela prevê para determinar a incidência de suas normas

jurídicas. Não nos referimos, logicamente, à exigência, hoje, da representação para a lesão corporal leve, para a lesão corporal culposa; isso não tem relação com a infração de pequeno potencial ofensivo. Admitimos, inclusive, a possibilidade da transação penal proposta pelo Promotor de Justiça junto ao Juízo comum; acreditamos que não seja incompatível, porque isso não é essencial ao procedimento. Agora, o rito procedimental previsto depende da criação dos Juizados Especiais Criminais. Quer dizer, o Delegado hoje, diante de uma contravenção, deve lavrar o *auto da prisão em flagrante* e instaurar o *inquérito policial* e não o *termo circunstanciado* para fazer a apresentação imediata do autor do fato à audiência preliminar em um Juízo que não está de plantão porque não existe. É, praticamente, inviável essa colocação mais ousada de alguns.

O que é procedimento propriamente dito desta lei, para ser aplicado, depende da criação dos Juizados Especiais e de sua instalação.

Aplicação das disposições da Lei nº 9.099/95

Dois questões de direito intertemporal importantes se referem aos artigos 90 e 91. Muita controvérsia tem sido criada na interpretação desses artigos. Sustentou-se até que no período da *vacatio* eles seriam aplicáveis.

Retroatividade

“Art. 90: As disposições desta lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada.”

O art. 90 diz que a Lei nº 9.099/95 se aplica, quando de sua entrada em vigor, aos processos instaurados, salvo se já estiver sido iniciada a instrução processual.

Muito bem, a Lei entrou em vigor. A doutrina majoritária, podemos dizer assim, entende que, por exemplo, numa contravenção, ainda que em grau de apelação, condenado, o réu tenha apelado, o Tribunal de Alçada ou o Tribunal de Justiça deverá transformar o julgamento em diligência para que haja tentativa de transação penal ou a proposta da suspensão condicional do processo, sustentando que é uma lei processual, mas com implicações no direito material, porque leva à extinção da punibilidade, tendo, portanto, efeito retroativo... Esse é o entendimento, queremos crer, majoritário na doutrina e as questões se multiplicam a respeito disso. No Rio de Janeiro há Câmaras entendendo dessa maneira, mesmo em relação à representação nos caso de lesão corporal leve ou culposa. Por força da Constituição, que assegura a retroatividade da lei penal mais benéfica, então, o art. 90 seria inconstitucional.

Achamos, e nossa posição é minoritária, que não é bem assim. Realmente, a suspensão condicional do processo tem reflexos no direito material porque, passado aquele período de prova, extingue-se a punibilidade. Entretanto, as regras que regulam a suspensão condicional do processo e a transação penal são regras, são normas de Direito Processual e têm aplicação de imediato ou segundo dispuser a lei nova. A Lei 9.099/95 diz que suas regras se aplicam de imediato, salvo se a instrução crimi-

nal já estiver sido iniciada; são, portanto, normas de natureza processual. O que é penal e que teria aplicação retroativa, porque mais benigna, seria a outra norma, que diz que, passado o período de prova, extingue-se a punibilidade. A regra que trata da extinção da punibilidade é uma regra de Direito Penal, mas são duas, três ou quatro normas diferentes. As norma que regulam a *suspensão condicional do processo*, por exemplo, são de natureza processual; apenas uma regra de Direito Penal diz: “*ocorrendo esse fenômeno processual, extingue-se a punibilidade*”. Mas as regras que regulam o fenômeno processual são regras de Direito Processual e, por isso, não teriam aplicação retroativa. Até porque, segundo o próprio tratamento legal, a suspensão condicional do processo deve ser proposta no momento que se oferece a denúncia. Se estamos até em grau de recurso, para julgar uma apelação do Ministério Público ou da defesa, parece-nos extemporânea essa suspensão; não há mais o que suspender.

A regra que trata da transação penal pressupõe o não exercício da ação penal pelo oferecimento da denúncia; se já estamos na fase do julgamento, não há mais que se falar em transformar o julgamento em diligência para se tentar fazer uma transação penal, já que a ação penal pública foi exercitada.

Essas posições, que estão sendo apresentadas pela doutrina, criam problemas graves, e aqueles que sustentam a aplicação retroativa dessas regras têm um limite: a *coisa julgada*. Todavia, se a norma é de Direito Penal, não se tem que respeitar *coisa julgada*; nesse caso, retroage tudo ou não retroage nada. Se é norma de Direito Penal mais benevolente, mais benigna, teria que retroagir.

Representação (Intimação e decadência)

“Art. 91: Nos casos em que a Lei passe a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la, no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.”

Entrando em vigor a Lei nº 9.099/95, se a ação penal já foi exercitada e, à época, não se exigia a representação do ofendido, parece-nos que não cabe mais intimá-lo para representar. Posição minoritária.

Agora, em relação aos inquéritos de fatos pretéritos, que estavam tramitando na Delegacia de Polícia, surgindo a lei nova, o Ministério Público já não pode mais exercitar a ação penal sem a representação. Então, nesses casos, é que a autoridade policial deverá intimar o ofendido ou, se menor, seu representante, para fazer a representação, colocando aquela condição específica, aquela condição de procedibilidade para que o Ministério Público possa exercitar a ação penal.

Dizem alguns autores que a *representação* é um instituto também de Direito Penal, porque a *representação* não feita leva à decadência e a decadência extingue a punibilidade. Então, teria que ter aplicação retroativa, até mesmo para os processos em curso. Como falei anteriormente, existem Câmaras do Tribunal de Justiça do Rio

de Janeiro que estão transformando o julgamento da *apelação* em diligência para intimar o ofendido, a fim de que este diga se quer representar ou não. Em não representando, ter-se-ia uma extinção do processo meio atípica, porque a condição que se exige hoje não era a exigência do momento em que o promotor ofereceu a denúncia, ou seja, a *representação*. Se a lei dissesse isso expressamente, tudo bem, mas não o faz.

Diferente a análise quanto a outras questões com relação a fatos futuros, não mais de Direito intertemporal com relação ao problema do prazo de trinta dias - intimação ao ofendido para representar no prazo de 30 dias. Há quem sustente que o art. 38 do Código de Processo Penal que fala do prazo de seis meses para a queixa e para a *representação* estaria derogado e que o prazo da *representação* seria de trinta dias. Parece-nos que não. Parece-nos que essa regra é de Direito intertemporal.

Para os inquéritos já instaurados, exigindo-se a *representação*, como anteriormente não se exigia, o ofendido tem que ser cientificado para, querendo, em trinta dias, fazer *representação*. Agora, para os fatos futuros, por exemplo, se eu for vítima de uma lesão corporal dolosa leve, ou culposa, ou ameaça, como ocorria anteriormente, tenho seis meses, pelo art. 38, CPP, para comparecer e fazer minha *representação* normalmente. Quer dizer, essa regra do art. 91 é temporária e, passado algum momento, ela deixará de existir e o prazo decadencial continua de seis meses e não se precisa intimar o ofendido. Como na ação penal privada, o ofendido tem seis meses, a partir do dia em que ele sabe quem foi o autor da conduta, para fazer a *representação*.

Outra questão interessante que está sendo discutida diz respeito, para fatos futuros, à desclassificação. O Ministério Público denuncia por lesão corporal grave, que não é infração de pequeno ou de menor potencial ofensivo. Feita a instrução criminal o juiz desclassifica-a para lesão corporal leve, que é uma infração de menor potencial ofensivo. Ou, no Tribunal do Júri, para ficar mais complicado, numa tentativa de homicídio, os jurados negam o dolo de matar, desclassificando o delito para lesão corporal, e a lesão é leve. O juiz-presidente vai prolatar a sentença. Necessita ele da *representação* porque, ao final, verificou-se que, a rigor, a imputação correta era de lesão leve e não grave? Se grave, não seria necessária a *representação*; desclassificada para lesão leve, a *representação* passou a ser necessária.

A nível de competência, acho que temos que trabalhar com a *perpetuatio jurisdictiones*. A competência do Júri - em razão da primeira imputação - deve ser mantida. Acharmos que o juiz-presidente não tem que desclassificar e mandar para o juízo especial criminal; ele julgará a lesão leve, a lesão corporal culposa. No caso, há perpetuação de sua competência.

A nível da *representação*, que passa a ser exigível, como resolver a questão? No Tribunal do Júri é mais complicado, porque o presidente tem que decidir, aplicar a pena, tendo em vista a decisão do Conselho de Sentença. Temos que aplicar a jurisprudência sábia, antiga, e que nos parece correta, que entende que a *representação*

não é algo absolutamente formal; não é necessário que haja um termo de *representação* formal. Se o ofendido, depois do inquérito, depois do processo, em seu depoimento, manifestou de forma inequívoca que desejava a *persecutio criminis*, a persecução penal, está feita a *representação*. Isso já se entende para os crimes contra liberdade sexual, quando o ofendido é pobre e seu representante depõe no inquérito e não fez a *representação*, mas está claro que deseja a persecução penal. Entende-se que vale como *representação* aquela manifestação de vontade no depoimento. Nesse caso, entendendo-se que o ofendido, que já depôs, seja no inquérito, seja no processo, manifestou vontade da persecução penal, é desnecessário intimá-lo para fazer a *representação*, pois ele já representou informalmente. Parece-nos que essa solução prática é a melhor.

Nas poucas hipóteses, realmente minoritárias, em que o ofendido não foi encontrado e não depôs no inquérito e nem no processo e não sabe se ele deseja realmente a persecução penal, a solução é transformar o julgamento em diligência e fazer a notificação do ofendido para ali *representar* no prazo de trinta dias. A nível do Tribunal do Júri, a situação fica complicada, porque tem decisão do Conselho de Sentença e do juiz-presidente. Nesse caso, impõe-se suspender o julgamento, respeitando o que os jurados decidiram, fazer a intimação do ofendido e, no caso de ele *representar*, o juiz prolatar a sentença, o juiz-presidente, que passou a ter competência para o crime não doloso contra a vida. E se o ofendido demonstrar, de forma inequívoca, que não deseja a persecução penal, ter-se-ia que extinguir o processo sem julgamento do mérito, em face da lesão já resultante da desclassificação dos jurados.

Infrações penais de menor potencial ofensivo

“Art. 61: Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.”

O que é infração de menor potencial ofensivo? O art. 61 fala nas contravenções e fala nos crimes cuja pena máxima não é superior a um ano, excetuados aqueles que têm procedimento especial. Nesse caso, existem três posições. E isso é da maior importância, porque diz respeito à competência dos Juizados Especiais Criminais.

A doutrina majoritária entende que essa exceção só se refere aos crimes; as contravenções, quaisquer que sejam, são de menor potencial ofensivo, sejam aquelas duas que têm penas superiores a um ano, sejam aquelas outras que tenham até procedimento especial, como é o caso do “jogo do bicho”. O prof. Damásio E. de Jesus entende que não, que essas exceções se aplicam, também, às contravenções. Então, as contravenções que têm um procedimento especial não estariam abrangidas pela Lei nº 9.099/95.

Em nossa opinião, as exceções estão ligadas aos crimes. Contravenção, qualquer que seja, seria uma infração de menor potencial ofensivo, mesmo que tenha um

procedimento especial. Não restringimos, assim, a competência dos Juizados Especiais Criminais. E vamos mais longe; numa interpretação também minoritária, procuramos ampliar a competência dos Juizados Especiais Criminais. Em que sentido? Os crimes que tenham procedimento especial no Código de Processo Penal, por este motivo não deixam de ser infrações de menor potencial ofensivo. A Lei nº 9.099/95 diz que serão excetuados os casos em que “a lei preveja procedimento especial”. Ora, todo procedimento, todo rito, é previsto em lei, então, como a lei não tem palavras inúteis, como o legislador falou “em que a lei preveja”, a nosso juízo, está se referindo às leis extravagantes, às leis especiais.

Se entendermos, como a doutrina está entendendo, a injúria não seria uma infração de menor potencial ofensivo, pois, embora tenha uma pena máxima inferior a um ano, tem um rito especial previsto no Código e, assim, não seria uma infração de menor potencial ofensivo. Mas o que tem de especial no rito da injúria? Tem, exatamente, a possibilidade da *transação*, que é tudo o que a Lei quer. Quer dizer, tirasse-ia do âmbito da Lei a injúria porque o legislador penal, antecipando-se, deseja exatamente essa *transação* entre ofendido e ofensor, entre aquele que injuriou e aquele que sofreu a injúria. E depois, diz o Código de Processo Penal, cai-se no rito ordinário, não há nenhuma incompatibilidade de ritos, como nos crimes contra a propriedade industrial, em que se tem fazer busca e apreensão da marca e patente, etc. No caso da injúria, não há nenhuma incompatibilidade de rito.

Entendemos como a doutrina. Somente dois crimes de ação penal privada seriam de menor potencial ofensivo porque os demais têm procedimento especial no Código de Processo Penal. Se não nos enganamos, seriam o crime de dano privado simples e o de exercício arbitrário das próprias razões. Tudo o mais, todos os crimes de ação penal privada, porque têm procedimento especial no Código, sairiam do âmbito dos Juizados Especiais Criminais, onde justamente se procura a *conciliação civil*, a *transação penal*, onde é a sede própria para que a ação penal privada venha realmente a atingir sua finalidade. Achamos que, mesmo que o crime tenha um procedimento especial no Código, se a pena for no máximo até um ano, não deixa de ser uma infração de menor potencial ofensivo. Já o abuso de autoridade, a Lei de Tóxicos, nesses casos, em que há um procedimento especial realmente, embora a pena possa ser pequena, não são de competência dos Juizados Especiais Criminais.

Aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 às Justiças Especiais

A aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 às chamadas Justiças Especiais também é uma outra questão polêmica e importante. O entendimento que está predominando é o de que a *transação penal*, a *suspensão condicional do processo*, a *denúncia oral* aplicar-se-iam também ao Código de Processo Penal Militar, à Justiça Militar, seja federal ou estadual, e, ainda, à Justiça Eleitoral.

Data venia, discordamos desse entendimento. Achamos que a Lei em exame trata do Direito Processual Comum e só alteraria o Código de Processo Penal Militar e o Código Eleitoral se houvesse regra expressa nesse sentido, até porque o Código Processual Militar nem tem o instituto da ação pública condicionada a representa-

ção. No Código Processual Penal Militar a ação pública é sempre incondicionada.

Uma lei processual, uma lei penal que entre em vigor, se não disser expressamente que se trata do Processo Penal Militar ou do Direito Penal Militar, ela é uma lei de Direito Processual Penal Comum e não se aplica às Justiças Especiais. Assim foi a Lei da Prisão Temporária, a de Execução Penal, a não ser quando o preso está submetido ao sistema penitenciário dos Estados.

A Lei nº 9.099/95 é uma Lei de Direito Processual Penal Comum, que só se aplica ao Direito Processual Penal Comum, à Justiça Penal Comum. E tanto é que, quando o Ministério Público entende que a questão de fato é complexa e, por isso, não oferece denúncia, requer ao juiz a remessa dos autos ao Juízo comum, ao Juízo tradicional, e não ao juiz militar, que é um juiz especial, e não ao juiz eleitoral, que um juiz especial da Justiça Federal. Essa é uma questão também importante.

Competência de Foro

“Art. 63: A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal.”

O art. 63 quis resolver uma controvérsia jurisprudencial, em face da interpretação do artigo 70 do Código de Processo Penal. Pelo artigo 70, sendo o crime consumado, o foro competente é o do lugar onde se consumar a infração. E o Código Penal, no art. 14, diz que se consuma a infração quando realizados todos os elementos do tipo objetivo. Parte da doutrina entendia que, nos chamados crimes à distância, poder-se-ia aplicar a Teoria da Ubiquidade: tanto é o lugar da infração onde se pratica a ação como aquele onde ocorre o resultado.

A Lei nº 9.099/95 diz que o foro competente é o do lugar onde foi “praticada a infração penal”. O legislador não foi feliz. Deveria ter dito *onde foi praticada a ação*, mostrando o que realmente desejava. Mas, quando diz *praticada a infração penal*, continua dando margem a dupla interpretação.

O Prof. Damásio E. de Jesus, na *Anotação* que faz à Lei, continua sustentando que, mesmo nos Juizados Especiais Criminais, praticada a ação penal é onde a infração foi consumada, porque a Lei não falou em *praticar a ação* e, sim, em *praticar a infração*.

O legislador, pelo menos, tinha o dever de ser mais claro e nos parece que a melhor interpretação é a que o foro competente é o do lugar *onde foi praticada a ação*, ou *onde se omitiu a ação devida*, nos crimes omissivos.

O Termo Circunstanciado

“Art. 69: A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.”

No sistema processual em vigor atualmente, nos crimes de ação penal privada, para o delegado instaurar o inquérito, tem que haver o requerimento do ofendido.

Em se tratando de ação penal pública condicionada, para a instauração do inquérito, exige-se a *representação* do ofendido.

Nesta Lei nº 9.099/95, o legislador tratou de modo diferente; hoje se instaura a persecução penal - porque o termo circunstanciado não deixa de ser uma atividade persecutória do Estado - com a apresentação do autor do fato à presença do Juiz, mesmo se tratando de um crime de ação penal privada ou condicionada à representação, sem se saber se o ofendido deseja aquele procedimento todo. Pode ocorrer que o ofendido não deseje nada daquilo e não se deveria instaurar sequer esse procedimento. Na lavratura do termo circunstanciado, dever-se-ia colher a anuência do ofendido e, aí sim, deflagrar o *procedimento sumaríssimo* ou a *audiência preliminar*, etc. Mas como está na Lei, não, é até o contrário, ali se diz que a *transação civil* importa na *renúncia da representação*, da *queixa*, mostrando que o ofendido se manifesta posteriormente.

O Conteúdo do Termo Circunstanciado

Debatendo com Juizes em Vitória, num curso da Escola da Magistratura do Espírito Santo, surgiu uma idéia muito interessante, sobre a qual eu não tinha pensado. Como será lavrado o *termo circunstanciado*? Não é disciplinado na Lei e serve de base à denúncia ou queixa. É complicado oferecer a denúncia com base num termo, por mais circunstanciado que seja. O que será um *termo circunstanciado*?

Há uma interpretação que nos parece absurda, dizendo que a autoridade policial que tem atribuição para lavrar o *termo circunstanciado* abrange também, o secretário dos Juizados Especiais Criminais e policiais militares. Achamos que o soldado, o cabo da Polícia Militar, não são autoridades policiais; eles têm que levar à autoridade policial e esta lavrar o *termo circunstanciado*.

Como é que será este *termo circunstanciado*? Sabemos que, às vezes, não é nem o delegado, é o detetive, o inspetor, o responsável pelo expediente da delegacia. Esse responsável ouve a narrativa de uma colisão no trânsito: um avançou o sinal; não, foi o outro que avançou a placa de "pare"; vítima no hospital... Ele ouve aquelas pessoas todas, naquela confusão na delegacia, e vai dar sua versão num *termo circunstanciado* que vai servir de base para denúncia? Depois, a testemunha diz que não disse aquilo ao delegado; que disse outra coisa. Como é que vai ser isso? Será uma complicação muito grande, porque o delegado vai fazer uma interpretação do que ouviu no balcão da delegacia e dará a versão dele a partir de , às vezes, três ou quatro versões conflitantes. Quer dizer, ele passa quase a ter um poder de julgador, de valoração daqueles depoimentos.

Os juizes do Espírito Santo sugeriram, e vão sugerir à Secretaria de Segurança - iniciativa que até deveria ser do Ministério Público - para que, quando elaborarem esse boletim no computador, esse *termo de ocorrência* - lógico que não é para transformá-lo num inquérito policial, porque estaria indo contra ao espírito da Lei - façam um espaço relativamente grande, metade de uma página inteira, para que o delegado diga: versão da testemunha "X" - motorista do Gol que invadiu o sinal;

versão da testemunha "Y" - quem invadiu o sinal foi o motorista do Chevette. E essas testemunhas assinariam naquele pequeno espaço, assumindo a autoria daquela versão. Porque senão fica muito difícil instaurar uma ação penal com base numa versão que o delegado colheu naquela confusão toda das pessoas indo para o hospital, parentes chegando à delegacia. E, depois, as testemunhas poderiam dizer que não disseram aquilo, que era o contrário.

Achamos que o Ministério Público tem que pensar nisso junto com a Secretaria de Segurança, para que as pessoas assinem a versão que estão dando aos fatos. Não é para colher um depoimento formal daquela testemunha, porque senão se transforma num inquérito policial, mas que o delegado diga que a versão daquela testemunha "A", em resumo, é uma, e ela a assine, e a da testemunha "B" é outra, e ela também a assine. Até para se saber, quando as pessoas vierem depor em Juízo, se elas estão mentindo ou não, o que disseram antes ou o que não foi dito. Como se vê, as questões são as mais variadas possíveis.

Nulidade

" Art. 65 - § 1º: Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo."

Este parágrafo diz que nenhuma nulidade, qualquer nulidade, será declarada, se não houver prejuízo. Ora, leiam-se, nulidades relativas, porque, se a nulidade for absoluta, evidentemente, independente de prejuízo, tem que ser reconhecida de ofício pelo juiz. Essa é a sistemática do nosso Código, que é também adotada na Lei nº 9.099/95. Então, se amanhã um juiz ferir o contraditório, violar a Constituição; independentemente de prejuízo, violou-se o *devido processo legal*.

Até dispensamo-nos de trabalhar como a doutrina trabalha: presume-se prejuízo. Não precisa nem presumir prejuízo, porque quando você o presume, está vendo prejuízo ao interesse das partes. Aqui é o prejuízo para a função jurisdicional do Estado, para o *devido processo legal*. Então, se a nulidade for absoluta, independe do prejuízo, independe da argüição em momento processual, ela não é sanável e cabe ao Estado anular o processo e refazer os atos. Parece-nos que temos que interpretar dessa maneira: qualquer nulidade, "em termos", qualquer nulidade relativa, e, não, absoluta.

Prisão em flagrante e fiança

"Art. 69 - (omissis).

Parágrafo único: Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança."

Também está havendo discussões a respeito deste parágrafo. Estivemos colhendo impressões, pesquisando a doutrina e já há várias posições a esse respeito.

Numa interpretação literal da Lei, pode-se entender, como o prof. *Damásio E. de Jesus*, que não há prisão em flagrante - "*não se imporá prisão em flagrante.*"

Não é bem isso. A prisão em flagrante já ocorreu. O fato jurídico - prisão em flagrante - já ocorreu. Quando a pessoa é levada presa, conduzida à presença da autoridade policial, já ocorreu a prisão. Temos que distinguir a prisão como fato jurídico que ocorre na rua, da documentação da prisão que se faz, na sistemática do Código, pelo *auto de prisão em flagrante*. Uma coisa é a prisão como fato jurídico e outra coisa é a documentação da prisão que, pelo Código, faz-se pelo *auto de prisão em flagrante*.

O que o legislador está dispensando, a nosso juízo, é a documentação dessa prisão no *auto de prisão em flagrante*. Ela será documentada no *termo circunstanciado*, mas a prisão em flagrante não está sendo impedida pelo legislador, até porque seria um despautério.

Caberia ao soldado da Polícia Militar prender ou não em flagrante, segundo o juízo de tipicidade que ele não pode fazer na hora? Como o policial, naquele momento, vai saber se a lesão daquele que está no hospital é leve ou grave?

Imaginem: a pessoa diz que o policial não pode prendê-la. Por quê? Porque é uma infração penal cuja pena não vai além de um ano. O policial não pode prender, porque a prisão seria ilegal. Realmente, seria uma brincadeira, impossível de acontecer e nem tem sentido deixar de prender em flagrante as pessoas que estão praticando a infração penal naquelas hipóteses do art. 302 do Código de Processo Penal.

Achamos que há prisão, a pessoa é levada presa à autoridade, mas livra-se solto, como já acontece no art. 321 do Código de Processo Penal. Só que para o art. 321 do Código de Processo Penal, lavra-se o *auto em flagrante* e se livra solto, não há liberdade vinculada, é liberdade plena, que não pode ser revogada. Aqui também, documenta-se a prisão, que ocorreu com o fato jurídico, num *termo circunstanciado* e o autor do fato vai embora, ou é apresentado imediatamente ao juiz criminal dos Juizados Especiais Criminais.

A prisão não está impedida, até porque, se interpretarmos a Lei não está proibida a própria lavratura do *auto de prisão em flagrante*. Se o autor do fato - isso não vai acontecer - disser que não assume o compromisso de comparecer ao Juizado, o que diz a Lei? Que, nesses casos, não será *termo circunstanciado* que documentará a prisão e, sim, a lavratura do *auto de prisão em flagrante*. Então, a prisão em flagrante existe e até o *auto de prisão em flagrante* não é incompatível com a Lei, porque, se ele se negar a comparecer ao Juizado, tem que se lavar o *auto*, lavrando-o, a prisão em flagrante ocorreu.

Há autores que entendem que não há mais prisão em flagrante, que não se pode prender em flagrante quando a infração for de menor potencial ofensivo. Realmente é uma situação complicada não se poder efetivar a prisão em flagrante.

Documenta-se a prisão no *termo* até para saber se ela foi ilegal. De repente, é de interesse do autor do fato documentar essa prisão, porque pode ser uma prisão ilegal e ele pode ter até interesse, depois, em provocar o processo em relação àquele que praticou abuso de autoridade - Lei nº 4.898/65.

A pena

Há questões várias a respeito da pena - a Lei fala em pena resultante da *transação penal*. Há quem entenda que não é pena, que não estamos diante de uma sentença penal condenatória.

Por exemplo, o Ministério Público não oferece denúncia, propõe a pena pecuniária, o autor do fato aceita, o juiz homologa e aplica a pena pecuniária. Há quem diga que isso não é pena no sentido penal, porque, se o insolvente não pagar, não pode ser convertida em prisão, segundo a sistemática do Código Penal, Parte Geral da Lei de Execução Penal. Outros entendem que seria pena e se aplicaria a Lei de Execução Penal em toda a sua inteireza. Outros ainda entendem que não é pena porque não há uma sentença condenatória, porque não há processo e não pode haver pena sem processo.

Como falamos no início, esse é o procedimento, esse é o *devido processo legal*. Realmente, o juiz homologando a transação, não está prolatando uma sentença condenatória no sentido tradicional que conhecemos, mas está submetendo, declarando - tem uma carga declaratória muito acentuada - até porque houve assentimento do réu, a existência do fato penalmente típico. Inclusive, a tipicidade deve ser ali explicitada, porque, até se for uma outra tipicidade, pode não caber sequer *transação penal*.

Entendemos que seja pena, É Direito Penal, e não é pena sem processo, porque esse é o *devido processo legal*. Admitimos até que seja uma ação do Ministério Público *sui generis*, mas há uma ação. E, sendo pena, aplica-se a Lei de Execução Penal em toda a sua extensão.

Apenas nos parece que essa sentença homologatória da *transação penal* não pode ser um título executivo para a indenização do dano *ex delicto*. Não por força até da Lei, mas por força do próprio Código de Processo Civil. O Código de Processo Civil, no Capítulo que trata dos Títulos Executivos Judiciais e Extrajudiciais, diz que é título executivo judicial a sentença penal condenatória e aqui não é realmente uma sentença penal condenatória propriamente dita e, sim, homologatória. Por isso, não é um título executivo. Quer dizer, o ofendido não pode executar na esfera cível essa sentença homologatória da *transação penal*, até porque, se pudesse, nunca conseguiríamos fazer a *transação*, pois não interessaria ao ofensor fazê-la, já que estaria reconhecendo o dever de indenizar. Nesse caso, seria uma forma de frustrar o que o legislador deseja, que é a *transação penal*. Achamos que essa posição procede; a sentença homologatória na transação penal não teria efeito de título executivo na esfera cível.

Encaminhamento do termo circunstanciado ao Juízo comum

“Art. 77 - (*omissis*)

§ 2º: Se a complexidade ou as circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei.”

O Ministério Público, entendendo complexa a situação de fato, não tendo elementos para oferecer a denúncia, dependendo de averiguação ou de produção de prova pré-processual no inquérito, deverá requerer ao juiz a remessa do *termo circunstanciado* e das demais peças de informação que o instruírem ao Juízo comum.

Qual a questão? Pergunta-se: o juiz pode indeferir esse requerimento do Ministério Público? Se pode, qual o procedimento a ser imprimido?

Uns entendem que, se o Ministério Público achar que o fato é complexo, está dentro da *opinio delicti* do Ministério Público; ele é o titular da ação penal, remete para o juízo comum. Mas a lei fala "*requerer ao juiz*". Se a Lei fala que se deve requerer ao juiz, pressupõe-se a possibilidade de o juiz deferir o requerimento ou indeferi-lo. Pensamos que, se o juiz entender que o fato não é complexo, não demanda investigação a ser realizada no inquérito policial, que o Ministério Público já tem elementos - justa causa, prova mínima - para o exercício da ação penal e não a está exercitando, aplica-se o art. 28 do Código de Processo Penal, por analogia. Ou seja, nem todo o poder ao Ministério Público e nem todo o poder ao Judiciário. O juiz naquela função anômala, como diz *Fernando da Costa Tourinho Filho*, é fiscal do fiscal do arquivamento. É fiscal do Princípio da Obrigatoriedade. Quando o Ministério Público tem elementos para denunciar e não o faz, o juiz indefere e envia ao Procurador-Geral. E o Ministério Público, como é próprio do sistema acusatório, através do Procurador-Geral, dá a última palavra, inclusive nesse caso, através do controle a ser exercido externamente pelo juiz quando da não denúncia. Se o juiz entende que o Ministério Público já tem elementos para denunciar e este não o faz, quer remeter ao Juízo comum, o juiz não pode obrigar o promotor a denunciar, nem pode fazer a acusação, evidentemente. Então, por analogia, aplicar-se-ia o art. 28 do Código de Process. Penal e o Ministério Público dará a última palavra, através do Procurador-Geral. Parece-nos que essa seria a melhor solução.

Tratamento diferenciado para os crimes de ação penal privada

"Art. 77 (*omissis*)

§ 3º: Na ação penal de iniciativa do ofendido poderá ser oferecida queixa oral, cabendo ao juiz verificar se a complexidade e as circunstâncias do caso determinam a adoção das providências previstas no parágrafo único ao art. 66 desta Lei."

Diz a Lei que o ofendido oferecerá a queixa, que pode ser oral, - frustrada a *transação civil*, porque esta importa a renúncia ao direito de queixa - e o juiz pode entender que o fato é complexo e remeter para o Juízo comum. É um tratamento diferenciado em relação ao Ministério Público, que não denuncia e requer a remessa ao Juízo comum. Nesse caso, na ação penal privada, o querelante teria que oferecer a queixa e o juiz é que mandaria para o Juízo comum. Não sei porque houve essa inversão. De repente, o querelante diz que o fato é complexo, que seria necessária uma perícia... Suponhamos um crime de dano que dependa de perícia e não se tem como oferecer a queixa. Ter-se-iam que oferecer a queixa para que o juiz mandasse para o Juízo comum.

Entendemos que teríamos de interpretar a expressão *oferece a queixa e o juiz manda para o Juízo comum*, não como obrigação, até porque pode-se necessitar de prova para oferecê-la. Então, pode requerer a remessa ao Juízo comum, porque não se tem sequer prova para o oferecimento da queixa.

Mas, se ele oferece a queixa e o juiz entende¹ que faltam elementos de prova, que o fato é complexo, o que deve fazer o juiz no caso da ação penal privada? Deve remeter a queixa e o *termo circunstanciado* e os demais elementos de prova ao Juízo comum? Ou deve rejeitar a queixa? Nosso entendimento é que o juiz deve rejeitar a queixa, vez que falta prova para lastrear a acusação penal, falta justa causa, suporte probatório mínimo. E essa prova tem que ser colhida através de inquérito no Juízo comum, receber a queixa, porque, se o faz, não há porque mandar para o Juízo comum, não lhe cabe deixar de decidir sobre a imputação, sobre a ação que foi proposta pelo ofendido. Então ele rejeitaria a queixa, e, preclusa essa decisão, mandaria ao Juízo comum.

Número de testemunhas

Quanto ao número de testemunhas, o legislador deixou de dizer quantas seriam no caso da Lei nº 9.099/95. Há três posições. Uns entendem, como Damásio E. de Jesus, que o número máximo é de três. Outros entendem que o número máximo seria de cinco. E outros, ainda, que, se for contravenção, seriam de três, se crime de menor potencial ofensivo, seriam cinco, obedecendo àquela diferenciação que o Código de Processo Penal faz.

Achamos que, a nível de infração de menor potencial ofensivo, não existe mais-diferença entre crime e contravenção. Seriam três ou cinco testemunhas arroladas. Como vai mais ao encontro da busca da verdade real, da ampla defesa, etc., nossa tendência é limitar a cinco e não três testemunhas. Alguns entendem que, se não for contravenção, seriam três. Entretanto, essa circunstância está derogada, não se aplica mais e, por isso, essa distinção não seria pertinente. Entendemos que seria um máximo de cinco testemunhas, não se computando o ofendido, que não é testemunha e aquelas que não prestam compromisso, não sendo testemunhas numerárias.

Interrogatório do réu

Há ainda, a questão do interrogatório do réu que, pela nova Lei, será feito depois da oitiva das testemunhas da denúncia e da defesa.

Na audiência de instrução e julgamento, o advogado do réu responde à acusação (denúncia ou queixa), o juiz recebe-a e vai colher a prova, ouvindo as testemunhas da denúncia, as arroladas pela defesa e depois fará o interrogatório do réu. O interrogatório do réu, na sistemática da lei nº 9.099/95, é feito depois da instrução criminal. Nesse momento surge uma questão: o réu fica presente à coleta da prova oral e depois, ao ser interrogado estará sabendo o que as testemunhas disseram, ou seria retirado da audiência de instrução e julgamento?

No princípio, achávamos que o réu deveria ser retirado da audiência de instrução

e julgamento para que ele não ouvisse o que as testemunhas iriam dizer, porque o interrogatório perderia muito de seu valor. Seria até prejudicial à defesa, porque o juiz iria valorar de forma menos acentuada o interrogatório do réu prestado nessas circunstâncias. De repente, seria até de interesse da defesa a retirada do réu, porque se o juiz sabe que o réu está ouvindo tudo o que foi dito vai dar uma credibilidade menor ao seu interrogatório.

Mas, pensando melhor, mudamos de posição, tendo em vista que o legislador optou mesmo por ser o interrogatório um meio de defesa. E defesa pessoal, a autodefesa é importante. Se o réu fosse retirado da audiência, num depoimento de testemunha arrolada na denúncia, ele não poderia orientar seu advogado para fazer uma pergunta importante. Quer dizer, o réu tem o direito de assistir à instrução criminal, é uma garantia constitucional. E, se for retirado, não estaria presente à audiência de instrução e julgamento, sendo chamado somente para o debate para as alegações finais e para a prolação da sentença. Então, achamos que hoje o réu deva ser interrogado posteriormente, mesmo ouvindo a prova que é colhida na audiência. E o juiz vai dar, no sistema de livre convencimento, no sistema da prova legal, à versão do réu, o valor que merecer nas circunstâncias.

Sistemática dos recursos

A Lei nº 9.099/95 não adota a sistemática do Código de Processo Penal com relação aos recursos. Por exemplo, não tem *embargos infringentes*. Quer dizer, se a Turma Revisora que vai examinar, via *apelação*, uma sentença absolutória ou condenatória dos Juizados Especiais, não sendo unânime a sua decisão, não caberão *embargos infringentes*.

Há no entanto, decisões interlocutórias. As decisões interlocutórias não são recorríveis. Mas, e o prejuízo? Não causa prejuízo, porque, não havendo recurso, não há preclusão; é o Princípio da Irrecorribilidade das Interlocutórias. Não havendo preclusão, na *apelação*, tanto o Ministério Público quanto a defesa suscitam a questão de novo. Esta está em aberto, porque não há recurso, não há preclusão.

Só teríamos esses dois recursos a nível de simplificação como deseja a Lei.. E mais um, seria o *recurso extraordinário*.

O *recurso especial*, não. Por quê? A Constituição diz que caberá *recurso especial* das decisões de única ou última instância proferida nos Tribunais de Justiça, de Alçada, Tribunais Regionais Federais. Ora, essa Turma Revisora não é um Tribunal de Justiça, de Alçada, então a norma constitucional não incide, não cabendo, conseqüentemente, o *recurso especial*.

No dispositivo constitucional que trata do *recurso extraordinário*, a redação é outra. Caberá *recurso extraordinário* de matérias constitucionais das decisões julgadas em última instância, mas não diz por qual tribunal. Essa Turma Revisora, essa Turma Recursal, vai julgar, em última instância, aquela causa penal. Então caberia, por força da Constituição, o *recurso extraordinário*.

Surgem outros problemas: se cabe *recurso extraordinário*, quem fará o juízo de

admissibilidade? A Turma Revisora tem um presidente? Do indeferimento do *recurso extraordinário* cabe *agravo de instrumento*? E vêm os desdobramentos da decisão que indefere o *recurso extraordinário*. Aachamos que o juízo de admissibilidade do *recurso extraordinário* tem de ser feito pelo Presidente do Tribunal de Justiça e do indeferimento caberá *agravo de instrumento*, etc., aplicando-se a lei especial que trata do *recurso extraordinário*. É a única solução que temos, até porque cada Comarca tem uma Turma Revisora, uma Turma de Julgamento.

Há também a questão do *habeas corpus* com relação à ilegalidade que possa ser praticada pelo juízo criminal. Uns entendem que é o Tribunal de Justiça que é competente para julgar o *habeas corpus*, outros entendem que é essa Turma Revisora. Aachamos que, nesse caso, seria a Turma Revisora, embora não sendo um tribunal de 2º grau, mas como uma instância superior. Agora, o *habeas corpus* contra a decisão da Turma Revisora seria do Tribunal de Justiça ou do Tribunal de Alçada, de acordo como a competência prevista no nosso Código.

(*) **Afranio Silva Jardim** é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro e Professor de Direito Processual Penal na UERJ e na Faculdade Cândido Mendes.

(**) Transcrição da palestra proferida, de improviso, na Associação Mineira do Ministério Público, em dezembro de 1995, e reproduzida com autorização do autor.

Algumas questões sobre o Tribunal do Júri

CARLA RODRIGUES DE ARAÚJO (*)

1. Introdução

O Tribunal do Júri vem detalhadamente traçado no nosso Diploma Processual Penal (arts. 406 a 497). Não obstante, este minucioso tratamento por parte do legislador, inúmeras questões têm surgido ao longo do tempo. Trataremos neste trabalho de três: a primeira relaciona-se à desclassificação e à necessidade de representação, a segunda refere-se à quesitação e à autodefesa, e a última examina qual é o recurso cabível da decisão dos jurados que nega atenuante comprovada nos autos.

2. Desclassificação no procedimento do Júri e representação

A desclassificação de tentativa de homicídio para lesão corporal ocorre no procedimento do júri quando não restar comprovado o *animus necandi*, ou seja, que o réu agiu com dolo de matar. Algumas vezes, verifica-se, após a instrução, que o réu tinha apenas a intenção de lesionar a vítima. Neste caso, a decisão do Juiz seguirá o disposto no art. 410 do CPP, e o processo será remetido à vara criminal singular.

A desclassificação, também, tem lugar no julgamento em plenário; aqui, ela será feita pelo Conselho de Sentença, através das respostas aos quesitos formulados. E caberá ao Juiz-Presidente prolatar a sentença (492 § 2º, CPP).

Feita a desclassificação, estamos, diante, agora, de um crime de lesões corporais. Com o advento da Lei 9.099/95, este delito na sua modalidade leve e culposa tornou-se condicionado à representação da vítima ou de seu representante legal.

Nos dois casos acima, a denúncia foi oferecida sem a representação, uma vez que ela não constitui condição de procedibilidade para o delito de homicídio tentado.

Mas, agora, o crime a ser julgado é de lesão corporal. Precisar-se-á o Juiz converter o julgamento em diligência, a fim de que a vítima possa ser intimada para representar?

Constitui, a representação, a manifestação de vontade da vítima para que o fato seja investigado e a autoria apurada. A lei não prevê uma forma especial para este ato. Assim, se durante a fase inquisitória a vítima procurou a Autoridade Policial e expressou desejo em prosseguir com a investigação, ou ainda, se na instrução, pelo seu depoimento se depreende que ela quer que o autor do fato seja punido, estes atos, por si só, podem ser considerados como representação, uma vez que esta é informal.

Assim o Juiz julgará sem ouvir a vítima, justificando que dos atos por ela anteriormente praticados, pôde retirar sua vontade.

Observa-se, contudo, que, embora informal, a manifestação de vontade da vítima tem que ser inequívoca; se houver dúvidas, deverá ser ela intimada.

Pode ocorrer que a vítima ao ser ouvida, apenas relatou os fatos, sem demonstrar qualquer interesse na sua apuração; não sendo possível descobrir qual é a sua vontade, imprescindível será que seja intimada. Só após a representação poderá o magistrado julgar, condenando ou absolvendo.

Outra possibilidade, é a vítima ter expressado seu desejo de não prosseguir com o processo, pois já está em paz com o seu agressor. Fato comum de acontecer em brigas entre cônjuges. Restará ao juiz, somente, declarar extinta a punibilidade.

Assim, o Juiz-Presidente deve analisar os autos buscando retirar dos atos anteriormente praticados qual o desejo da vítima. Caso não seja possível, o julgamento há de ser convertido em diligências, a fim de a vítima ser intimada e poder manifestar sua vontade. E se a mesma não for encontrada? Os autos deverão permanecer em cartório até que a punibilidade esteja extinta pela prescrição. Pode ocorrer, ainda, que a vítima tenha falecido por outra causa; neste caso, o direito de representação poderá ser exercido pelo seu cônjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos, nos termos do artigo 24 do Código de Processo Penal.

Intimada a vítima, o prazo para oferecer a representação é de seis meses, de acordo com os arts. 103 do CP e 38 do CPP. Não é aplicável, aqui, o art. 91 da Lei 9.099/95, posto que se trata de uma norma de direito intertemporal, direcionada aos inquéritos e ações penais em andamento à época da promulgação da lei. A hipótese ora tratada pode acontecer em qualquer momento, não tendo nenhuma relação com direito intertemporal.

3. *Quesitação e autodefesa*

Constitui o interrogatório fonte dos questionários? Digamos que o réu sustente tese diversa da citada pelo advogado: por exemplo, no interrogatório declara ter praticado o fato em legítima defesa e o seu patrono sustenta durante os debates o homicídio privilegiado pela violenta emoção. Deve ser quesitado o alegado pelo réu? Sustentamos que sim.

O julgamento pelo tribunal popular é realizado através de respostas aos quesitos, que são perguntas sobre o fato elaboradas pelo Juiz-Presidente. Existem regras sobre a formulação dos quesitos, que devem ser obedecidas pelo magistrado, sob pena de nulidade (art. 564, III, k, do CPP).

De acordo com o art. 484 do Código de Processo Penal: *se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal* (grifo nosso). Como se vê, não há uma faculdade do magistrado, nem tampouco discricionariedade na

escolha da tese a ser submetida aos jurados. O que existe é uma imposição legal, seja qual for ou quantas forem as teses, o juiz deve quesitá-las. A norma examinada, ainda, não condiciona em nenhum momento a formulação dos quesitos a requerimento da defesa. Assim, o Juiz-Presidente, ao final dos debates, confeccionará os quesitos defensivos com base naqueles, bem como considerando o interrogatório do réu.

Não se pode esquecer que a Constituição da República em seu art. 5º, inciso LV, consagra como garantia fundamental a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. A ampla defesa não se faz unicamente através do advogado, mas também pelo próprio réu. Assim, temos a defesa técnica e a autodefesa, a primeira feita por profissional habilitado, e a última pelo réu pessoalmente.

A autodefesa se exterioriza com a presença do réu durante a instrução criminal, fato que pode ser de grande valia para o advogado, uma vez que o réu pode sugerir perguntas a serem feitas, ele conhece as testemunhas, sabe como os fatos ocorreram. Vale a pena lembrar que o julgamento pelo tribunal leigo só poderá ser realizado com a presença do réu, salvo se se tratar de crime afiançável (art. 451 § 1º, CPP). O auge da autodefesa consiste no interrogatório. É neste momento que o réu dará sua versão sobre os fatos, é nesta oportunidade que ele tentará convencer o juiz, ou no caso, os jurados da sua inocência.

Não pode a autodefesa ser ignorada no procedimento do júri. Note-se que o legislador constituinte ao reconhecer a instituição do júri assegurou a plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, *a*). Se o alegado pelo réu não vai ser submetido à apreciação do Conselho de Sentença, qual o interesse de ouvi-lo? Digamos que os jurados se convençam que o réu foi verdadeiro em suas declarações: de que adianta, se não lhes for questionado sobre isto?

Entendemos, assim, que a tese sustentada pelo réu quando do seu interrogatório, ainda que não defendida por seu advogado, ou até mesmo que em conflito com as alegadas pelo mesmo, deve ser submetida à votação, cabendo ao Juiz-Presidente, de ofício, incluí-las na quesitação.

4. Recurso cabível da decisão dos jurados que nega atenuante existente e provada

Os jurados, após responderem positivamente aos quesitos relacionados à acusação, passam a votar o quesito obrigatório - se há atenuantes em favor do réu. Digamos, por exemplo, ser o réu menor de 21 anos, fato comprovado através de sua certidão de nascimento. O Conselho de Sentença, seguindo o afã condenatório, responde negativamente ao quesito obrigatório. Ou seja, entendem os jurados que o réu era maior de 21 anos. O Juiz-Presidente ao prolatar a sentença condenatória não reconhece a atenuante. Qual o recurso cabível?

Ser o agente menor de 21 anos na data do fato constitui circunstância que sempre atenua a pena, nos termos do artigo 65, I do Código Penal.

Embora sejam muitos os recursos previstos no âmbito criminal, entendemos que

o mais adequado ao caso é o de apelo. O art. 593 do Código de Processo Penal estabelece os casos em que será cabível a apelação estando no seu inciso III as hipóteses relativas às decisões do Tribunal do Júri. Vejamos!

As duas primeiras situações previstas em nada se relacionam com o fato ora estudado (593, III, *a e b*). A alínea *c* do mesmo dispositivo prevê o caso de haver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena. Ora, o Juiz-Presidente, no momento da sentença, respeitou o veredito. Como, aliás, determina a Constituição em seu art. 5º XXXVIII, *c*.

Já a alínea *d* do art. 593, III, preleciona que será cabível a apelação quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. Destina-se às questões fáticas, relacionadas ao mérito do processo. O fato do réu ser ou não menor de 21 anos certamente não é a matéria *sub judice*.

Como se vê, o caso ora tratado não se adequa perfeitamente a nenhuma das hipóteses previstas no art. 593. Mas, observando os princípios do duplo grau de jurisdição, da ampla defesa, bem como o da instrumentalidade das formas, sustentamos ser a alínea *d* a que mais se aproxima. Uma vez que, embora não seja sobre o mérito da causa, a decisão foi contrária à prova dos autos, ou seja, negou o que está claro e incontestado na certidão de nascimento.

5. Conclusões

a) Desclassificado o crime, pelo tribunal do júri, para lesões corporais leves, deve o Juiz-Presidente retirar dos atos anteriormente praticados a vontade da vítima. Caso não seja possível identificá-la, necessária se faz sua intimação.

b) A tese sustentada pelo réu, no seu interrogatório, deve ser objeto de quesitação, cabendo ao Juiz-Presidente, de ofício, sua elaboração.

c) Cabe apelação, com base no art. 593, III, *d* do Código de Processo Penal, da decisão dos jurados que nega atenuante comprovada nos autos.

(*) **Carla Rodrigues de Araújo** é Promotora de Justiça e Professora de Direito Processual Penal da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e da Faculdade Veiga de Almeida.

A constitucionalidade do novo artigo 366 do CPP

CLÁUDIO SOARES LOPES (*)

Examinando a alteração que a Lei nº 9.271/96 introduziu no CPP, ao dar nova redação ao artigo 366, alguns eminentes juristas vêm entendendo que o referido dispositivo afigura-se inconstitucional, na medida em que cria um novo caso de suspensão do processo por tempo indeterminado, acarretando, por via oblíqua, uma hipótese de imprescritibilidade fora da Constituição Federal.

Nesse sentido é a lição de **Alberto Silva Franco** e **Damáσιο de Jesus**, conforme publicação no Boletim nº 42 - Edição Especial do IBCCRIM, entendendo ambos que será necessária a construção de um entendimento jurisprudencial objetivando fixar um termo final para a suspensão do processo, em face da revelia do réu revel citado por edital.

Data venia, desse entendimento ousamos divergir. *Prima facie*, porque essa interpretação *a contrario sensu* do texto constitucional é perigosa e nem sempre leva a uma correta exegese da norma.

Com efeito, o fato da Lei Maior determinar que os crimes de ação armada e racismo sejam imprescritíveis não significa, necessariamente, que não possa a norma infraconstitucional criar outros casos de imprescritibilidade, considerando-se que não existe vedação expressa a esse respeito.

Somente a título de exemplificação, encontramos dispositivo constitucional que proíbe a concessão de anistia e graça nos crimes hediondos, prática de tortura, terrorismo e tráfico de entorpecente, a par de considerá-los inafiançáveis.

Sem embargo, a Lei nº 8.072/90, em seu artigo 2º, incisos I e II, ampliou a restrição ao considerar essas infrações insuscetíveis de indulto, além de não permitir a liberdade provisória sem fiança, por exemplo, com fulcro no artigo 310, parágrafo único, do CPP, sem que tenha sido declarada a inconstitucionalidade deste dispositivo, apesar das considerações da doutrina e jurisprudência dominantes nesse último sentido.

Superado o enfrentamento da questão da possibilidade de criação de outros casos de infrações imprescritíveis fora da Constituição, com as divergências já apontadas, podemos considerar, ainda, *ad argumentandum tantum*, que existem outros dispositivos previstos em lei ordinária e até mesmo na Lei Maior, em que há previsão de

causas suspensivas sem um termo final determinado, sem que tenha sido apontada, até hoje, a inconstitucionalidade dessas normas.

Assim, v.g., a regra insculpida no artigo 116 do Código Penal, que trata das chamadas causas impeditivas ou suspensivas da prescrição. Ora, uma das hipóteses elencadas na lei é de não correr a prescrição “*enquanto não resolvida em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime*”. Refere-se, pois, a lei às chamadas questões prejudiciais.

Podemos imaginar que essa suspensão ocorra em um crime de bigamia, onde esteja sendo discutida, no juízo de família, a validade do primeiro casamento. E se essas ação durar dez, vinte ou mais anos? Não seria então um caso que tornaria o crime de bigamia imprescritível?

Tomando ainda esse crime contra a família como exemplo, poderíamos lembrar a norma do artigo 111 do estatuto penal, que, embora não crie um caso de suspensão da prescrição, determina como termo *a quo* da prescrição da pretensão punitiva, “*nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.*”

Pode-se formular hipótese, considerando-se que o próprio Excelso Pretório já decidiu que, nesse caso, a prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido da autoridade pública, que um crime de bigamia só venha a ser do conhecimento da autoridade cerca de trinta anos após a sua consumação, quando o Código Penal fica um prazo prescricional de doze anos para esta infração. *Quid inde* nesse caso? Seria um outro caso de inconstitucionalidade, por tornar o referido delito imprescritível? Cremos que não, sendo certo que essa possibilidade não foi ainda apontada pela doutrina como de inconstitucionalidade.

O mesmo pode-se afirmar da norma prevista no artigo 53, § 2º, de nossa Magna Carta, ao determinar que “*o indeferimento do pedido ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato.*”

Como é do conhecimento geral, a Constituição Federal prevê a imunidade processual para Deputados e Senadores. Porém, por outro lado, visando compensar a imunidade, em caso de indeferimento da licença ou de ausência de deliberação, criou a suspensão da contagem do prazo prescricional.

E se for imputado ao Deputado ou Senador um crime de peculato, praticado durante o seu primeiro ano de mandato, cuja prescrição opera-se em dezesseis anos, vindo a ser o parlamentar reeleito por dez vezes? Entendemos que estará suspensa a prescrição até o final do mandato, não havendo qualquer vício de inconstitucionalidade na norma constitucional que determinou a suspensão, na verdade, também por tempo indeterminado.

Insta acentuar, ainda, pela sedução de se argumentar, que a lei, ao instituir a regra da suspensão do processo pela revelia do réu revel citado por edital, não pretendeu torná-lo imprescritível, tanto que fixou um termo final para a suspensão, ou seja, a data do comparecimento do réu, demonstrando, portanto, que não foi inten-

ção do legislador criar um outro caso de infração imprescritível fora das hipóteses elencadas pela Constituição.

Finalmente, releva notar que, com a nova relação que lhe deu a Lei nº 9.271/96, o artigo 368 do CPP criou também outra causa suspensiva da prescrição, quando o réu encontrar-se no estrangeiro em lugar sabido, caso em que deverá ser citado por carta rogatória. Com certeza muitos defenderão a tese da inconstitucionalidade dessa regra, já que sabemos quanto tempo pode demorar para ser efetivada essa citação, que poderá alongar-se por um prazo em muito superior ao previsto em abstrato para a consumação da prescrição da infração.

(*) Cláudio Soares Lopes é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Internet: Cenas de Sexo Explícito envolvendo menores e adolescentes - Aspectos civis e penais

DAMÁSIO E. DE JESUS E GIANPAOLO POGGIO SMANIO

Membros do Comitê Gestor da Internet no Brasil indaga-nos sobre a licitude ou ilicitude da conduta dos responsáveis pelos *sites* que estão divulgando, por intermédio da Internet, cenas de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes.

O fato deve ser analisado sob a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8069, de 13 de julho de 1990), nos aspectos civis e penais.

Aspectos Civis

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) adotou, em seu art. 1º, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, estendendo-se a todas as suas necessidades e direitos, no sentido do pleno desenvolvimento de sua personalidade. E o seu art. 4º expressa que “é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes... à dignidade e ao respeito”. Como corolário desses princípios, o art. 5º proíbe que a criança ou adolescente seja objeto de qualquer exploração, sendo punido, na forma da lei, qualquer atentado aos seus direitos fundamentais.

Evidentemente, a divulgação via Internet de cenas de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes constitui exploração e atentado contra os direitos da personalidade dos mesmos, incidindo na proibição legal. Realmente, o art. 17 do ECA dispõe sobre o direito à inviolabilidade física, psíquica e moral do objeto da tutela legal, referindo-se expressamente à preservação de sua imagem e de seus valores. Esse dispositivo não contém simples norma programática, uma vez que o art. 18 do mesmo diploma impõe a todos o dever de zelar pela dignidade dos menores contra situações constrangedoras e vexatórias, significando que seus direitos são oponíveis *erga omnes*, ou seja, contra todos.

Os direitos e interesses da pessoa humana, ainda que criança ou adolescente, são difusos uma vez que transcendem a esfera individual, referindo-se à toda sociedade, que deles não pode dispor. Assim, o referido Estatuto estipula sua proteção judicial por via da ação civil pública, visando a impedir a veiculação de *sites* nocivos à sua imagem e personalidade via Internet, nos termos do seu art. 208, parágrafo único, sendo o Ministério Público, dentre outras, a instituição com atribuições para a propositura judicial (art. 210, I). De observar-se que qualquer pessoa pode provocar a

iniciativa do Ministério Público, conforme o art. 220 do mencionado Estatuto, representando e apresentando elementos para sua atuação.

Considerando que o ECA determina a competência funcional absoluta do foro do local onde ocorreu a ação, conforme seu art. 209, a representação deverá ser encaminhada ao Ministério Público com atribuição no domicílio do responsável pelo *site*. Caso o acesso seja difícil, ou os domicílios sejam de complicada localização, a representação poderá ser endereçada à Procuradoria-Geral de Justiça estadual, que a encaminhará à sua destinação específica.

Assim, por intermédio do Ministério Público é possível proibir-se a veiculação via Internet de cenas pornográficas envolvendo menores, responsabilizando-se civilmente os responsáveis.

Aspectos Penais

O art. 241 da Lei n.º 8.069/90 (ECA) tipifica como crime o fato de fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança e adolescente, cominando pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão.

Publicar significa tornar público, permitir o acesso ao público, no sentido de um conjunto de pessoas, pouco importando o processo de publicação (Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1958, VII:340). Em face disso, a divulgação dos *sites* via Internet constitui o núcleo da norma penal incriminadora (“publicar”) e adequa-se à figura típica.

Não se exige dano individual efetivo, bastando o potencial. Significa não se exigir que, em face da publicação, haja dano real à imagem, respeito à dignidade *etc.* de alguma criança ou adolescente, individualmente lesados. O tipo se contenta com o dano à imagem abstratamente considerada.

A consumação do delito ocorre no instante e no local a partir do qual é permitido o acesso ao público que atua na Internet, ou seja, no endereço do responsável pelo *site* (“lugar da publicação”).

A competência é determinada pelos arts. 69 e 70 do Código de Processo Penal, indicando o lugar da infração: aquele onde o crime se consumou. Portanto, no local do endereço do responsável pelo *site* (“endereço real”).

No que se refere à representação sobre a prática do crime, aplica-se o que foi exposto sobre os aspectos civis, podendo ser deduzida perante a Promotoria de Justiça do Ministério Público Estadual, com atribuição no referido endereço do responsável pelo *site*, ou a Procuradoria-Geral de Justiça.

A renúncia à representação é irretratável, pode ser tácita e implica sempre em extinção de punibilidade

EDUARDO SLERCA (*)

A representação é manifestação de vontade tendente a fazer atuar o Estado-Administração junto ao Estado-Juiz na persecução criminal pertinente. É condição de procedibilidade da ação penal pública condicionada (*rectius*: da ação penal *de iniciativa* pública condicionada). Sem a representação, não pode o MP deflagrar a instância penal nem mesmo o Delegado instaurar inquérito policial (§ 4º do artigo 5º do CPP).

Como regra, o ofendido, seu representante legal ou os familiares listados no parágrafo único do artigo 24 do CPP têm um prazo de seis meses a partir da data em que se conheça a autoria, nos termos do artigo 38 daquele mesmo diploma - exceção feita à Lei de Imprensa, onde o prazo para representação é de três meses e começa, impreterivelmente, da data do fato (§ 1º do art. 41 da Lei 5.250/67).

Dentro deste prazo, é de se indagar sobre as hipóteses em que o ofendido (ou quem de direito) tiver, num primeiro momento, renunciado à representação e queira, ao depois, ainda no prazo decadencial, retratar-se da renúncia para que se proceda à persecução criminal. É de se indagar, igualmente, se deve prevalecer a representação quando o representante com ela tem conduta incompatível.

Trata-se, pois, de saber se a renúncia à representação é ou não retratável, bem assim de cogitar da possibilidade de sua versão tácita.

O Estado, sensível às repercussões do *strepitus fori* e a um maior relevo do ofendido, mitigou o princípio da obrigatoriedade que vigora na ação penal de iniciativa pública incondicionada e estabeleceu, em determinadas infrações penais, uma condição específica da ação penal, positivando então o princípio da oportunidade.

Sempre que 'somente se proceder mediante representação', a lei atenta para o juízo de conveniência - não do meliante - mas sim do próprio ofendido. Cumpre porém delimitar o poder e o alcance deste juízo de conveniência do particular, mais especificamente, no que toca à possibilidade (ou não) de retratação da renúncia à representação, bem assim da renúncia tácita à representação.

A doutrina e a jurisprudência consultadas não se posicionam quanto ao problema. Sem embargo, após a análise do tema, chegamos à conclusão da irretratabilidade da renúncia e da possibilidade da renúncia tácita, pelos motivos que expomos a seguir.

A renúncia ao direito de representação é um ato jurídico que, como qualquer outro, acarreta conseqüências - *in casu*, conseqüência extintiva do direito de representação. Não há porquê negar-se-lhe validade como ato jurídico que é.

Trata-se a toda evidência, de um direito disponível pela sua própria natureza. Aliás, justamente porque disponível o direito de representação, mitigado ficou o princípio da obrigatoriedade, abrindo-se espaço para o princípio da oportunidade (ou discricionariedade, como querem alguns) quando a ação for de iniciativa pública incondicionada.

Note-se bem que, malgrado disponível e discricionário o direito à representação, indisponível é ação penal respectiva, vez que de iniciativa pública e não privada. Vale dizer, uma vez aberta a porta da persecução penal como a representação, o MP tem o poder-dever de propor a ação respectiva, quando pertinente (pode ter havido representação e o MP requerer o arquivamento por motivo vário).

A renúncia, pois, quando ato jurídico existente, válido e eficaz, deve ser respeitada e projetar os efeitos que lhe são próprios.

Obviamente, tenha havido qualquer vício de vontade, *v.g.*, o ato de renúncia será anulável, como de resto qualquer ato jurídico.

A lei somente traz exceção à retratação da representação, jamais à retratação da renúncia à representação.

A retratação da representação legitima-se por evitar a via extrema do direito penal, servindo de estímulo à pacificação e ao desenvolvimento das relações humanas. Já a retratação da renúncia, além de não encontrar amparo na lei, contraria o sistema jurídico. Sim, porque se houve renúncia foi em função de uma situação consolidada e de uma avaliação conformada dos fatos. Não tem cabida, pois, reservar ao ofendido a possibilidade de, no futuro, em razão de outra conjuntura qualquer, utilizar-se da representação antes renunciada.

A retratação de uma declaração de vontade é, pois, algo excepcional - e sendo excepcional, demanda expressa previsão legal. Não fosse excepcional a retratação, inúteis seriam as palavras do artigo 25 do CPP, ao permitir a retratação da representação até o oferecimento da denúncia - e a lei não contém palavras inúteis.

Despiciendo seria dizer que, admitindo-se a retratação como regra, o artigo 25 apenas lhe fixaria um limite temporal. Sendo a ação de iniciativa pública (malgrado condicionada), uma vez deflagrada a instância penal, a vontade do particular não mais importa, ressurgindo em sua inteireza o princípio da indisponibilidade. Assim, inútil seria o artigo 25 se tivesse por fim explicitar esse limite temporal para a retratação da renúncia, o que já deflui do regramento da ação penal de iniciativa pública condicionada. A importância do mencionado dispositivo, portanto, vem justamente da exceção aberta à retratabilidade da representação - e somente dela.

Ou seja: a retratação da representação somente é possível graças ao artigo 25 do CPP.

Inexistindo previsão legal para a retratação da renúncia à representação, deve-

se-a tomar por vedada. Aliás, bem andou a lei prevendo excepcionalmente apenas a retratação da representação, silenciando quanto à retratação da renúncia; esta contraria o equilíbrio social, enquanto aquela estimula o retorno ao equilíbrio social sem interferência estatal.

Os autores em geral, quando cuidam da retratação da representação, avisam: impossível será a retratação da retratação, ainda que dentro do prazo decadencial [Não passa despercebida a minoritária colocação de **Mirabete** (*Processo Penal*, 3ª edição, Atlas, 1994, SP, p. 114), que em duas linhas conclui pela retratabilidade da retratação, aludindo a dois acórdãos neste sentido].

Na hipótese sob estudo, a renúncia à representação equivale à retratação da representação já oferecida. Assim, pelo mesmo fundamento por que é impossível retratar-se desta, há de ser impossível retratar-se daquela.

O mestre **Tourinho**, ao insurgir-se contra a retratação da retratação, invoca sua equiparação à renúncia, sem contudo desenvolver esta. De toda forma, mui significativa é a passagem que se extrai de seu clássico *Processo Penal*:

“A retratação, na hipótese, assemelha-se a tudo e por tudo, à renúncia, e, assim, devem os autos ser arquivados...” (vol. I, 14ª edição, Saraiva, 1993, SP, p. 203).

Com efeito, a máquina estatal não pode parar em função da possibilidade de variação de ânimo do ofendido. Presente a renúncia, mister o arquivamento, ainda que o prazo decadencial esteja em seu início.

Sabe a absurdo deixar os autos aguardando em cartório uma eventual retratação de renúncia ao direito de representar. A oportunidade legal de representação foi concedida e a faculdade respectiva exercida, ainda que em sentido negativo.

Não estivesse certo o ofendido sobre a conveniência da representação ou de sua renúncia, deveria silenciar e manifestar-se apenas mais à frente do prazo que a lei lhe confere, ou simplesmente deixá-lo escoar *in albis*. Ainda que precipitada ou impensada, a renúncia do direito de representação, como ato jurídico que é, surte efeitos. O particular pode não praticar o ato ‘renúncia’, mas, uma vez o tendo praticado, não pode afastar seus efeitos.

Neste passo, lembre-se que o parágrafo único do artigo 43 do CPP nada diz com o tema, cuidando aliás da hipótese precisamente inversa, i.e., quando o MP, sem estar satisfeita a condição de procebilidade, oferece denúncia que vem a ser (corretamente) rejeitada.

Tal dispositivo, que pressupõe a ausência de manifestação da vontade autorizadora da *persecutio criminis in iudicio*, não pode ser invocado para regular a situação em que há manifestação de vontade contrária a qualquer atividade ulterior de persecução.

Ademais, o parágrafo único do artigo 43 cuida da *rejeição de denúncia*, seguindo a solução também constante do CPC quanto à extinção do processo sem julgamento do mérito.

Se o MP, porém, promoveu o arquivamento de um inquérito ou um termo circunstanciado por dele constar renúncia ao 'direito de representação, e o ofendido quisesse ao depois retratar-se, representando ainda dentro do prazo legal, o caso seria de desarquivamento puro e simples, que regula-se pelo artigo 18 do CPP. E retratação não é prova nova.

Nem se imagine que, preenchida a condição, nos termos do parágrafo único do artigo 43, possível seria o desarquivamento, o que contraria a letra e o espírito da lei.

O arquivamento "por falta de base à denúncia" abrange todas as hipóteses, salvante a do arquivamento resultante de rejeição de denúncia nos específicos termos do parágrafo único do artigo 43.

Logo, a renúncia ao direito de representação, que acarreta falta de base para a denúncia, regula-se pelo artigo 18 e a retratação de tal renúncia - se possível fosse - não se inseriria na exceção legal que permite o desarquivamento, que é a de prova nova conforme delineamento da parte daquele dispositivo.

Como o parágrafo único do artigo 43 é claro ao cuidar do desarquivamento dos autos mandados a arquivo por rejeição de denúncia, impossível a aplicação analógica aos casos em que os autos são mandados a arquivo não por aquele motivo, mas sim por requerimento ministerial neste sentido.

A analogia, como método de integração do direito, só tem cabida diante da lacuna, da situação não regulada. E a situação a que nos referimos tem regulação no artigo 18, não havendo portanto lacuna a ser suprida.

Não passa despercebido, outrossim, que a aplicação analógica aventada dar-se-ia *in malam partem*, haja vista o profundo e seriíssimo reflexo na punibilidade que fora extinta com o arquivamento apoiado na renúncia ao direito de representação.

Pertinente aqui é uma analogia (aí sim) com o instituto da preclusão, embora saibamos ser este um fenômeno processual - e a representação, bem como a sua renúncia são fenômenos pré-processuais.

A doutrina aponta três espécies de preclusão: a temporal, a consuntiva ou consumativa e a lógica. Assim o esgotamento de uma oportunidade legal se pode dar pelo decurso do tempo sem o seu aproveitamento (preclusão temporal), pelo seu aproveitamento seja de que modo for, a qualquer tempo do prazo (preclusão consuntiva) ou pela prática de atos que sejam incompatíveis com o ato que posteriormente se quer praticar (preclusão lógica).

A renúncia ao direito de representação ocupa duas espécies de preclusão. Ocupa a consuntiva na medida que foi desta forma, renunciando ao direito, que o particular manifestou-se, usando a faculdade legal. Ocupa também a preclusão lógica na medida em que a renúncia ao direito de representação é inconciliável com posterior representação.

Nesta visão preclusiva lógica, encontra guarida a renúncia tácita ao direito de representar pela prática de atos incompatíveis com a representação, genericamente

falando, conforme explicitaremos mais adiante.

A renúncia, insista-se, é um ato jurídico e, quando imaculado de vício de existência, validade ou eficácia, segundo as normas gerais de direito civil, produz conseqüências inafastáveis. Firmando-se como regular manifestação de vontade, sua primeira conseqüência será de impedir futura representação pelo fato objeto da renúncia.

Igualmente pertinente é a analogia com a ação penal de iniciativa privada, onde a renúncia ao direito de queixa pode ser expressa ou tácita - e todos a sabem irretratável. Ora, por que seria então retratável a renúncia ao direito de representação? Ou, por outra, por que seria necessária expressa renúncia, não se admitindo renúncia tácita à representação?

Não importa neste momento a publicidade de iniciativa da ação penal quando em jogo a representação. Está-se a analisar a manifestação de vontade consistente em querer ou não a persecução - e para ambas, iniciativas privada e pública condicionada, vigora o princípio da discricionariedade neste particular.

É por acaso de se aceitar a representação daquele que se diz ameaçado pelo vizinho, quando é notório que este tem sido e continua sendo comensal à mesa daquele, que o convida pelo só prazer da companhia?

O ofendido não pode dar mostrar de amizade intensa e plena, com absoluta ausência de rancor de um lado, demandando a persecução criminal de outro.

Enfim, é a própria Lei 9.099/95 que traz grave reforço à exposição que ora desenvolvemos.

De um lado, esta lei esclarece que a composição dos danos civis implica em renúncia ao direito de representar. Em bom português, está-se trocando tal direito por pecúnia, no mais das vezes. E isto somente é possível porque disponível é o direito de representação, podendo o ofendido aliás fazer dele o que bem entender, inclusive renunciar mesmo sem indenização.

De outro lado, a lei é clara em distinguir o silêncio do ofendido da renúncia à representação: nas infrações de menor potencial ofensivo em que caiba representação, pode o ofendido se resguardar para manifestação em audiência preliminar ou até depois, desde que dentro do prazo. Assim, a lei evita que o ofendido tome apressadamente uma decisão irreversível, qual seja, a de renunciar ao direito de representação.

Julgasse a lei retratável a renúncia, despiciendo seria este cuidado todo em não impor uma manifestação de vontade quando da lavratura do termo circunstanciado ou sequer quando da audiência preliminar.

Neste passo, cumpre registrar que a Lei 9.099/95 excepciona o CPP no que toca ao início da fase pré-processual em crimes de iniciativa pública condicionada. Sim, porque o inquérito policial, em casos que tais, somente se pode iniciar em havendo já representação - o que não ocorre com o termo circunstanciado, que será lavrado e

enviado a juízo mesmo no silêncio do ofendido. Também neste silêncio deverá ser designada audiência preliminar.

Somente para oferecimento da denúncia será necessária a representação, conclusão indisputável uma vez que a própria lei é expressa em conferir oportunidade ao ofendido para representar em audiência preliminar ou mesmo depois, dentro do prazo normal de decadência, para os crimes cometidos após a vigência da lei (artigo 75 e seu parágrafo único da Lei 9.099/95).

Se a representação fosse pressuposto da lavratura do termo circunstanciado ou da audiência preliminar, a lei não preveria a possibilidade de seu oferecimento posteriormente à tentativa de composição civil. Vale dizer, até esta etapa da audiência preliminar (tentativa de composição civil), o procedimento seguirá por impulso oficial, com ou sem representação.

Obviamente, diversa é a situação se o ofendido, em vez de silenciar, expressa-se contrariamente à representação. Aí deverá haver arquivamento, pois não se admite a atividade estatal contra a vontade explícita do particular em se tratando de iniciativa pública condicionada.

Exemplo disto podemos ter quando o motorista envolve-se em acidente de trânsito e lesiona sua namorada, que vinha no banco do carona. Esta, prontamente, comparece em delegacia e assevera, da maneira mais absoluta, que não quer representar, não quer intromissão estatal, não quer coisa alguma. Verdadeiro constrangimento ilegal seria designar audiência preliminar se do termo circunstanciado constar tal renúncia.

Aproveitando o exemplo, e voltando ao tema central da irretratabilidade da renúncia ao direito de representar, imagine-se que esta namorada assim agiu no dia do acidente. Dois meses depois, tendo sido trocada por outra, resolve ela retratar-se da renúncia para então representar e de alguma maneira vingar-se de seu amor frustrado. É de se admitir a retratação de sua renúncia à representação?

A elucubração não é pura abstração. Muita vez, senão o mais das vezes, a retratação da renúncia dar-se-á por razões estranhas ao fato originário, como descontentamento por uma conduta posterior qualquer.

Certo é que, se o ofendido de ameaça renuncia ao direito de representação por ter recobrado a amizade com quem lhe ameaçou e vem a ser posterior e novamente ameaçado, pertinente é uma representação por esta última ofensa e impertinente é revigorar aquela ofensa a cujo direito de representação se renunciara.

Conseqüência das linhas acima é a natureza de causa extralegal de extinção da punibilidade que ostenta a renúncia ao direito de representar.

Se irretratável, se motivo suficiente para arquivamento nos termos do artigo 18 do CPP, sem possibilidade de desarquivamento, a renúncia ao direito de representação, a exemplo do que ocorre com a renúncia ao direito de queixa ou o perdão nos crimes de ação penal de iniciativa privada extingue a punibilidade dos crimes a que se refere.

Embora discorrendo sobre a retratação da representação, o mestre TOURINHO revela partilhar do entendimento acima ao asseverar que “a retratação da representação não deixa de ser uma causa extintiva do *ius puniendi*, equivalente que é a renúncia” (*opus citada*, p. 324).

Por isto mesmo, deve o Promotor agir com cautela ao receber um Inquérito ou um Termo Circunstanciado onde conste renúncia ao direito de representação. À menor suspeita de vício de vontade no ato de renúncia, erro ou coação, p. ex., deve-se notificar o ofendido para ratificar o ato - em Delegacia, diretamente no gabinete do Promotor, em Cartório ou, sendo crime do Juizado Especial, designando-se audiência preliminar.

A cautela evita seja uma declaração de vontade viciada o móvel de uma arquivamento que extingue a punibilidade de um crime.

Resumindo, então temos que:

1. a renúncia ao direito de representar é irretroatável; uma vez expressada ou inferida da prática de atos incompatíveis com a representação, vedada está a persecução criminal;

2. a renúncia ao disponível e discricionário direito de representar, como ato jurídico que é, só deve ser expressada em caso da certeza de não se querer a persecução criminal, já que, uma vez expressada, produz os efeitos que lhe são próprios independentemente da vontade superveniente do renunciante;

3. é de se admitir também a renúncia tácita ao direito de representação, quando houver prática de atos incompatíveis com a vontade de representar ou com a representação já oferecida, desde que neste último caso antes do oferecimento da denúncia;

4. a renúncia ao direito de representar é uma causa extralegal de extinção da punibilidade, sendo o arquivamento com base nela promovido insuscetível de desarquivamento, sendo de se aplicar o artigo 18 (e não o parágrafo único do artigo 43) do CPP;

5. havendo renúncia regular ao direito de representação deve-se promover o arquivamento incontinenti, nada tendo os autos que aguardar em Cartório o escoamento integral do prazo decadencial.

(*) Eduardo Slerca é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

A Responsabilidade dos Administradores das Sociedades por Ações

FÁBIO ULHÔA COELHO (*)

1. Introdução

A lei das sociedades por ações, no art. 158, menciona duas hipóteses de responsabilidade civil dos administradores de companhias: uma relacionada aos prejuízos causados por sua culpa ou dolo, ainda que sem exorbitância de poderes e atribuições (inc. I), e a outra pertinente à violação da lei ou do estatuto (inc. II). Em relação à primeira, é unânime a doutrina ao afirmar que a previsão legal imputa aos administradores uma responsabilidade subjetiva do tipo clássico: isto é, ao demandante cabe a prova do procedimento culposo do demandado. Quanto à segunda, no entanto, predomina largamente o entendimento de que cuida a hipótese legal de responsabilidade subjetiva *com presunção de culpa*, havendo também quem a considere objetiva.

Quando, por outro lado, a discussão enfoca o caso dos administradores de instituições financeiras, acentua-se a divergência doutrinária. Enquanto alguns concluem pela natureza objetiva da responsabilidade dos administradores – se decretada a intervenção, a liquidação extrajudicial, o regime de administração temporária ou a falência da companhia bancária –, outros defendem a tese da natureza subjetiva.

Ao tratar do tema da responsabilidade dos administradores de sociedade anônima, tenho dois objetivos: em primeiro lugar, afirmar a natureza subjetiva do tipo clássico da responsabilidade prescrita pelo art. 158, II, da lei das sociedades por ações; em segundo lugar, por uma interpretação sistemática dos dispositivos legais sobre o assunto, defender que também o administrador de instituição financeira tem responsabilidade subjetiva, mesmo nas hipóteses de intervenção, liquidação extrajudicial, falência ou regime especial de administração temporária. Para tanto, é necessário transitar, rapidamente, pela teoria geral da responsabilidade civil, com o objetivo de assentar premissas e precisar conceitos, principalmente porque estes últimos nem sempre são utilizados de modo uniforme pelos doutrinadores.

2. Sistemas de responsabilidade civil

Há quatro sistemas de responsabilidade civil, dispostos em classificação que conjuga elementos diversos como fundamento (culpa ou posição econômica), ônus probatório (atribuído ao demandante ou ao demandado) e ligação entre conduta do responsável e resultado danoso (modelo puro ou mitigado). O sistema que corres-

ponde ao formato básico da matéria é o da responsabilidade subjetiva do tipo clássico. Traduzida no direito positivo brasileiro pelo art. 159 do Código Civil, a vítima que busca a reparação de seu prejuízo, por este sistema, deve provar em juízo três fatos: a) a conduta culposa do demandado, por ação ou omissão; b) a existência e extensão do dano; c) o liame de causalidade entre a conduta do demandado e o dano. Anote-se, quanto a este último, que o caso fortuito ou a força maior, provada pelo demandado, desfaz o vínculo de causa e efeito entre seu comportamento e o prejuízo sofrido pelo demandante. A causa do dano, em tais situações, é o fato imprevisível e não a conduta do demandado. Também importa registrar que a culpa concorrente da vítima é fator de relativização do liame de causalidade. Demonstrada que sua conduta contribuiu para a ocorrência do dano, repartirá com o demandado a responsabilidade pelo ressarcimento.

O sistema de responsabilidade subjetiva do tipo clássico corresponde à regra geral de responsabilização do direito brasileiro. Quer dizer, se a lei não preceituar para o ressarcimento de certo prejuízo uma norma específica filiada a outro sistema, a vítima deverá perseguir a reparação da lesão segundo os parâmetros da responsabilidade subjetiva do tipo clássico. No entanto, embora geral, este sistema não facilita o acesso da vítima ao pleno ressarcimento, em vista da complexidade do ônus probatório que lhe é reservado. Por tal razão, o direito sempre se mostrou atento a situações particulares em que a realização dos valores de justiça prestigiados pela teoria da responsabilidade civil dependia da liberação da vítima do encargo de produzir uma parte das provas judiciais exigidas pelo sistema clássico. De acordo com este segundo sistema, prescreve a lei a presunção relativa da culpa do demandado, em algumas situações. É o caso, por exemplo, da indenização dos danos causados por animal, pela qual responde o dono, a menos que prove diligência na sua guarda e vigia, imprudência do ofendido, caso fortuito, força maior ou que o dano foi provocado por outro animal (CC, art. 1.527).

O sistema de responsabilidade subjetiva com inversão do ônus de prova, materialmente falando, não introduz nenhum novo elemento constitutivo do dever de indenizar. Isto é, o sistema elege para a indenização pressupostos idênticos aos do clássico, quais sejam, a culpa do agente, o dano e a relação causal. A diferença entre os dois sistemas reside em aspecto meramente processual, de distribuição do ônus de prova. Em ambos, a culpa do demandado será amplamente discutida em juízo, e não poderá haver condenação se restar provada a sua inexistência. Apenas que no sistema clássico incumbe ao demandante demonstrar a culpa do ofensor, e no de inversão do ônus probatório, atribui-se ao demandado o dever de provar que não agiu culposamente. Num e noutro, entretanto, a culpa do demandado é indispensável à sua responsabilização. Indiscutivelmente, o sistema de inversão do ônus de prova se insere no gênero de responsabilidade de natureza subjetiva. Entre os sistemas clássico e de inversão do ônus de prova não existe, portanto, qualquer diferença em relação ao fundamento. Eles se distinguem apenas no âmbito processual.

O sistema objetivo de responsabilidade civil, por sua vez, foi desenvolvido em

atenção aos mesmos valores de justiça que motivaram a evolução do sistema clássico para o da inversão do ônus probatório, isto é, os pertinentes à facilitação do ressarcimento dos prejuízos sofridos pelas pessoas em certas hipóteses. Mas, ao submeter uma situação fática a este terceiro sistema, a lei abstrai o elemento culposo da conduta lesiva, e, nesta medida, se distingue da responsabilidade civil subjetiva, inclusive a modalidade com inversão do ônus de prova¹. O agente responderá pelos danos sofridos pela vítima, ainda que não tenha agido com culpa. Costuma-se dizer que o fundamento da responsabilidade, na hipótese, passa a ser o *risco* relacionado com determinada atividade, mas isto não é correto, conforme proponho mais à frente. De qualquer forma, superada a discussão sobre a culpa do agente, o sistema objetivo apresenta dois pressupostos a serem provados pelo demandante: a) a existência e a extensão do dano; b) o liame de causalidade entre o dano e a ação ou omissão do demandado. Desse modo, a força maior e o caso fortuito também são excludentes de responsabilidade, na medida em que desfazem a relação causal entre a conduta do agente e os prejuízos infligidos à vítima.

Exemplos típicos de responsabilidade objetiva são: a do estado pelos atos de seus funcionários e a do empresário por acidentes de consumo. Mesmo na hipótese em que estes agentes – o estado e o fornecedor – atuaram com o mais absoluto zelo, sem a menor culpa, a vítima será titular ao direito de indenização. A diferença essencial entre os sistemas de responsabilidade subjetiva e objetiva reside na relevância ou não da culpa do lesionador de interesse ou bem alheio. E, em última análise, o que se encontra verdadeiramente em questão nesse diferenciamento é a *licitude* da conduta do demandado. A responsabilidade subjetiva sempre está relacionada a um ilícito, ou seja, a uma conduta intencionalmente voltada a causar dano a outra pessoa (dolo), ou à negligência, imprudência ou imperícia de quem tinha o dever de agir atenta, prudente e competentemente. Mesmo a inobservância de lei é uma forma de conduta culposa, posto que no mínimo negligente. Já, a responsabilidade objetiva está ligada, em geral, a um comportamento lícito. O agente responde pelos danos derivados de ação ou omissão cuja juridicidade não se discute. O município, quando chamado a indenizar os vizinhos a uma obra viária de utilidade para a fluência do trânsito, mas que importa deterioração urbana do entorno – estou pensando no viaduto em São Paulo conhecido por *Minhocão* –, está respondendo por ato plenamente lícito. A indústria que, a despeito do mais rigoroso controle de qualidade e emprego de aprimoradíssima tecnologia, acaba colocando no mercado produto imperfeito, em virtude do que é condenada a indenizar particulares por acidente de consumo, está sendo responsabilizada também por ato lícito. Com efeito, esta indústria, como toda a obra humana, é imperfeita; a colocação de produto defeituoso não é, portanto, conduta culposa se demonstrada a adoção das cautelas exigíveis, humanamente possíveis. O acidente de consumo, no caso, deriva de conduta lícita, e

¹ Cfr. Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro, 1979, Forense, 6ª edição, vol. 1, págs. 91/95.

o empresário responde a despeito desta licitude².

Em suma, como toda conduta culposa é ilícita, configura desrespeito à lei, o critério mais acertado para distinguir a responsabilidade subjetiva da objetiva é o de relacionar aquela à ilicitude e esta última à licitude da ação ou omissão do agente a quem o direito positivo imputa o dever de indenizar³.

O derradeiro sistema de responsabilidade, que se poderia denominar *objetiva pura*, foi criado pelo direito para *assegurar* a indenização às vítimas de certos eventos cujas repercussões têm alcance econômico e social de maior envergadura. São quase modelos de seguro obrigatório. Algumas experiências no direito estrangeiro, como o sistema *no-fault* vigente em alguns estados norte-americanos, albergam as vítimas de acidente de trânsito. O mais conhecido e desenvolvido, no entanto, é o exemplo da responsabilização da agência de seguridade social, por acidente de trabalho.

O quarto sistema de responsabilidade civil se distingue do anterior, na medida em que abstrai a relação de causa e efeito entre o dano experimentado pela vítima e uma determinada ação ou omissão daquele a quem o direito imputou o dever de pagar a indenização. O empregado, no Brasil, vitimado por acidente de trabalho, pode reclamar do INSS o pagamento da prestação securitária prevista na lei e no regulamento próprios, mas, por evidente, não há nenhuma ligação causal possível de se estabelecer entre os danos derivados do acidente e a atuação da agência de seguridade social. Na verdade, os únicos pressupostos deste gênero de responsabilização, que cabem ao demandante provar, dizem respeito à demonstração da qualidade de beneficiário do sistema de seguridade, e à existência e extensão do dano, observados os parâmetros previamente estabelecidos para a mensuração deste. A indenização será devida, mesmo que o credor tenha sido culposamente o causador do acidente que o vitimou; mesmo, por outro lado, que tenha ocorrido caso fortuito ou força maior.

A convivência, no direito positivo, de quatro diferentes sistemas de responsabilidade civil leva, por evidente, a doutrina à discussão acerca das situações subsumidas a cada um deles. Grosso modo, o sistema clássico será o pertinente, caso não exista expressa previsão, na lei imputadora da responsabilidade, de inversão do ônus probatório da culpa, ou da ressalva desse elemento. Ele constitui a regra básica da responsabilidade civil da ordem jurídica brasileira⁴. Quer dizer, se o direito positivo se limita a definir determinado agente como responsável por danos, sem preceituar a presunção de sua culpa, ou sem consignar que a responsabilidade independe desta,

² Cf. Fábio Ulhoa Coelho, *O Empresário e os direitos do consumidor*, São Paulo, 1994, págs. 63/66 e *passim*.

³ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1981, Forense, 5ª edição, vol. 3, págs. 505/507.

⁴ A expressão é de Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, São Paulo, 1979, Saraiva, 4ª edição, vol. 4, pág. 17.

a conclusão aponta necessariamente para o sistema clássico de responsabilização⁵. Os demais sistemas somente se aplicam quando específica e expressamente prescritos por norma legal.

3. *Fundamento da responsabilidade objetiva*

O fundamento último de qualquer obrigação, no sistema jurídico correspondente ao capitalismo inferior, é a *vontade* do seu sujeito passivo. Mesmo os deveres definidos na lei, sob o ponto de vista da legitimação política, fundam-se indiretamente na vontade do devedor. Isto é particularmente nítido na discussão sobre o princípio da legalidade tributária. A imposição de tributos pressupõe lei, em sentido estrito, que a estabeleça; quer dizer, os contribuintes manifestam, através dos representantes com mandato legislativo, a sua concordância em pagar o imposto. Por mais fictícia que pareça – e por mais que realmente o seja –, a vontade do devedor tributário se pode encontrar nos fundamentos racionais da obrigação.

A responsabilidade civil de cunho subjetivo também se baseia, de modo indireto, na vontade do agente. Esta é o fundamento racional e axiológico da imputação do dever jurídico. A culpa civil – que engloba tanto as condutas negligentes, imprudentes e imperitas quanto as intencionais – representa sempre uma de possíveis alternativas de comportamento. Quer dizer, o dano indenizável foi efeito de conduta que poderia ter sido diferente. Isto é inafastável: se não havia outra conduta juridicamente exigível do agente lesionador do interesse alheio, então não será ilícito o ato de danificar, nem se imporá a decorrente responsabilidade civil (CC, art. 160). A culpa se revela apenas no comportamento que poderia não ter sido. Se o dano ocorreria independente da ação de determinada pessoa, então ela não é responsável, sob normas jurídicas afiliadas ao sistema subjetivo.

O pressuposto jurídico, no contexto deste sistema, é o de que o agente, querendo, teria sido atento, prudente, competente ou, então, poderia ter evitado envolver-se levemente em situação de risco. Ao provocar o dano, assim, de algum modo, ele manifestou uma vontade. Se a explicação psicológica, a ressaltar os motivos inconscientes do agir humano, afirma eventualmente a incapacidade material de certa pessoa dominar sua ação pela vontade, isto não se traduz em termos de correlata impossibilidade jurídica.

⁵ Para Caio Mário da Silva Pereira, “Atentando na necessária evolução do pensamento, entendemos que a ordem jurídica deverá fixar dois tipos de responsabilidade civil: a) a primeira, fundada na *culpa*, caracterizada esta como um erro de conduta ou transgressão de uma regra predeterminada, seja de natureza contratual, seja extracontratual; b) a segunda; com abstração da idéia de culpa, estabelecida *ex lege* a obrigação de reparar o dano, desde que fique positivada a autoria de um comportamento, sem necessidade de se indagar se foi ou não foi contrário à predeterminação de uma norma; uma vez apurada a existência do fato danoso, caberá indenização por parte do ofensor ou de seu preponente; mas como se não cuida aqui da imputabilidade da conduta, somente há de ter cabida naqueles casos expressamente previstos na lei, pois é claro, se for deixada sem uma frenagem conveniente, a conseqüência será o inevitável desaparecimento da primeira, com os inconvenientes (...) da equiparação da conduta jurídica à antijurídica” (*Ob. loc. cit.*).

Em última instância, portanto, a responsabilidade subjetiva se funda no secular valor jurídico, segundo o qual as pessoas respondem por seus atos de vontade. O mesmo, contudo, não se pode afirmar acerca da responsabilidade objetiva, cujo fundamento é diverso. Com efeito, as normas jurídicas afiliadas a este sistema imputam responsabilidade independente de culpa *inclusive* a quem não poderia, por sua ação ou omissão, ter evitado o dano. É certo que o município, por exemplo, ao optar pela realização de obra no sistema viário – ainda que a custo de deterioração do entorno urbano –, externa uma vontade: adota uma opção e responde por ela. O sistema objetivo, portanto, a que se encontram sujeitos os municípios, não exclui necessariamente a manifestação de vontade como seu fundamento racional e axiológico. Mas situações há, em que a responsabilidade objetiva se impõe mesmo que o agente não reúna meios para impedir o dano, como no caso do INSS em relação ao pagamento de verbas acidentárias.

A doutrina costuma apontar o risco inerente ao exercício de determinada atividade como o fundamento da responsabilidade objetiva⁶. O fabricante de fármacos assume forçosamente um risco, inerente à exploração de qualquer atividade econômica, que é o de produzir e comercializar algumas unidades com defeitos. Pois bem, seria tal risco o fundamento valorativo para as normas jurídicas estabelecedoras da responsabilidade objetiva: da opção de o assumir decorreria, segundo tal formulação, a justeza da imputação do dever de indenizar.

Não é este, contudo, o melhor enfoque a ser emprestado à matéria. O risco é próprio da atividade econômica como um todo, e, deste modo, não consegue fornecer pautas para se distinguirem as hipóteses de responsabilidade objetiva e subjetiva do empresário. Exemplificando: imagine-se acidente de trânsito, causado pelo motorista de uma empresa do ramo de mudanças domiciliares. O proprietário do outro veículo envolvido no acidente deverá demandar a empresa com fundamento na responsabilidade subjetiva do tipo clássico: ou seja, será seu o ônus da prova da culpa do empregado do demandado. Já o consumidor do serviço de mudança buscará a indenização, pelos danos acarretados ao seu mobiliário, invocando o princípio da responsabilidade objetiva dos fornecedores (CDC, art. 14). A fórmula que identifica no risco da atividade o fundamento axiológico para este último sistema, é incapaz de explicar a dualidade de soluções jurídicas. Ora, se o acidente de trânsito está ligado ao risco empresarial próprio à exploração dos serviços de mudança domiciliares, e deste fato decorreria o dever de indenizar independentemente de culpa, não se podem entender os motivos pelos quais a responsabilidade objetiva ampara o consumidor mas não o proprietário do outro veículo, quando ambos sofrem prejuízos em virtude do mesmo evento.

Na verdade, o fundamento axiológico e racional para a responsabilidade objetiva não são os riscos da atividade, mas a possibilidade de se absorverem as repercussões

⁶ Cfr. Aguiar Dias, *ob. cit.*, págs. 50/51, 57/82 e *passim*.

econômicas ligadas ao evento danoso, através da distribuição do correspondente custo entre as pessoas expostas ao mesmo dano ou, de algum modo, beneficiárias do evento. É o mecanismo de socialização das repercussões econômicas do dano que torna justa a imputação de responsabilidade aos agentes que o podem acionar. Note-se que o estado pode responder objetivamente pelos danos causados por seus funcionários porque tem meios para distribuir entre os contribuintes – através da criação e cobrança de tributos – os encargos derivados de sua responsabilização. Por outro lado, o fornecedor pode ter responsabilidade objetiva por acidentes de consumo na medida em que consegue incluir na composição de seus preços um elemento de custo correspondente às indenizações por aqueles acidentes; em conseqüência, são os próprios consumidores que pagarão por tais indenizações, ao adquirirem os produtos ou serviços com o preço proporcionalmente majorado em função de referido elemento de custo. O INSS é objetivamente responsável pelos acidentes de trabalho porque, mediante a imposição de contribuições aos empresários e empregados, reparte entre estes sujeitos o valor dos benefícios pagos aos acidentados.

Em suma, enquanto o sistema subjetivo de responsabilidade se respalda na vontade como fonte de obrigações, o objetivo encontrará sustentação valorativa na possibilidade de o agente passivo realocar perdas. É justo que o estado tenha responsabilidade objetiva, porque ele acaba distribuindo o encargo entre os seus contribuintes, os quais representam a parcela dos beneficiários últimos da ação estatal, com condições de suportar proporcionalmente o custo desta. É justo impor ao fabricante o dever de indenizar os consumidores por defeitos nos produtos, independente de culpa, porque o dispêndio relativo a esta imposição será – se não de imediato, pelo menos a longo prazo, quando os fatores conjunturais o permitirem – totalmente repassado ao preço destes. É justo, também, que, por tal processo de diluição, as perdas causadas pelo acidente de consumo sejam suportadas pelas pessoas a ele expostas, isto é, pelos consumidores do mesmo produto ou serviço. É justo, por fim, que o INSS responda objetivamente pelos acidentes de trabalho, porque os recursos com os quais irá pagar as verbas acidentárias são oriundos das contribuições devidas por empregados e empresas, o que implica, na verdade, a repartição das conseqüências econômicas do evento danoso entre os agentes a ele expostos.

Assentadas estas premissas sobre a responsabilidade civil em geral, pode-se agora enfrentar, com maior facilidade, a questão da responsabilidade dos administradores de sociedade anônima. Logo de início, quero propor que a fórmula doutrinária apropriada para sintetizar as normas vigentes sobre o tema, afirma que os *administradores respondem pelos danos originados pelo descumprimento de dever legal*. A partir desta fórmula, é possível a compreensão e aplicação de todo o regime de disciplina jurídica do assunto em foco. Para o demonstrar, vale a pena uma referência – ainda que breve – aos deveres a que se sujeitam os administradores de companhia.

4. Deveres do administrador de companhia

São três os principais deveres impostos por lei aos administradores de compa-

nhia: o de diligência, o de lealdade e o de informar.

O dever de diligência está conceituado, em termos gerais, no art. 153 da LSA, e se expressa normativamente pelo *standard* do bom pai de família. A doutrina aponta as dificuldades próprias de aplicação desse dispositivo, ressaltando sua ligação com a concepção – já superada, diga-se de passagem, pelo direito brasileiro – de que o administrador encontra-se em posição similar à do mandatário⁷. O padrão normativo é o do emprego, no exercício das funções de administrador da companhia, do cuidado e diligência próprios do homem ativo e probo na condução de seus interesses. Não se pode negar a extrema fluidez e vaguidade do conceito adotado pela lei brasileira – embora, por outro lado, também é verdade que não se encontram nas legislações estrangeiras soluções melhores⁸.

O mais apropriado meio de operacionalização do *standard* do dever de diligência, segundo penso, é o de considerá-lo em referência aos cânones da “ciência” da administração de empresas⁹. Diligente, de acordo com esta solução, é o administrador que observa os postulados daquele corpo de conhecimentos tecnológicos, fazendo o que nele se recomenda e não fazendo o que se desaconselha. Tal forma de operacionalizar a norma do art. 153 da LSA parece-me extremamente objetiva, de modo a tornar o cumprimento do dever passível de aferição através de perícia. Ou seja, se o administrador adotou determinada providência na condução dos negócios sociais, a indagação jurídica, acerca do atendimento ao dever de diligência na hipótese, deve se ocupar em compará-la ao que é assente entre os *experts* em administração de empresa. A adoção do bom pai de família como paradigma não é mais operacional, hoje em dia. De um lado, por se tratar de padrão por demais impreciso e em total descompasso com a realidade, tendo em vista as profundíssimas alterações na distribuição social de trabalho entre os sexos e as novas estruturas familiares. De outro lado, o atual estágio de desenvolvimento da “ciência” da administração – nascida do pioneiro trabalho de Frederick Taylor no fim do século passado –, permite à doutrina deitar ao lado as já gastas fórmulas do direito romano. Em suma, o paradigma do administrador competente deve substituir o do bom pai de família.

O administrador diligente é aquele que emprega na condução dos negócios sociais as cautelas, métodos, recomendações, postulados e diretivas da “ciência” da administração de empresas. O dever de diligência, portanto, corresponde a obrigações

⁷ Cfr., por exemplo, Waldírio Bulgarelli, *Manual das Sociedades Anônimas*, São Paulo, 1988, Atlas, 5ª edição, pág. 160.

⁸ A doutrina norte-americana igualmente registra as dificuldades derivadas da generalidade dos termos em que se costuma traduzir o *duty of care* (Cfr. Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1991, pág. 306). Ver, também, Fran Martins, *Comentários à Lei das S.A.*, Rio de Janeiro, 1984, Forense, págs. 359/360.

⁹ A expressão *ciência*, referida ao conhecimento das técnicas de administração de empresa, está aqui sempre grafada entre aspas, porque o autor considera que tal conhecimento tem natureza tecnológica e não científica. O lugar para esta discussão, no entanto, é outro (Cfr., quanto ao conhecimento jurídico, o meu *Direito e Poder*, São Paulo, 1992, Saraiva, págs. 13/23, principalmente).

de meio e não de resultado¹⁰. O administrador, em outros termos, tem o dever de empregar certas *técnicas* – aceitas como adequadas pela “ciência” da administração – na condução dos negócios sociais, tendo em vista a realização dos fins da empresa. Mas ele não responde pela efetiva realização dos fins sociais – sujeitos também à implementação de várias outras condições não inteiramente controláveis pela administração societária. A pesquisa jurídica sobre a incidência da norma do art. 153 da LSA em determinado caso não precisa e não deve ultrapassar os limites da apreciação técnica pertinente ao cumprimento da obrigação de meio.

Já o art. 154 da LSA diz respeito aos limites e finalidades do exercício das funções de administrador, assunto que também deve ter equacionamento técnico.

Assim, o enunciado geral do *caput* orienta a atuação dos administradores tendo em vista três fatores: os fins e interesses da companhia, o bem público e a função social da empresa. Quando convergentes as soluções administrativas inspiradas em tais finalidades, no sentido de apontarem para a mesma direção, não haverá maiores dificuldades na observância da norma jurídica. Contudo, ela não fornece diretrizes ao administrador, se o interesse da companhia, em determinado assunto, não se compatibiliza inteiramente com o bem público ou a função social da empresa. Como, então, interpretá-la e aplicá-la? Na verdade, o *caput* do art. 154 da LSA se completa necessariamente com o previsto em seus desdobramentos. Isto é, aquele define a finalidade das atribuições do administrador, enquanto os parágrafos detalham o desvio de poder. Em outros termos, o enunciado prescritivo, resultante das diversas definições e vedações listadas no art. 154 da LSA e seus parágrafos, afirma, em síntese, a proibição de determinadas práticas que o legislador considera desvio de poder. Concretamente, estabelece a lei a seguinte série de condutas proibidas: o administrador não pode privilegiar o grupo ou classe de acionistas que o elegeu; não pode praticar ato de liberalidade à custa da companhia, admitida apenas a prática de atos gratuitos razoáveis em favor de empregados ou da comunidade, quando autorizado pelo Conselho de Administração ou pela Diretoria; não pode, sem prévia autorização da Assembléia Geral ou do Conselho de Administração, tomar por empréstimo recurso ou bens da companhia, nem usar – em benefício próprio ou de outrem

¹⁰ No direito italiano, a função de administrador de companhia é assimilável à do mandatário, inclusive por força de disposição legal, já que o art. 2392 do *Codice Civile* estabelece: “gli amministratori devono adempieri i doveri ad essi imposti dalla legge e dall’atto costitutivo con la dilligenza del mandatario”. Disso, costumam-se extrair duas conseqüências: a responsabilidade dos administradores perante a sociedade tem natureza contratual, e o dever de diligência corresponde a uma obrigação de meio e não de resultado. A propósito, confira-se a lição de Francesco Galgano: “il rinvio alla diligenza del mandatario implica (...) la qualificazione dell’obbligazione dell’amministratore come obbligazione di mezzi, e non come obbligazione di risultato, con la precisazione che la diligenza richiesta all’amministratore di società per azione è quella normale ed ordinaria, e non una diligenza speciale di maggiore, o di minore, intensità (*La Società per Azioni*, vol. 7º do *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, Padova, 1988, CEDAM, 2ª edição, pág. 294). No mesmo sentido, Massimo Franzoni (*La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, vol. 19º do *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, coordenado por Francesco Galgano, Padova, 1994, CEDAM, pág. 11).

– seus bens, serviços e crédito; e não pode, por fim, sem autorização estatutária ou assemblear, receber de terceiros vantagem de qualquer tipo, em razão do seu cargo.

Assim, se o administrador não incorrer nestas quatro condutas proibidas, estará exercendo suas atribuições regularmente, sem desvio de finalidade; em consequência, estará dando cumprimento ao art. 154 da LSA, como um todo.

O dever de lealdade se encontra no art. 155 da LSA e se traduz, em termos concretos, também por uma lista de condutas proibidas. Será desleal com a companhia o administrador que: não guardar reserva sobre os negócios sociais; usar em seu benefício, ou de outrem, oportunidades negociais a que teve acesso em função do cargo que exerce; negligenciar no exercício ou na proteção de direitos da sociedade; deixar de aproveitar oportunidade negocial, em nome da companhia com o objetivo de obter vantagem para si ou para outra pessoa; comprar, para revender à companhia com lucro, um bem de que ela necessite, ou sobre o qual tenha interesse. Muitas vezes, o descumprimento do dever de lealdade se caracteriza, também, como falta de diligência, revelando-se, nesta hipótese, mais fácil fundamentar a responsabilidade do administrador em função da inobservância deste último.¹¹

Outro dever do administrador, bastante próximo ao de lealdade, é o de ser abster de atuar nas operações desenvolvidas pela companhia, em que tenha interesse conflitante com o social (LSA, art. 156)¹². As razões da norma proibitiva são evidentes, uma vez que o administrador não estará em condições de cuidar do assunto com a diligência necessária. Ao contrário, a tendência humana e natural será a de privilegiar os seus próprios interesses em detrimento dos da companhia. Quando ocorrer situação conflitante, o administrador deve comunicar seu impedimento aos demais administradores e consignar extensão e natureza do seu interesse em ata de reunião do órgão de que participa (Conselho de Administração ou Diretoria).

Não está, em regra, o administrador proibido de contratar com a própria sociedade.¹³ No entanto, a lei cuidou de explicitar que este contrato – por alguns denominado *consigo mesmo*, na medida em que aparentemente envolve dois sujeitos de direito distintos, mas, de fato, resulta de vontades emanadas do mesmo e único centro de decisão¹⁴ – deve atender a condições razoáveis ou equitativas, idênticas às de mercado, de modo que o administrador não venha a se locupletar em razão do cargo. Será anulável o contrato entre administrador e companhia não fundado em

¹¹ Para Robert Charles Clark, “not infrequently, the facts suggest that the directors were actually being sued and held liable because of wrongful self-interested conduct – for a violation of their fiduciary duty of loyalty – and the courts’ talk about duty of care is simply a way of letting the plaintiffs win without having to prove all the elements of a wrongful conflict of interest transaction” (*Corporate Law*, Boston-Toronto, 1986, Little, Brown and Co, pág. 126).

¹² Sobre o conflito entre os interesses do administrador da controladora e os de sociedade controlada, consultar Massimo Franzoni, *ob. cit.*, págs. 51/53.

¹³ Apenas o administrador de instituição financeira está proibido de contratar mútuo, na qualidade de mutuário, com a companhia por ele administrada (Lei 4.595/64, art. 34, I).

¹⁴ Cfr. Robert Charles Clark, *ob. cit.*, págs. 143/150.

condições gerais de mercado, sendo a sociedade a titular das vantagens que ele tiver obtido na transação não equitativa.¹⁵

O derradeiro dever imposto pela legislação acionária ao administrador é o de informar (LSA, art. 157), restrito aos casos de companhia aberta. O cumprimento deste dever apresenta dois aspectos distintos: de um lado, o pertinente às informações para esclarecimento de acionistas; de outro, as comunicações de fatos relevantes, cujo destinatário são os investidores em geral. Em relação ao primeiro aspecto, determina a lei, inicialmente, que o administrador, no ato da posse, deve declarar se em seu patrimônio há ações ou outros valores mobiliários (bônus de subscrição, opção de compra de ações, debêntures conversíveis em ações) de emissão da companhia, de sociedades por esta controlada ou integrantes do mesmo grupo, especificando o número. Ainda em relação aos esclarecimentos aos acionistas, concernentes a determinados negócios societários e empregatícios do administrador, prevê a lei a obrigatoriedade de prestá-los em Assembléia Geral, quando solicitado por quem detém pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social (LSA, art. 157, § 1º).

O aspecto mais importante do direito de informar, contudo, diz respeito à comunicação à Bolsa de Valores, e publicação pela imprensa, da ocorrência de fatos relevantes. Pode ser fato relevante todo e qualquer evento econômico ou de repercussão econômica, a envolver a companhia, incluindo neste amplo conjunto as deliberações de seus órgãos societários, a realização ou a não realização de determinados negócios, projeções de desempenho etc. Será relevante o fato se puder influir, de modo ponderável, na decisão de investidores do mercado de capitais, no sentido de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela sociedade anônima (LSA, art. 157, § 4º). Quer dizer, se o administrador de companhia aberta, a partir de sua experiência profissional, constatar que os investidores, ao tomarem conhecimento de determinada notícia relacionada à sociedade que administra, optariam por realizar ou deixar de realizar certos negócios no mercado de capitais, então ele estará diante de um fato relevante, cuja divulgação é seu dever legal.

O regular funcionamento do mercado de capitais depende da transparência no acesso às informações sobre as companhias abertas emissoras dos valores mobiliários nele negociados. É o chamado princípio do *full disclosure*, que garante a todos os investidores oportunidades iguais na negociação. O administrador é o principal agente de efetivação deste princípio. A comunicação deve se dar imediatamente após a conclusão do negócio ou a ocorrência do fato, momento que nem sempre é fácil de precisar. Note-se que, muitas vezes, o fato relevante está ligado à concretização de negócios de vulto, cuja concepção e desenvolvimento demandam meses, até começarem a ganhar forma. A divulgação precipitada de transações ainda em andamento não raro é altamente desinteressante para as partes e podem, mesmo, chegar a comprometê-la. Uma vez concluídas as negociações, no entanto, nasce o dever de infor-

¹⁵ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, São Paulo, 1984, RT, vol. 50, pág. 401.

mar os seus aspectos relevantes ao mercado. Quando não se cuida de negociações propriamente ditas, mas de decisões governamentais, de projeção de desempenho, de quebra de safra, de fatos enfim que independem da vontade da companhia, a notícia deverá ser dada aos investidores, através da Bolsa de Valores e da imprensa, assim que se mostrar irreversível.

Antes da divulgação do fato relevante, compete ao administrador de companhia aberta guarda absoluto sigilo acerca das operações capazes de influir no comportamento dos investidores, sendo-lhe vedado usar a informação privilegiada para obter vantagem, para si ou para terceiros (LSA, art. 155, §§ 1^oa 3^o). O administrador que não observa estes deveres incorre em *insider trading*¹⁶.

Para finalizar essa parte do presente estudo, anote-se que os principais deveres dos administradores são os elencados a partir do art. 153 da LSA (diligência, cumprimento das finalidades da sociedade, lealdade e o de informar). A lei contempla, no entanto, outros tantos deveres, de diferentes naturezas – por exemplo, o de divulgar os documentos da administração, com certa antecedência (LSA, art. 133); convocar a Assembléia Geral Ordinária (LSA, art. 123; providenciar as demonstrações financeiras (LSA, art. 176) etc. Também há deveres implícitos, que se conclui de normas mais gerais ou, mesmo, de princípios. São desta categoria o dever de observar os estatutos, cumprir as deliberações dos órgãos societários hierarquicamente superiores, controlar a atuação dos demais administradores, não competir com a sociedade etc. Importa ressaltar que a inobservância de qualquer dever gera rigorosamente os mesmos efeitos civis. Isto é, qualquer que seja o dever descumprido – os elencados a partir do art. 153 da LSA, os dispostos em outras normas legais ou os implícitos –, o administrador responderá pela indenização dos danos que provocar.

5. Apuração e efetivação da responsabilidade

O descumprimento dos deveres legais pelos administradores pode gerar dano a qualquer pessoa. Os investidores do mercado de capitais podem sofrer prejuízo pela omissão da informação do fato relevante, parceiros comerciais da companhia podem perder oportunidades se o administrador não for diligente etc. Na maioria das vezes, no entanto, será a própria companhia a diretamente prejudicada pela inobservância de dever legal, caso em que, indiretamente, os danos atingirão os interesses dos acionistas.

Quando é a companhia a diretamente lesada por ato de administrador, a apuração e efetivação de sua responsabilidade segue algumas regras próprias, destinadas a preservar o interesse social, já que se encontra este – episodicamente –, em boa medida conflitante com os dos membros do corpo diretivo da sociedade. É natural

¹⁶ L.G. Paes de Barros Leães, *Mercado de Capitais & "Insider Trading"*, São Paulo, 1982, RT.

imaginar que o administrador que, descumprindo dever legal, impõe dano à sociedade, tende a dificultar a apuração dos fatos, não se devendo afastar também a hipótese de eventual conivência dos demais administradores, um tanto por espírito corporativo. Se considera, ademais, que o implicado na irregularidade poderá ser até mesmo o presidente da companhia, seu representante legal, então se percebe a necessidade de criação na lei de instrumentos próprios à defesa dos interesses da sociedade.

A apuração da responsabilidade de administrador, quando prejudicada a companhia, será feita pela Assembléia Geral. É este o órgão societário com competência exclusiva para definir se houve descumprimento de dever legal, em determinada conduta ou liberação de diretor ou conselheiro. A sociedade, em seu próprio nome, ou acionista, na qualidade de substituto, não poderão demandar em juízo a composição do dano, sem que a Assembléia Geral tenha já apreciado e votado a matéria. A decisão assemblear é condição de procedibilidade da ação de responsabilidade contra o administrador¹⁷. Para chegar à sua conclusão, a Assembléia, quando depender de maiores investigações, deve determinar o levantamento de dados ou exame de documentos, devendo, neste caso, deliberar previamente acerca das diligências necessárias e pertinentes (desde que, claro, sejam também permitidas pela lei). Uma vez, no entanto, reunidos todos os elementos indispensáveis à apreciação da matéria, a Assembléia Geral decidirá pela responsabilização ou não do administrador investigado. Durante o prazo da investigação, se considerar útil, este órgão poderá suspender de suas funções o diretor ou conselheiro sob suspeita.

Quando ordinária, a Assembléia Geral tem competência para decidir sobre a responsabilização de administrador, independente da pauta. Quer dizer, em AGO, qualquer acionista poderá suscitar o tema durante a discussão de assuntos de interesse geral, mesmo que não figure tal item na ordem do dia. Já a Assembléia Geral Extraordinária somente tem competência para conhecer e deliberar sobre a responsabilização de administrador, se este tema constar da pauta ou for consequência direta de algum item nela mencionado. É o que se conclui do art. 159, § 1º, da LSA.

Concluindo a Assembléia Geral, por maioria de votos dos acionistas presentes, que é o caso de processar diretor ou conselheiro, para dele haver a indenização pelos danos derivados de descumprimento de dever, duas providências impõem ser adotadas: em primeiro lugar, a substituição do administrador ou administradores responsáveis, que se tornam impedidos (LSA, art. 159, § 2º); em segundo lugar, as medidas administrativas e contratuais necessárias ao ajuizamento da ação de indenização. A primeira caberá ao órgão societário competente para prover o cargo de administrador ocupado pelo substituído, isto é, à própria Assembléia Geral ou ao Conselho de Administração. A segunda providência competirá à Diretoria. Registre-se, inclusive, que os administradores não alcançados pela decisão assemblear ou os que

¹⁷ Cfr. Massimo Franzoni, *ob. cit.*, pág. 70.

foram eleitos como substitutos, não podem deixar de promover as medidas necessárias ao aforamento da ação de indenização contra o destituído, sob pena de também eles incorrerem em descumprimento de dever legal – qual seja, o de diligência.

Concluindo, por outro lado, a Assembléia Geral que não é o caso de se promover a ação de responsabilidade, por quaisquer razões que a motivem, o administrador acerca do qual se levantaram suspeitas poderá continuar no exercício de suas funções, se assim for reputado conveniente. Se, durante as investigações, a Assembléia havia suspenso o administrador, caberá agora deliberar sobre a sua recondução ou não ao cargo. Nota-se, com efeito, que os órgãos competentes para eleger os administradores da companhia podem, a qualquer tempo, e independente da causa, destitui-los, de modo que da rejeição assemblear da proposta de responsabilização não decorre a garantia de permanência no cargo.

A efetivação da responsabilidade dos administradores, por dano imposto à companhia, decorrerá, normalmente, da condenação judicial em ação de indenização promovida pelo titular do direito indenizatório, isto é, a própria sociedade por ações. No entanto, prevê a lei, duas hipóteses de substituição processual, pelas quais os acionistas podem agir em nome da sociedade lesada, para promover a responsabilização do administrador. A primeira, a substituição *derivada*, resulta da inércia dos representantes legais da sociedade em promover a ação judicial de responsabilização deliberada pela Assembléia Geral: o atraso em pelo menos três meses legitima qualquer acionista para a demanda indenizatória, independentemente do número de ações que possuir (LSA, art. 159, § 3º); a segunda hipótese, a substituição *originária*, se verifica quando a Assembléia Geral delibera não promover a ação de responsabilidade contra o administrador, mas acionista ou acionistas titulares de ações correspondentes a 5% do capital social, têm entendimento contrário ao órgão, legitimando-se assim à propositura da demanda (LSA, art. 159, § 4º).

Nas duas hipóteses de substituição processual, o titular do direito à indenização é sempre a sociedade lesada. O acionista ou acionistas demandantes agem em nome da pessoa jurídica, em razão de norma excepcional de legitimação ativa. Deste modo, os resultados da ação, esclarece o art. 159, § 5º, da LSA, caberá à companhia e não aos autores. Estes terão, até o limite de tais resultados, direito à indenização pelas despesas em que incorreram, acrescidas de juros e correção monetária, cabendo à sociedade anônima providenciar o ressarcimento.

Durante a tramitação da ação de responsabilidade civil, promovida em função da regra de substituição originária, o administrador demandado poderá continuar no exercício de suas funções, se e enquanto gozar da confiança dos órgãos societários. Até mesmo a condenação judicial, neste caso específico, não importará necessariamente a destituição do cargo. Se o acionista ou acionistas substitutos processuais não formularem pedido neste sentido, ou se o juiz não acolher esta parte da postulação, inexistirá impedimentos para o administrador permanecer no exercício de suas funções.

6. Natureza da responsabilidade civil dos administradores

As duas hipóteses elencadas pelo art. 158 da LSA, na definição da responsabilidade dos administradores, são interdefiníveis. Com efeito, a ação culposa ou dolosa é, forçosamente, ilícita, violadora da lei. Se, por exemplo, um administrador deixa de aplicar disponibilidades financeiras da sociedade, ele age com negligência ou até imperícia. A natureza culposa de sua omissão é, assim, clara e indiscutível. Contudo, este mesmo comportamento também caracteriza a inobservância dos deveres de diligência e de lealdade. Conseqüentemente, o administrador que age culposamente viola a lei. Por outro lado, toda violação à lei ou aos estatutos é uma conduta culposa ou dolosa. O administrador que descumpra norma legal ou cláusula estatutária, se não atua conscientemente, estará sendo negligente, imprudente ou imperito. Em razão da interdefinibilidade das hipóteses de responsabilização civil dos administradores de sociedade anônima, não há – ressalte-se –, que distinguir a natureza delas. O que se afirma sobre a responsabilidade fundada no inciso I do art. 158, da LSA, aplica-se inevitavelmente à fundada no inciso II do mesmo dispositivo. Assim, não comporta ser feita qualquer separação entre as duas hipóteses destacadas pelo legislador, que reclama tratamento uniforme.

Não são, em conseqüência, pertinentes as afirmações da doutrina comercialista, no sentido de que somente o inciso I do art. 158 da LSA consagra modalidade subjetiva de responsabilização civil do tipo clássico, e que o inciso II prescreve a inversão do ônus de prova¹⁸.

Por outro lado, para a conveniente operacionalização das normas sobre responsabilidade civil dos administradores de companhia, é suficiente a noção de que o descumprimento de dever legal acarreta a obrigação de recompor os danos provocados por tal conduta. Na verdade, trata-se apenas de aplicar ao caso dos administradores de sociedade anônima, a regra geral de responsabilidade civil por danos derivados de ilícitos. Em outros termos, o fundamento para atribuir ao administrador a obrigação de ressarcir prejuízos originados de ação ou deliberação sua, no exercício de cargo da sociedade anônima, será sempre o descumprimento de um dever prescrito na lei. Presente este pressuposto, deve-se seguir a imposição da sanção civil.

¹⁸ Sustentam a tese da responsabilidade subjetiva com inversão do ônus de prova, na hipótese do art. 158, II, muitas vezes lembrando a posição de Miranda Valverde, em relação ao diploma acionário anterior: Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A.*, Rio de Janeiro, 1992, Renovar, págs. 596/606; L. G. Paes de Barros Leães, *ob. cit.*, pág. 178; Sampaio Lacerda, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, São Paulo, 1978, Saraiva, 3º vol., pág. 206; Nelson Eizirik, *Responsabilidade Civil e administrativa do diretor de companhia aberta*, em RDM 56/47 e "Insider Trading" e *responsabilidade de administrador de companhia aberta*, em RDM 50/42; José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, Rio de Janeiro, 1986, Freitas Bastos, pág. 309.

Com entendimento diferente, segundo o qual o inciso II do art. 158 da LSA refere-se a hipótese de responsabilidade *objetiva*, está Modesto Carvalhosa, em *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, São Paulo, 1982, Saraiva, 5º vol., págs. 196/198, e *Responsabilidade Civil dos Administradores das Companhias Abertas*, em RDM 49/14.

Isto é, resultando da ação judicial, que o administrador demandado não observou qualquer dever legalmente estabelecido, caberá sua condenação pelos danos daí derivados (salvo, na hipótese de demanda promovida pela própria companhia ou por acionista substituto processual, se ao juiz ficar claro que o administrador agiu de boa fé e visando aos interesses sociais, conforme estabelece o art. 159, § 6º, da LSA). Por descumprimento de dever legal entende-se também a violação dos estatutos, já que os administradores *devem* obedecê-lo.

As hipóteses de responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima – embora distingüidas pelo art. 158 da LSA – são redutíveis a uma apenas: a decorrente de descumprimento de dever legal.

Quanto à natureza desta responsabilidade, importa, de início, retomar as duas principais premissas assentadas no presente trabalho, quais sejam: de um lado, o caráter geral do sistema subjetivo de responsabilidade civil, do tipo clássico, de que decorre a indispensabilidade de expressa disposição legal para submeter o agente a qualquer outro sistema; de outro, o fundamento axiológico do princípio da responsabilidade objetiva, que é a possibilidade econômica de realocação de perdas. A partir destas premissas, pode-se concluir sem maiores dificuldades a afirmação da natureza subjetiva, do tipo clássico, da responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima¹⁹.

De fato, não existe nenhuma disposição legal de direito positivo a excepcionar, em relação aos administradores de sociedade anônima, a regra geral da responsabilidade civil. O art. 158 da LSA não menciona inversão de ônus probatório²⁰, nem descarta a culpa como pressuposto da responsabilidade. O fato de apenas o inciso I, e não o II, acomodar as expressões “culpa ou dolo”, não tem qualquer relevância na discussão do tema, já que são interdefiníveis as hipóteses contempladas em cada um deles – infringir a lei ou os estatutos é, para um administrador de empresa, agir com negligência, no mínimo.

Além disso, o administrador não ocupa posição econômica que lhe possibilite socializar perdas. Nos elementos componentes de sua remuneração não se encontra parcela destinada a constituição de reservas e fundos próprios para eventual indenização em favor da sociedade ou de terceiros prejudicados, que ele possa repassar a quem quer que seja. Sua situação é, econômica e juridicamente falando, muito diferente do fornecedor perante o consumidor, do estado perante os cidadãos e do INSS perante os acidentados em trabalho. Não há fundamento racional para a sua respon-

¹⁹ Georges Ripert e René Roblot, examinando a natureza da responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas, no direito societário francês, anotam que “toutes les fois (...) que l’obligation n’est pas précisée dans son objet, il est nécessaire d’établir qu’elle a été violée parce que les faits eux-mêmes ne l’établissent pas. Il ne sert donc à rien d’invoquer l’existence d’une obligation qui aurait été violée, il faut prouver la faute” (*Traité de Droit Commercial*, Paris, 1991, LGDJ, 14ª edição, vol. 1, pág. 1.047).

²⁰ A doutrina italiana admite a inversão do ônus de prova apenas na hipótese de administrador único (Cfr. Massimo Franzoni, *ob. cit.*, pág. 54).

sabilização objetiva. Ou seja, a lei adota a melhor alternativa ao submeter o administrador de companhia ao sistema subjetivo, do tipo clássico, de responsabilidade civil. Deste modo, a sociedade anônima, seu substituto processual, ou quem quer que demande administrador, por danos derivados do modo como ele exerce ou exerceu suas funções na companhia, deve provar: a) o descumprimento de dever imputado por lei ou pelos estatutos ao demandado; b) a existência e extensão dos danos sofridos; c) o liame de causalidade entre o descumprimento do dever e o prejuízo²¹. Não há nenhuma prova diabólica neste conjunto, capaz de tornar injustos os ônus da vítima²².

7. Responsabilidade por ato de outro administrador

A lei prescreve hipóteses de responsabilidade *solidária* entre os administradores (LSA, art. 158, §§ 2º a 4º). Não há, entre elas nenhuma previsão de responsabilidade sem culpa, mas para se compreender bem a extensão das normas jurídicas correspondentes, importa distinguir, entre os deveres dos administradores, os impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia. Nesse grupo se encontram aqueles deveres cujo descumprimento conduz ou pode conduzir a empresa à inatividade, já que compromete seu normal funcionamento. A operacionalização do conceito legal é necessariamente casuística. Um ato não-diligente do administrador pode ou não configurar descumprimento de “dever imposto por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia”; dependerá da sua natureza, gravidade e da possibilidade, ainda que remota, de a infração levar a empresa à condição de inativa.

Os administradores de sociedade fechada são responsáveis solidariamente pelos prejuízos decorrentes do descumprimento de deveres desta ordem, ainda que suas atribuições estatutárias não compreendam tarefas relacionadas com o normal funcionamento da companhia (LSA, art. 159, § 3º). Já os administradores de companhia aberta terão responsabilidade solidária apenas se detiverem competência relacionada com os deveres que garantem o funcionamento normal da companhia (LSA, art. 158, § 3º). Por exemplo: se o diretor comercial deixa de realizar negócios indispensáveis à continuidade da empresa, o diretor jurídico também será eventualmente responsável, embora o simples exercício de suas atribuições não seja suficiente para alterar essencialmente a situação da companhia. Dependerá sua responsabi-

²¹ Cfr. Francesco Galgano, *ob. cit.*, pág. 296.

²² O sistema subjetivo de responsabilidade civil do administrador de companhias, adotado pelo direito brasileiro, em certo sentido, é mais rigoroso que o do direito norte-americano. Lá, o dever de diligência tem sido temperado, na jurisprudência, pelo *bussines judgment rule*, que pressupõe que os administradores agem em boa-fé e são leais com as companhias, estando, inclusive, em melhores condições de avaliar a pertinência de suas decisões do que os juízes (Cfr. Lewis D. Solomon e outros, *Corporations – Law and Policy*, St. Paul, Minn., 1988, págs. 622/623; Lewis D. Solomon e outro, *Corporations – Examples and Explanations*, Boston-Toronto-London, 1990, Little, Brown and Co., págs. 299/311; Robert W. Hamilton, *ob. cit.*, págs. 310/321; Robert Charles Clark, *ob. cit.*, págs. 136/140).

lidade do gênero de sociedade anônima: se fechada, poderá haver solidariedade; se aberta, não.

Estas regras de vinculação solidária dos administradores, no entanto, não estabelecem nenhuma responsabilidade objetiva. Se o administrador adotar determinadas cautelas, no sentido de ressaltar sua divergência em relação ao ato ou deliberação de que decorre o dano, não responderá por este ²³. Em termos gerais, a divergência deve ser consignada em ata de reunião do órgão de administração de que participa – a Diretoria ou o Conselho de Administração. Não sendo possível, deverá ser comunicada ao outro órgão de administração, ao Conselho Fiscal ou à Assembléia Geral (LSA, art. 159, § 1º, *in fine*). Se, no entanto, for o caso de administrador de companhia aberta com competência relacionada a deveres que asseguram o regular funcionamento da empresa, a irregularidade e a divergência deverão ser comunicadas à Assembléia Geral, não bastando à ressalva da responsabilidade a simples consignação em ata de reunião do órgão de administração de que participa (LSA, art. 159, § 4º).

Em resumo, ocorrendo numa sociedade fechada o descumprimento de dever imposto por lei para assegurar o normal funcionamento da companhia, os administradores que incorreram no ilícito responderão solidariamente pelos danos causados (art. 159, § 2º), e os demais também terão responsabilidade solidária, ainda que suas atribuições não guardem relação com o dever descumprido, se não fizerem consignar a sua divergência em ata de reunião do órgão da administração de que participam (art. 159, § 1º). Se a companhia é aberta, o descumprimento de dever desta ordem somente acarreta a solidariedade dos administradores cujas funções estão relacionadas com a irregularidade, podendo estes ressaltarem a responsabilidade através da consignação em ata de sua divergência e comunicação da irregularidade e da divergência à Assembléia Geral (art. 159, §§ 3º e 4º). Se o dever não é imposto por lei para assegurar o normal funcionamento da companhia, responderá cada administrador especificamente pelos seus atos, não havendo solidariedade, tanto na companhia fechada como na aberta. Em relação a este último conjunto de deveres, a consignação em ata de reunião da divergência é suficiente para ressaltar a responsabilidade do administrador a quem não se pode imputar o ilícito.

Concretamente falando, o administrador de companhia fechada deve estar muito mais atento à forma pela qual os seus colegas nos órgãos de administração estão desempenhando suas funções relacionadas a deveres impostos por lei para assegurarem o normal funcionamento da companhia. Esta atenção redobrada se justifica, na medida em que deverá consignar sua divergência em relação a qualquer ato praticado ou deliberação adotada pelos outros administradores, sob pena de responder solidariamente pelos danos derivados do descumprimento de tais deveres. Já o adminis-

²³ Cfr. Francesco Ferrara Jr. e Francesco Corsi, *Gli Imprenditori e le Società*, Milão, 1994, Giuffrè, págs. 568/569.

trador de companhia aberta está dispensado de tamanha atenção, na medida em que a solidariedade somente se estabelece se houver relação entre as funções próprias de seu cargo e o dever imposto para assegurar o normal funcionamento da companhia, cujo descumprimento ocorreu.

Em existindo responsabilidade solidária, os administradores cuja ação ou deliberação causam danos à empresa ou a terceiros, responderão pela indenização correspondente, qualquer que tenha sido a parcela de culpa deles. Apenas em regresso, será discutida a maior ou menor contribuição de cada administrador para o evento danoso, com vistas à justa repartição dos encargos²⁴.

Para concluir, assente-se que nunca poderá ser responsabilizado o administrador que cumpre seus deveres e que está atento à atuação dos demais integrantes dos órgãos de administração para, nas hipóteses acima precisadas, adotar as cautelas necessárias à ressalva de sua responsabilidade. Ora, assim sendo, não existe responsabilidade civil dos administradores sem culpa, pois se as cautelas capazes de ressaltá-la não são adotadas, isto caracteriza negligência ou imperícia. O fundamento da responsabilização, portanto, continua a ser a culpa do administrador.

Em outros termos, a fórmula geral da responsabilidade civil dos administradores, conforme visto, é a de que esta deriva do descumprimento de dever legal ou estatutário. Ora, os §§ 2º a 4º do art. 158 da LSA, na verdade, estão implicitamente sujeitando os administradores a um dever específico, qual seja, o de controlarem as ações dos demais administradores, denunciando aos órgãos societários eventuais irregularidades. O cumprimento deste dever de vigilância sobre os demais integrantes do corpo diretivo da sociedade apresenta nuances próprias quanto às funções relacionadas ao normal funcionamento da companhia, e quanto à natureza aberta ou fechada desta. De qualquer forma, é um dever imposto implicitamente pela lei, sendo certo que sua inobservância implica responsabilidade do administrador. Como se vê, retorna-se, sem maiores dificuldades, à fórmula geral de compreensão da matéria. As hipóteses legais de solidariedade entre os administradores, portanto, não alteram a conclusão sobre a natureza subjetiva, do tipo clássico, do sistema de responsabilidade civil a que estes se sujeitam²⁵.

8. O administrador de instituição financeira

O Direito bancário estabelece regras próprias acerca da responsabilidade do administrador de instituição financeira (Lei nº 6.024/74, arts. 36 a 49); e a interpretação que, costumeiramente, se faz destas regras conclui pela existência de uma

²⁴ Cfr. Massimo Franzoni, *ob. cit.*, pág. 55.

²⁵ "La solidarietà non trasforma il titolo della responsabilità in una forma di responsabilità indiretta ed oggettiva, dal momento che, come si è già osservato, tra gli obblighi degli amministratori vi è anche il dovere di vigilare e di controllare l'attività altrui allo scopo di evitare danni alla società" (Massimo Franzoni, *ob. loc. cit.*)

responsabilidade de natureza objetiva, em regime distinto do preceituado para os administradores de sociedade anônima em geral²⁶. Não é este, no entanto, o modo correto de se estender a questão. As diferenças entre o regime geral de responsabilidade civil dos administradores e o específico dos de instituições financeiras, na verdade, *não* dizem respeito à natureza ou extensão da obrigação, mas exclusivamente à apuração e efetivação da responsabilidade.

A discussão se dirige ao conteúdo dos arts. 39 e 40 da Lei 6.024/74, que estabelecem:

“Art. 39. Os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão, a qualquer tempo, salvo prescrição extintiva, pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido.

Art. 40. Os administradores de instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão, até que se cumpram.

Parágrafo único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados.”

A principal observação a assentar, acerca da melhor exegese de tais dispositivos, é a de que não se pode considerá-los isolados do contexto da disciplina da matéria. Quer dizer, todas as observações relativas à responsabilidade civil, em geral, e à dos administradores de sociedade anônima, em particular, são pertinentes também à dos diretores e conselheiros de bancos²⁷. Assim, não existindo nenhuma regra que expressamente excepcione o regime geral, este haverá de ser atendido. Como o legislador não atribuiu aos administradores de instituições financeiras responsabilidade com inversão do ônus de prova, ou independente de culpa – nenhum dispositivo legal o estabelece expressamente –, a conclusão a se impor é a de que vige o regime de responsabilização subjetiva, do tipo clássico. Ou seja, o administrador de instituição financeira responde pelo prejuízo que causar à sociedade anônima de cuja admi-

²⁶ Cfr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, *Liquidação Extrajudicial de instituições financeiras: alguns aspectos polêmicos*, em RDM 60/24; Newton de Lucca, *A responsabilidade civil dos administradores das instituições financeiras*, em RDM 67/32; Modesto Carvalhosa, *Responsabilidade civil dos administradores de companhia aberta*, citado.

²⁷ Para Bulhões Pedreira “a responsabilidade dos administradores de instituições financeiras não está regulada exclusivamente pelo art. 40 da Lei 6.024, mas, simultaneamente, pelo regime da lei de sociedade por ações e pelos preceitos gerais do Código Civil; e como o ordenamento jurídico é um sistema, e não um agregado de normas, a interpretação sistemática da legislação em vigor, sem a qual não há interpretação jurídica, conduz, necessariamente, à conclusão de que a responsabilidade de cada administrador é pessoal, e que ele só é solidário nas obrigações assumidas pela instituição financeira durante sua gestão até o montante dos prejuízos que tenha causado, por ato seu, próprio, praticado com culpa ou dolo” (*apud* Newton de Lucca, *ob. cit.*, pág. 33).

nistração participa, sempre que descumprir qualquer dever que a lei ou os estatutos lhe impuseram.

Outro aspecto bastante importante para a exata compreensão do direito vigente se encontra na própria redação do art. 40, e seu parágrafo único, da Lei 6.024/74. Isto é, a limitação da responsabilidade solidária dos administradores aos prejuízos causados em virtude de obrigações assumidas pela instituição financeira. Este é o ponto de partida para o trabalho exegético de inteligência do comando normativo. Ora, se os administradores de instituições financeiras respondem por obrigações destas até o limite dos prejuízos causados, então respondem pelos danos que provocaram na condução dos negócios sociais. Porém, a norma em foco não atribui responsabilidade aos administradores por todos os danos provocados por mal desempenho de suas funções. Atribui-a, unicamente, se das ações ou omissões do administrador resultarem obrigações para os bancos. Deve haver, portanto, para a incidência da norma responsabilizadora, um liame entre determinado ato de má administração e uma certa obrigação da instituição financeira – que a tenha prejudicado –, para que exsurja o vínculo de solidariedade.

Note-se que a regra da legislação bancária, isoladamente considerada, tem aplicação mais restrita que as normas da lei acionária. Com efeito, pelo art. 153 da LSA, o diretor de uma instituição financeira que autorizar a concessão de financiamento a um cliente desprovido de garantias idôneas, terá descumprido o dever de diligência e deverá indenizar a companhia, caso o mutuário se torne insolvente. Mas, aqui nesta hipótese não se está a cuidar de “obrigações” do banco, já que é ele mutuante e o mútuo é contrato unilateral. Ou seja, com um tal ato de gestão negligente, o banco não assume nenhuma obrigação, mas apenas passa a titularizar crédito de difícil recebimento. Como o art. 40 da Lei nº 6.024/74 menciona a solidariedade em relação às *obrigações* da instituição financeira, o dispositivo simplesmente não se aplica à hipótese, embora esta seja talvez uma das mais corriqueiras e danosas formas de um banco ser prejudicado por má administração. Como se pode perceber, portanto, o alcance da norma aqui em exame é menor que o do regime da legislação acionária.

Acentue-se que o direito brasileiro, ao contrário de outros²⁸, não atribui ao administrador das sociedades anônimas em geral, e das instituições financeiras em particular, o dever de conservação da integridade do patrimônio social. Essa obrigação não se encontra expressa nas normas em vigor, nem delas decorre implicitamente. Entre nós, apenas se resultar das investigações – procedidas pelas autoridades monetárias – que determinado administrador contribuiu, por ação ou omissão

²⁸ O art. 2394 do *Codice Civile* preceitua: “gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale”. Sobre o tema, relativamente ao direito brasileiro, ver Tullio Ascarelli, *Responsabilidade dos Diretores para com os terceiros*, em *Problema das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva, 1945, págs. 519/529.

no desempenho de suas funções técnicas, para o prejuízo da companhia bancária, é que se segue o dever de indenizar esta última. Os credores da instituição, indiretamente atingidos em seus interesses – na medida em que o banco não pode honrar seus compromissos em razão das perdas sofridas –, não têm ação contra os administradores.

Bem entendida a matéria: no direito brasileiro, para que o administrador de qualquer sociedade anônima responda por prejuízos que causar a terceiros, no exercício de suas funções, é necessário um vínculo direto de causalidade entre a conduta do administrador à frente dos negócios sociais e o dano ocasionado. Somente nesta situação pode o terceiro acionar o administrador, para a tutela de seus interesses lesados. No entanto, o credor da companhia, cujo crédito não pode ser realizado porque esta foi levada à insolvência por má administração, não tem ação contra o administrador, porque seus prejuízos foram causados apenas *indiretamente* por este. A situação é idêntica, neste aspecto, à do acionista. Com efeito, todo ato de má administração que prejudica diretamente a sociedade acarreta, indiretamente, prejuízos aos acionistas, mas estes não têm ação, em nome próprio, contra os administradores por este fato. Somente a têm, quando são vitimados diretamente pelo descumprimento de dever imposto ao administrador, como no exemplo já referido da prática de *insider trading*.

Deste modo, nenhuma importância tem discutir a que sujeito – se ao banco ou ao credor deste – o legislador pretendia se referir ao mencionar “prejuízos causados”, na parte final do parágrafo único do art. 40 da lei bancária em questão²⁹. Isto porque haverá sempre uma correspondência econômica entre os prejuízos sofridos por terceiros, indenizáveis pela instituição financeira, e os sofridos por esta última, em função de seu dever de indenizar. Ou seja, se uma pessoa tem direito de ser ressarcida pelo banco, por qualquer fundamento – contratual ou extracontratual –, o valor de seu crédito será os prejuízos a ela causados. De outro lado, o valor do desembolso feito pelo banco para cumprir tal dever indenizatório será a medida dos prejuízos que ele sofre em virtude de sua obrigação. Deste modo, não tem sentido verificar se o legislador pretendeu circunscrever a responsabilidade solidária do administrador aos prejuízos do banco em determinada operação, ou aos de credores do banco, envolvidos na mesma operação, posto que ambos se equivalem necessariamente como débito e crédito referentes à mesma obrigação³⁰. De qualquer modo, ainda que se considere que a referência legislativa aponta para os credores da instituição finan-

²⁹ Mesmo no direito italiano, em que a lei distingue claramente a responsabilidade do administrador perante a sociedade (art. 2392 do *Codice Civile*) e a responsabilidade perante os credores desta (art. 2394), a doutrina, embora atribua àquela a natureza contratual e a esta a aquiliana, acaba concluindo pela inexistência de diferenças materiais entre as duas hipóteses. Assim, Francesco Galgano: “gli amministratori sono, in definitiva, esposti verso i creditori ad una responsabilità che, salvi i diversi presupposti delle relative azioni, presenta la medesima estensione della loro responsabilità verso la società: i doveri degli amministratori verso i creditori sociali finiscono con l’identificarsi – è stato scritto – ‘com il dovere di comportarsi con la diligenza del buono ed avveduto commerciante’ ” (*ob. cit.*, pág. 301).

³⁰ Cfr. Newton de Lucca, *ob. citada*.

ceira, disso não se pode concluir a possibilidade de ação de responsabilização dos terceiros contra os administradores.

A melhor interpretação dos transcritos dispositivos da legislação bancária, em suma, é a sistemática³¹. Seja porque este método hermenêutico é preferível ao meramente literal, seja porque o âmbito de incidência das normas de direito bancário é restrito e totalmente absorvido pelo regime geral do direito societário. Ou, por outra, como a solidariedade entre o administrador e a instituição financeira – por obrigação desta perante terceiros, assumida por ato de gestão daquele –, é limitada ao prejuízo imposto ao banco, nada, a rigor, se acrescenta, normativamente falando, ao que já decorria da responsabilização de qualquer administrador de sociedade anônima, em virtude de prejuízos a ela acarretados por descumprimento de dever. Trata-se, em última análise, de formas diferentes de se expressar o mesmo comando.

Quanto à natureza e extensão, portanto, são idênticas as responsabilidades dos administradores de instituições financeiras e dos de qualquer sociedade anônima. As diferenças existem só na apuração e efetivação destas responsabilidades. Enquanto, como visto, na sociedade anônima em geral, cabe basicamente à Assembléia apurar se determinado administrador descumpriu ou não algum de seus deveres, e se houve dano para a sociedade em virtude disso; na instituição financeira, a apuração da responsabilidade dos administradores é feita pelo Banco Central, através do inquérito mencionado no art. 41 da Lei 6.024/74. Por outro lado, a efetivação da responsabilidade dos administradores, segundo o regime geral, é feita por ação de indenização movida pela própria sociedade ou pelos acionistas substitutos processuais, cabendo a afetação dos bens do administrador somente após a decisão condenatória; já, a efetivação da responsabilidade dos administradores de instituições financeiras se faz através de uma série de medidas preventivas e assecuratórias, como a indisponibilidade, o arresto e o seqüestro de bens, a legitimidade do Ministério Público para a ação de indenização etc.

9. Conclusões

A interpretação sistemática resulta melhor que outras, na medida em que pressupõe a existência de um tratamento jurídico articulado de matérias relacionadas entre si. Através deste método exegético, o intérprete e o aplicador das normas jurídicas realizam renovadas referências aos princípios e normas mais gerais, considerando o

³¹ Arnoldo Wald foi o primeiro a sustentar a pertinência da interpretação sistemática da matéria atinente à responsabilidade dos administradores de instituições financeiras. É, contudo, diferente o seu enfoque, em pelo menos dois importantes aspectos: primeiro, a interpretação sistemática por ele proposta circunscreve-se ao disposto nos arts. 39 e 40 da Lei 6.024/74, não alcançando outras normas; segundo, ele conclui que a responsabilidade, no caso, é do gênero subjetivo, mas com inversão do ônus probatório (*A culpa e o risco como fundamentos da responsabilidade pessoal do diretor do banco*, em RDM 24/29).

próprio fundamento racional e axiológico do direito. Deste modo, alcançam um compreensão mais enriquecida do comando normativo, inserindo-se em contexto jurídico mais amplo. Considerar, em suma, o conjunto de normas vigentes sobre certo assunto um *sistema*, isto é, um todo articulado de sentido, permite dar aos casos concretos nelas subsumidos soluções mais ajustadas aos valores básicos da ordem jurídica.

Quando se tem em vista a questão da responsabilidade civil dos administradores, a interpretação sistemática dos dispositivos legais em vigor conduz o tratamento doutrinário a reflexões de maior precisão e fundamento. Neste sentido, com vistas a sintetizá-las, recolhem-se as seguintes conclusões, alcançadas ao longo do presente estudo:

1º) aos administradores de sociedade por ações impõe a lei um conjunto de deveres, em que se destacam os expressamente referidos a partir do art. 153 da LSA (ser diligente, não abusar o poder, ser leal e informar). Outros tantos deveres podem ser encontrados no texto normativo, alguns referidos diretamente (convocar Assembleia Geral Ordinária, providenciar as demonstrações financeiras, pôr os documentos da administração à disposição dos acionistas etc), outros indiretamente (obedecer os estatutos, controlar a atuação dos demais administradores etc).

2º) A fórmula geral de responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima é a seguinte: o *administrador responde pelos danos causados à sociedade ou a terceiros, em razão de descumprimento de dever legal ou estatutário*. Esta fórmula doutrinária é suficiente para abarcar todas as hipóteses cunhadas pelo legislador de responsabilização dos integrantes da Diretoria e do Conselho de Administração de sociedades anônimas.

3º) Através desta fórmula geral supera-se a inconsistente dicotomia entre as hipóteses dos incisos I e II do art. 158 da LSA. Na verdade, tais hipóteses são interdefiníveis: o administrador que age com dolo ou culpa incorre em infração à lei que lhe impõe os deveres de diligência e lealdade; por outro lado, em toda violação à lei ou estatutos perpetrada por administrador de empresa, verifica-se uma conduta culposa ou dolosa.

4º) O regime jurídico de responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima tem a natureza subjetiva, do tipo clássico. Isto é, ao demandante cabe demonstrar que o administrador descumpriu dever legal ou estatutário e que disto decorreu-lhe um dano de determinada extensão.

5º) O regime próprio dos administradores de instituições financeiras não se diferencia da disciplina geral de responsabilidade civil dos administradores das sociedades anônimas, no tocante à sua extensão e natureza. Há diferenças, e substanciais, apenas o que diz respeito à apuração e efetivação da responsabilidade.

* **Fábio Ulhôa Coelho** é Advogado e Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

A contradição da Lei nº. 8.987/95 quanto à natureza da permissão de serviços públicos

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (*)

1. De acordo com os termos do art. 175 da Constituição Federal, os serviços públicos podem ser prestados diretamente pelo Poder Público ou através de concessão ou permissão. Apesar disso, é bom lembrar que alguns serviços são típicos do Estado; outros, ao contrário, podem ter sua execução delegada a pessoas privadas, e é nessa hipótese que aparecem tais formas de delegação do serviço público - a concessão e a permissão.

2. Como os dois institutos se configuram como formas de delegação dos serviços, foi sempre necessário identificar, com precisão, sua fisionomia jurídica. Em Direito as figuras só podem apresentar-se como autônomas se tiverem perfil próprio. A doutrina, em sua maior parte, distingue a concessão da permissão através de sua **natureza jurídica**: enquanto aquela se caracteriza como **contrato administrativo**, esta última se instrumentaliza por meio de **ato administrativo**. Essa tem sido a distinção básica, embora haja outros elementos diferenciais, mais por conta daquela.

3. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO consigna que, enquanto a concessão se caracteriza como um acordo bilateral de vontades, expresso em contrato, a permissão não tem natureza contratual, mas, ao revés, qualifica-se como ato unilateral, discricionário e precário (*Direito Administrativo*, 1992, pág. 220).

No mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES averba: "*O contrato de concessão é o documento escrito que encerra a delegação do poder concedente, define o objeto da concessão, delimita a área, forma e tempo da exploração, estabelece os direitos e deveres das partes e dos usuários do serviço*". Ao tratar da permissão, diz que os serviços permitidos são delegados por ato unilateral, utilizando-se o termo de permissão como instrumento de formalização (*Direito Administrativo Brasileiro*, 18a. ed., págs. 343 a 350).

Outros autores que trataram do tema tiveram idêntico entendimento: CRETELLA JUNIOR (*Curso de Direito Administrativo*, 1986, pág. 398); DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*Curso de Direito Administrativo*, 1989, pág. 378 e 384).

É verdade que alguns estudiosos consideram a concessão um ato complexo, procurando descaracterizar a natureza contratual (CELSO ANTONIO BANDEIRA

DE MELO, *Curso de Direito Administrativo*, 1993, pág. 327). Tal doutrina, contudo, não é a dominante. O entendimento que sempre dominou foi o que vimos, ou seja, a concessão é um contrato administrativo, ao passo que a permissão é um ato administrativo.

4. A Constituição Federal, entretanto, causou alguma perplexidade, no campo do direito positivo, no que tange à natureza jurídica da concessão e da permissão de serviços públicos, isso quando cuidou da fixação de regras sobre a delegação de atividades de interesse coletivo.

Com efeito, a dicção constitucional contida no parágrafo único do art. 175 é no sentido de que a lei disporá sobre "*o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão e permissão*".

Interpretação literal do texto poderia conduzir ao sentido de que a permissão, como a concessão, também seria um contrato, e não um ato administrativo unilateral. Primeiro, porque emprega a expressão *caráter especial de seu contrato*, parecendo referir-se a ambas as formas de delegação. E, depois, porque usa o termo *rescisão*, próprio, sob o aspecto técnico, do desfazimento de contratos, e não de atos unilaterais.

Sem dúvida, essa não poderia ser a interpretação do texto constitucional. E a razão é simples: a se considerar a permissão de serviços públicos como contrato, nenhuma diferença jurídica haveria entre ela e a concessão. Se é reconhecido o postulado de que nas leis não há palavras inúteis, a conclusão acima seria inviável, já que a Constituição tratou das duas figuras em várias passagens além do texto do art. 175, parágrafo único, fato que indica o reconhecimento de ambas como tendo feição específica.

Da mesma forma pensa DIÓGENES GASPARINI: "*Nada, nesse particular, nos parece ter mudado pelo fato de a Constituição Federal, no art. 175, parágrafo único, ter prescrito que a lei disporá sobre o caráter especial de seu contrato. Ainda assim, continua a permissão sendo ato administrativo*" (*Direito Administrativo*, 1992, pág. 242). Em nosso entendimento, a observação do autor é irreparável. O fato de o texto, literalmente, poder ensejar um desvio interpretativo não elide a exegese lógica e sistemática da norma, que, como é sabido, não pode ser vista de forma isolada, mas sim em conjunto com todo o ordenamento normativo.

5. A Lei 8.987, de 13.02.95, regulamentando o art. 175 da Lei Maior, veio a dispor sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos. Disciplinou diversos aspectos dos institutos, como a política tarifária, os direitos e as obrigações de concessionários e permissionários, e também dos usuários, a licitação, a intervenção no serviço, e outros do gênero.

6. Ao tratar das formas de delegação do serviço, a lei relacionou três modalidades: 1ª) a concessão de serviço público (art. 2º, II); 2ª) a concessão de serviço públi-

co precedida da execução de obra pública (art. 2º, III); e 3ª) a permissão de serviço público (art. 2º, IV).

A concessão de serviço público precedida da execução de obra pública é a que a doutrina comumente denominava de *concessão de obra pública*, para indicar a delegação em que o concessionário executa uma obra de fruição coletiva e, após sua conclusão, tem o direito de explorá-la economicamente por prazo determinado. Fimdo este, o direito de prestação do serviço concernente ao bem público de uso comum resultante da obra transfere-se ao concedente.

Não obstante ter fisionomia peculiar, a concessão de serviço público precedida de execução de obra pública não deixa de situar-se na categoria das concessões, e, pois, nenhuma novidade especial existe no que se refere à formalização do ajuste. Sendo concessão, e, portanto, forma de delegação, haverá de formalizar-se pelo mesmo instrumento adotado para a concessão de serviço público. Se esta se configura como contrato administrativo, da mesma natureza será aquela. Sua existência não desfigura o centro do tema em foco, qual seja, o da natureza das concessões e das permissões.

7. Para melhor entendimento do que ora se analisa, é oportuno reproduzir os conceitos dados pela Lei nº 8.987/95.

Em relação à concessão de serviço público, a lei assim a define: "*delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado*" (art. 2º, II).

No que toca à permissão de serviço público, a lei estabeleceu a seguinte regra: "*delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco*" (art. 2º, IV).

8. Quanto ao conteúdo, os dispositivos apontam as diferenças e os pontos de identificação. Os elementos de identificação consistem nos seguintes dados: 1º) em ambos os institutos há delegação do serviço pelo Poder Público; 2º) ambos devem ser precedidos de licitação; 3º) a exigência de concorrência só é prevista para a concessão, mas não o é para a permissão, o que indica que esta pode resultar de outra modalidade de licitação; 4ª) em ambos o delegatário deve demonstrar que tem capacidade para executar o serviço; e 5º) o serviço deve ser executado por conta e risco do delegatário.

9. As diferenças resultam do cotejo entre os dispositivos: 1ª) na permissão há precariedade, enquanto na concessão não há qualquer referência a essa característica; 2ª) a concessão só pode ser delegada a empresa ou consórcio de empresas, enquanto a permissão pode ser atribuída à pessoa física ou jurídica; e 3ª) na concessão há previsão de prazo determinado, o que não ocorre na conceituação da permissão.

10. Fica restando o aspecto da instrumentalização dos institutos. Para a conces-

são, em suas duas modalidades, a lei previu claramente que será ela um contrato. O art. 4º da lei é peremptório: “*A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta lei, das normas pertinentes e o edital de licitação.*”

Ao dizer que a formalização da concessão, seja qual for a modalidade, se dará por meio de contrato, está a lei qualificando o instituto como contrato administrativo. E nesse ponto adotou a qualificação da doutrina dominante, como já visto.

11. No entanto, no que diz respeito à permissão, o art. 40 apresentou o seguinte texto:

“A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.”

12. Pelo texto, pode facilmente constatar-se que a lei não seguiu o entendimento adotado pelos estudiosos. Ao contrário, exibiu algumas contradições incompatíveis com a noção que foi sedimentada sobre a permissão de serviço público. Vejamos tais incongruências.

O primeiro aspecto que provoca estranheza é a caracterização da permissão como *contrato*. Nunca a permissão foi considerada um contrato. A concessão, já nos referimos ao fato, é qualificada por alguns autores como ato, e não contrato. Mas a permissão jamais foi tida como contrato. Embora haja elementos prévios negociais, porque permitente e permissionário manifestam suas vontades no sentido da prestação do serviço, a permissão é formalizada por *ato administrativo unilateral*. Aliás, na própria definição, a lei desenha a permissão como delegação a título precário. Ora, precariedade só existe em atos administrativos, e não em contratos, mesmo sendo do conhecimento geral que os contratos obedecem a princípios especiais de direito público, estabelecendo prerrogativas em favor do Poder Público.

Depois, a lei consigna que o contrato é de *adesão*. Também não é a hipótese desse tipo de delegação. O contrato de adesão, conquanto seja antecipado por cláusulas estabelecidas por uma das partes, não deixa de ser contrato. Sua peculiaridade reside na circunstância de que uma das partes manifesta sua vontade de aceitar, no momento da celebração do ajuste, regras preestabelecidas pela outra. A feição do instituto é bem delineada por **Orlando Gomes**; segundo o autor, “*no contrato de adesão uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica*” (*Contratos*, 1994, pág. 109).

Ora, na permissão não há contrato. As regras preestabelecidas são aquelas que constituem o conteúdo do ato administrativo de consentimento. Mas não há a simples adesão a um contrato. No contrato de adesão, embora haja aceitação das cláusulas fixadas previamente, a parte que as aceita *tem consciência de que celebra um*

contrato, ainda que não tenha a liberdade de negociar sua clausulação. Há aceitação das cláusulas, mas também *há a consciência da parte que aceita, de que está sendo firmado um contrato*. Na permissão de serviço público, inexistente essa consciência. Interessado na delegação do serviço, o interessado participa de licitação, e sendo vencedor, sabe que as regras constarão de um ato unilateral da Administração que traça as regras de execução do serviço. Além disso, não se pode esquecer um outro elemento de diferenciação: no contrato de adesão, mesmo que aceite cláusulas anteriores, a parte integra o processo formal do contrato, participando dele juntamente com o contratante. O mesmo não ocorre com a permissão. Embora o permissionário tenha o intuito de prestar o serviço (e tanto é assim que participou da licitação), não integra formalmente o ato. O ato é unilateral, ou seja, a única manifestação de vontade formalizada no instrumento de delegação é a do permitente. Portanto, não se confunde com o contrato de adesão, tal como é concebido pela doutrina civilista.

Por fim, a lei parece ter misturado os conceitos de concessão e de permissão. É que, embora cuidando da permissão, refere-se, no final do dispositivo (art. 40), à revogabilidade unilateral do contrato *pelo poder concedente*. O equívoco é manifesto: só há falar em *poder concedente* nas concessões, vez que nas permissões o Poder Público é denominado de *permitente*.

13. A conclusão, portanto, é a de que a Lei nº 8.987/95 apresenta notória contradição no que diz respeito à natureza das permissões de serviço público. Sem embargo de caracterizar o conteúdo da permissão de modo a adequá-la à forma que todos os estudiosos proclamaram, ou seja, como ato administrativo unilateral, diferenciando-a da concessão, vem posteriormente a dizer que a formalização se fará através de contrato de adesão (!), qualificação jamais cogitada entre os doutrinadores que estudaram o instituto.

14. Apesar da evidente errônea da lei, deve-se continuar considerando a permissão como ato administrativo, tal como a lei a define no art. 2º, IV. A expressão *contrato de adesão*, contida no art. 40, deve ser interpretada no sentido de que o permissionário tem que submeter-se às condições estabelecidas pelo Poder Público, aceitando-as para executar o serviço, e não como o negócio jurídico em que o contratante aceita cláusulas prévias com a consciência da pactuação bilateral.

Se assim não for, chegar-se-á a um impasse indesejável: a supressão da linha demarcatória diferencial entre as concessões e as permissões de serviços públicos.

* José dos Santos Carvalho Filho é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Administrativo da Faculdade Cândio Mendes -- Ipanema, Professor de Direito Administrativo da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - FEMPERJ, Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ e Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB.

O devido Processo Legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO (*)

1. Conceito de Estado de Direito;
 - 1.1 Estado Democrático de Direito;
2. O devido processo legal no Estado Democrático de Direito;
 - 2.1. A igualdade material e o “due process”;
3. A vinculação do legislador, do executivo e do judiciário à lei;
 - 3.1. Legalidade e atos políticos;
4. A responsabilidade do Estado como decorrência do Estado Democrático de Direito;
 - 4.1. Breve esboço histórico da responsabilidade do Estado;
5. Responsabilidade do Estado por atos omissivos;
6. Excludentes da responsabilidade;
7. Responsabilidade pelos atos praticados pelo Legislativo e Judiciário;
8. Responsabilidade por dano decorrente do planejamento;
9. Modificação dos planos;
10. O princípio da segurança jurídica, da confiança, da lealdade e da boa fé;
 - 10.1. Razoabilidade;
 - 10.2. Proporcionalidade e congruência;
 - 10.3. Motivação;
11. Divisor entre atos controláveis e não controláveis pelo Judiciário;
 - 11.1. O controle possível dos atos políticos com a própria evolução do controle dos atos administrativos com parcela de discricionariedade;
 - 11.2. Sindicabilidade ou não do “mérito” do ato. Síntese conclusiva.

1. Conceito de Estado de Direito

No tema a ser enfrentado, responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento, cabe inicialmente, como noção propedêutica, tentar situar o que entendemos por Estado de Direito. Esta a premissa essencial ao desenvolvimento do tema.

Qualquer Estado poderá ser Estado de Direito? Ou a noção de Estado de Direito, deverá corresponder pressupostos mínimos? Se não entendermos que ao Estado de Direito seja necessária a “rule of law”, tal seja a existência de lei à qual o poder estatal se submeta, sequer poderíamos cogitar estarmos em face de Estado submisso a ordenamento jurídico.

Todavia, a sujeição à lei é insuficiente para caracterizar o Estado de Direito; há necessidade da existência de determinadas outras características absolutamente essenciais, tais sejam, a separação de poderes para a existência dos “freios e contrapesos”, do “juiz natural”, ou, em outras palavras, de juiz não de exceção ou “post facto”, e, além disso e certamente, de juiz imparcial, dotado de prerrogativas para o exercício da magistratura independente.

Enfim, não poderá a lei ser aparentemente respeitada e os conflitos entre administração e administrados não serem dirimidos imparcialmente, sem que a administração em juízo seja uma parte igual às outras.

Sem tais requisitos fundamentais não estaremos em face de **ESTADO DE DIREITO**, porém ainda estaremos, na verdade em arremedo, em aparência de legalidade. Se não fora assim, quaisquer regimes de exceção, como, por exemplo, o regime nazista estaria amplamente justificado¹.

José Afonso da Silva enfatiza que se não pode apenas considerar Estado de Direito pela legalidade. Afirma o eminente publicista:

“Por outro lado, se se concebe o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecido pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser o Estado da legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente”².

Como se depreende o Estado de Direito não precisa, ou não lhe é essencial a organização democrática. Se houver democracia, estaremos em face do Estado Democrático de Direito, ao qual, em seguida, referir-nos-emos. Mas, como se verifica, também, ao Estado de legalidade apenas não é suficiente o respeito à lei, pois, como já dissemos anteriormente, este grande equívoco validaria qualquer Estado, mesmo aquele em que atrocidades e desprezo total à liberdade e cidadania existissem.

1.1. *Estado Democrático de Direito*

O Estado democrático de direito, como inserido na Constituição em seu artigo 1º, necessita, além desses requisitos, que o **poder emane do povo**. Em nossa Constituição, este é exercido direta ou indiretamente (parágrafo único do artigo 1º).

Portanto, o Estado somente poderá ser democrático se e quando o povo exercer efetivamente o poder por meio de seus representantes, ou, em algumas circunstân-

¹ Vejam-se a respeito as obras Geraldo Ataliba, *República e Constituição*, pág. 93 e seguintes, bem como Biscaretti di Ruffia, *Direito Constitucional*, traduzido por Maria Helena Diniz, cap. I, ainda Santi Romano, tradução de Maria Helena Diniz, *Princípios de Direito Constitucional*, principalmente, Cap. VI, VII, VIII e IX., Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, cap. I, II, III. Também consulte-se a importante obra de Sampaio Dória: *Direito Constitucional Tributário e “Due process of law”*, cap. II.

² José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª edição revista e ampliada, pág. 101.

cias diretamente. Além disso, e efetivamente sobremais disso, mister que direitos fundamentais constem das cartas políticas e sejam efetivamente respeitados.

Enumera o ilustre constitucionalista precitado, José Afonso da Silva, os princípios necessários para existência efetiva do Estado democrático de direito. São eles: princípio da constitucionalidade, princípio democrático; princípio da justiça social, sistema de direitos fundamentais, como já assinalamos, princípio de justiça social, princípio da igualdade, princípio da DIVISÃO DE PODERES, princípio da legalidade e da segurança jurídica³.

Considerando que essas noções foram necessárias como propedêuticas ao tema, embora sejam núcleo fundamental, haveremos de discorrer sobre alguns desses princípios na medida em que diretamente referidos à responsabilidade do Estado e, sobretudo à responsabilidade do Estado por **danos decorrentes do planejamento** e, mais ainda, das **modificações do planejamento**.

2. O devido processo legal no Estado Democrático de Direito

Devemos inicialmente recordar a extensão da cláusula do “devido processo legal”. Lembremo-nos que o devido processo legal aparece com acepção meramente formal, ainda no tempo de João Sem Terra, em que o Estado era a lei. Na verdade, fazia a lei, cumpria a lei - ele mesmo - mas a lei era a que o soberano ditava.

Destarte, aparece nessa época, o devido processo legal, exatamente para que o baronato tivesse a proteção da “**law of the land**”, a lei da terra, ou, como também conhecido mais tarde, da “**rule of the law**”. Quer dizer, o baronato deveria conhecer qual era a lei a seguir, a se submeter. Mas, vê-se que, ainda, o devido processo legal tinha conteúdo meramente formal. Formal e sem a expressão com que, depois, passa do Direito Inglês para as colônias americanas e, mais tarde, para a Federação Americana.

É, todavia, depois das Emendas 5 e 14, que o devido processo legal toma outro corpo. A Emenda 5 deixa claro que o direito à liberdade e à propriedade obedecem o devido processo legal, o “**due process of law**”. Mas ainda persiste o caráter formal durante a Emenda 5.

Na Emenda 14, há grande transformação, isso porque já não mais se fala apenas do devido processo legal, mas da igual proteção da lei: **equal protection of law**. Então, depois da Emenda 14, sobretudo com a aplicação que a Suprema Corte Americana faz da cláusula, dá-se abrangência muito maior. O devido processo legal passa a significar a “**igualdade na lei**”, e não só “**perante a lei**”.

É uma distância enorme entre **respeitar-se a igualdade em face da lei e outra coisa**, como a breve passo nos referiremos, é se atentar para a **igualdade dentro da lei**.

³ Id., ib., pág. 107/108.

Assim, o *due process of law* passa a ter conteúdo material e não mais apenas formal - passa a ter duplo conteúdo e vamos ver que, também, em alguns princípios processuais, aparece com duplo conteúdo, com conteúdo substancial e com conteúdo formal. Somente será *due process of law* aquela lei - a assim poderá ser aplicada pelo Magistrado - que não agredir, não entrar em confronto, não entrar em testilha com a Constituição, com os valores fundamentais consagrados na Lei das leis.

Barbosa Moreira, e também Michelle Taruffo, processualistas eméritos, abordando o problema de controle, dizem que as questões políticas devem ser controladas pelo Judiciário. E as questões políticas seriam **o que sobra, o que fica, o que remanesce** da determinação desses conceitos. Vamos dar exemplo prático - a medida provisória que, como já o era o decreto-lei - deve surgir apenas diante de situações tais que envolvam necessidade urgente e relevância da matéria.

Quando o texto constitucional prescreve no art. 5º, inc. LV, a obrigatoriedade do devido processo legal, e é o primeiro texto constitucional que a contém expressamente, não é por acaso. É um texto constitucional absolutamente moderno, é o texto constitucional da cidadania.

Deveras, depois da declaração de direitos individuais e coletivos, traz em seu bojo o “devido processo legal” e, para que não quede dúvida, traz duas vezes. Os outros textos referiam-se à **ampla defesa**, mas ampla defesa no Processo Penal. Claro que o Judiciário já havia feito a aplicação para o Processo Civil, mas é a primeira vez que a cláusula do devido processo legal aparece em texto constitucional brasileiro, com a aceção expressa para os processos em geral, inclusive o administrativo.

De conseguinte, impõe-se a conclusão que o conteúdo é o mesmo do Direito Americano, isto é, o devido processo legal abrigando a igualdade **substancial e formal**.

Não é possível pensar-se que, no final do século, a evolução do Direito Americano desde as primeiras décadas deste mesmo século, quando incorpora-se a cláusula em nossa Constituição equiparável às melhores constituições do Primeiro Mundo, à Constituição Espanhola, à Constituição Portuguesa, à Constituição Alemã - não é possível, repito, supor-se que o texto constitucional empregasse o “devido processo legal” apenas com o seu aspecto formal, com o aspecto do século passado.

Em outras palavras, somente no caso concreto - em face de lei concreta ou da aplicação concreta que um juiz ou administrador faça, em procedimentos, ou processos administrativos ou judiciais, é que veremos se foi cumprido o “*due process of law*”, que dependerá das circunstâncias, como dizia Holmes.

Passemos a enfrentar o “*due process*” em seu aspecto material, de grande importância para o fulcro de nossas atenções - a responsabilidade resultante da intervenção na economia.

2.1. A igualdade material e o “due process”

O princípio da igualdade temos a averbar que se coloca como vetor fundamental no texto Constitucional.

A generalidade da norma jurídica deve conduzir à igualdade perante a lei, porém também a “equal protection of law”, tal seja, à igualdade na lei.

O princípio da igualdade é a mola propulsora do Estado de Direito; sem seu cumprimento o exercício da função administrativa seria realmente sem sentido. Não se concebe possa estar a função administrativa debaixo da lei e sem respeitar o princípio da igualdade.

Em conseqüência, o princípio da igualdade deve nortear, de ponta a ponta, toda atividade da Administração e os provimentos, por esta emanados, só serão válidos à medida que estejam atendendo o princípio.

A exata dimensão do princípio da igualdade é de cabal importância ao entendimento da discricionariedade, pois, se atento se estiver ao cumprimento do princípio, ver-se-á quando a Administração pode desigualar, quando pode agir adotando certos discrimenes e quando não pode como, por exemplo, em atos administrativos gerais.

Em San Thiago Dantas vamos encontrar o exato conceito do que seja a igualdade na lei. E esta é muito importante.

O que significa a igualdade na lei?

Primeiro, San Thiago Dantas - in “**Problemas de Direito Positivo. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**” - diz que a lei, quando discrimina, não pode escolher aleatoriamente as situações. Tem de haver **razoabilidade nas classificações**. Caso não haja, não se poderá dizer cumprido o **due process of law**, mas, antes, haverá **undue process of law**, se não houver a predita razoabilidade das classificações.

Destarte, somente se concebe a igualdade na lei, se as classificações forem lógicas, razoáveis, obedientes a discrimines próprios. Por outro lado, também se refere San Thiago Dantas ao respeito aos princípios explícitos e implícitos da Constituição.

Aqui, lembraria que a nossa Constituição da República Federativa do Brasil, logo no seu pórtico, no art. 1o., tem por fundamentos **a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o pluralismo político.**

Já se referia Canotilho, na “Constituição Dirigente”⁴, que a chamada discricionariedade do Legislativo tem de ser aferida diante dos princípios constitucionais. Não é o legislador livre. Deve respeitar os princípios constitucionais, ainda que implícitos. Tudo, que estiver na Constituição como vetor, terá de ser respeitado pelo legislador.

⁴ Enterría, Garcia e Fernandez, Tomás Ramon, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 4a. edição, p. 426.

O princípio da legalidade está, pois, atrelado ao devido processo legal, em sua faceta substancial e não apenas formal. Em sua faceta substancial - igualdade substancial - não basta que todos os administrados sejam tratados da mesma forma. Na verdade, deve-se buscar a meta da igualdade na própria lei, no ordenamento jurídico e em seus princípios.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu artigo 5º, LV, vez primeira, vai trazer expressamente a garantia do “devido processo legal”, tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos.

Com efeito, na literalidade do mencionado inciso LV:

“Art. 5º

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;” (grifamos)

O respeito ao devido processo legal deverá informar **todos os procedimentos judiciais e também os administrativos**.

Antes da atual Constituição era, no processo penal, por estar em jogo bem de vida supremo, a liberdade do indivíduo, que se verificava com maior facilidade o respeito ao **devido processo legal**.

O processo judicial, claro está, compreende o cível e o penal. A grande novidade, como dissemos, ficou por conta da inclusão do processo administrativo, lado a lado com o judicial.

Vamos verificar que quaisquer dos “poderes” do Estado vinculam-se inteiramente à lei em seu sentido amplo.

3. A vinculação do legislador, do executivo e do judiciário à lei

Enfatize-se, ainda, o princípio da legalidade surge como conquista do Estado de Direito, a fim de que os administrados não sejam obrigados a se submeterem ao abuso de poder. Por isso, “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A Administração deverá agir “sub legem”.

Enterría e Tomás Ramón Fernandes, a respeito do princípio da legalidade, entendem:

“Trata-se, simplesmente, de fazer coerente o sistema legal, que há de se supor que responda a uma ordem de razão e não a um casuismo cego, o qual, de outra parte, está claro desde a doutrina geral do ordenamento, que, mais atrás se expôs, e que impede identificar a este como lei escrita. Nesse difícil fio entre uma proibição de extensões analógicas e uma exigência de coerência legal move-se a doutrina

na de poderes inerentes ou implícitos, que são, definitivamente, poderes efetivamente atribuídos à administração pelo ordenamento, ainda que não pelo componente escrito do mesmo.”⁵ (tradução nossa).

3.1. *Legalidade e atos políticos*

Não se poderia, ao falar da subsunção à legalidade, deixar de enfrentar o problema dos atos políticos.

Na verdade não se vêem diferenças, no que tange à legalidade em sentido amplo, dos atos políticos diretamente subsumidos à Constituição, como, por exemplo, a decretação do estado de sítio, a declaração de estado de defesa, ou, ainda, a adoção de políticas econômicas, de outros atos administrativos.

Deveras, o ato político está também inserido no conceito de ato administrativo, pois é norma concreta emanada pelo Estado debaixo da legalidade, entendida, esta, em termos amplos. Lembremos a concepção Kelseniana: no ápice da pirâmide encontra-se a Constituição, depois as normas gerais, fundamentos de validade das normas individuais (sentenças e atos administrativos).

Os atos políticos estão diretamente subsumidos ao topo da pirâmide - à Constituição. Portanto, também estão os atos políticos abrangidos no conceito de ato administrativo, pois são **normas individuais**, susceptíveis de controle pelo Poder Judiciário. Apenas sua **fonte de validade** é outra, a Constituição. O ato administrativo está imediatamente referido à lei, enquanto que o ato político, embora espécie dos atos administrativos, subsume-se à Constituição.

4. *A responsabilidade do Estado como decorrência do Estado Democrático de Direito*

Já pontuamos os postulados do Estado de Direito e cumpre, agora, lembrar, como diz Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, que todo Direito Administrativo se constrói sobre duas pilastras: de um lado as competências do Estado, as funções estatais, e de outro, as garantias dos administrados. Desse postulado, constrói-se o regime jurídico administrativo, com o desdobramento dos princípios.

O princípio da boa fé, de importância vital para o Direito Administrativo, foi magistralmente exposto por Jesus Gonzalez Peres⁷ exatamente no livro “El principio de la buena fe en derecho administrativo”.

⁵ Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 6a. edição revista e ampliada, Malheiros Editores, 1995, págs. 15/42.

⁶ Gonzalez Peres, Jesús, *El Principio General de la Buena Fé en Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1983.

⁷ Cime Lima, Ruy, *Principios de Direito Administrativo*, 5a. edição, Editora Revista dos Tribunais, pág. 51.

Aos princípios do Estado de Direito⁸ deve corresponder necessariamente a obrigação de se **responsabilizar o Estado por condutas que atinjam os administrados, sejam estas lícitas ou ilícitas.**

4.1. *Breve esboço histórico da responsabilidade do Estado*

Necessário se faz breve histórico da evolução da responsabilidade estatal no direito brasileiro.

Se inicialmente, vigia, no tocante à responsabilidade máxima “The king can not do wrong”, no Direito Brasileiro a coisa passou-se um pouco diferente. É verdade que, somente no Estado de Direito - Estado que faz as leis e a elas se submete - começa a surgir, palidamente, a responsabilidade do Estado.

Primeiramente, atribuindo-se responsabilização ao funcionário e indiretamente a Coroa respondendo. Entretanto, no Direito Brasileiro, podemos dizer que o princípio da responsabilidade sempre esteve presente.

Assim, aparece na Constituição do Império (de 24/03/1824) como responsabilidade pessoal do servidor. A alínea 29, do artigo 179 daquela Constituição dispunha:

“os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subordinados.”

Na Constituição de 1891, no artigo 82, encontra-se dispositivo do mesmo teor, acrescido da obrigação de o funcionário, por compromisso formal no ato de posse, cumprir seus deveres legais.

De seu turno, a Lei Federal 221, de 1894, admitia, implicitamente, a obrigação para o Estado de indenizar os prejuízos causados pelos atos de seus agentes. O artigo 15 do Código Civil atribui responsabilidade às pessoas jurídicas de direito público pelos danos de seus representantes.

O Decreto 24.216, de 09/05/34, procurou afugentar a responsabilidade do Estado, fazendo com que esta remanescesse, apenas, na hipótese de o funcionário, causador do dano, ser mantido. Todavia, a Constituição de 1934, em seu artigo 171, atribuiu responsabilidade solidária ao Estado e ao funcionário, o mesmo dispôs a de 1937.

Finalmente, **na de 1946**, vemos consagrada a **responsabilidade objetiva**, como hoje conhecemos. Já contemplava, também, o parágrafo único do artigo 194 daquele texto o dever de o Estado acionar regressivamente o funcionário, que tivesse agido com **culpa ou dolo**.

⁸ Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha, *Princípios de Direito Administrativo*, vol. 2, pág. 486/487; também Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 6a. edição, pág. 515, Malheiros Editores, 1995.

Implementada, pois, a responsabilidade objetiva que - diga-se de passagem - em nossos Tribunais esteve sempre acolhida mercê do trabalho de juristas ilustres como Pedro Lessa e tantos outros.

Semelhantes são as redações da Constituição de 1967 e de sua Emenda número 1, artigo 107. A Constituição de 1988 dispôs em seu artigo 37, § 6º:

“Art. 37 -

.....
§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Impende verificar, desde logo, que a responsabilidade, acolhida pelo Texto Constitucional atual, é objetiva quanto ao Estado. E, também, objetiva no que tange àqueles que exercem funções estatais. É dizer: ocorrendo dano, prescinde-se do dolo ou culpa, bastando ficar provado o nexo de causalidade entre esse dano e a conduta estatal. Todavia, relativamente ao funcionário é subjetiva.

Entretanto, se é intuitiva a captação de ter optado o texto pela responsabilidade objetiva, estamos a pensar, sem dúvida, nos atos ilícitos ou lícitos, praticados por ação. Quanto à omissão, o problema, aparece um pouco diferente.

5. Responsabilidade do Estado por atos omissivos

No tocante aos atos ilícitos, decorrentes de omissão, devemos admitir que a responsabilidade só poderá ser inculcada ao Estado, se houver prova de culpa ou dolo do funcionário. Esta é a posição dos Professores Celso Antônio Bandeira de Mello e do ilustre, querido e saudoso mestre, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁹.

Deveras, ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, **não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva.**

Assim é porque, para se configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado.

Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço.

Não há como provar a omissão do Estado, sem antes conferir se houve “faute de service”. É dizer: não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente.

⁹ *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e judiciais*, S.P., 1988.

5.1. Em conclusão: verificamos que o princípio da responsabilidade do Estado por atos ilícitos aparece como consequência lógica do princípio da legalidade. Sobremais disso, as prerrogativas especiais dadas à Administração impõem a responsabilidade objetiva do Estado.

De seu turno, a responsabilidade por atos lícitos decorre do princípio da igualdade, da divisão equânime das cargas públicas. E, sobremais disso, a responsabilidade por atos ilícitos não se confina aos atos comissivos, porém também se estende aos omissivos.

6. Excludentes da responsabilidade

Se no direito brasileiro a responsabilidade é objetiva, tal seja, basta o dano e o nexo causal, devemos assinalar situações não possibilitadoras de indenização. É dizer: excludentes da responsabilidade estatal.

Claro está que se a culpa for **exclusivamente** do lesado não responderá o Estado. Cautelas, entretanto, devem ser tomadas para que se não afaste a responsabilidade estatal quando seria devida.

Em outro falar: se o dano não ocorreria, caso a conduta da vítima não tivesse provocado o agravo, não se há de cogitar em responsabilização estatal.

Doutra parte, exclui-se também a responsabilidade estatal nas hipóteses de força maior. Se, houver, por acaso, tomando-se como exemplo, terremoto de graves proporções, absolutamente incontrolável e inevitável, não se poderá pretender obrigar o Estado a indenizar.

A força maior há de ser entendida dentro de seus limites próprios. Tais sejam, ocorrências **naturais, imprevistas e imprevisíveis que, ao ocorrerem, provocam danos**. Não se pode, entretanto, cogitar na existência de força maior quando, por exemplo, ocorram inundações na cidade previsíveis e que demandariam obras de infra-estrutura não realizadas.

Doutra parte, também não se poderia dizer ter ocorrido força maior se tombasse árvore sobre carro estacionado por ocasião de tempestade, se a árvore, por hipótese, estivesse sem exame de suas raízes por muito tempo. Ou, ainda, se já fora condenada por agrônomos. Somente a análise da hipótese concreta poderá resolver o problema.

Conseqüentemente insculpida no nosso Texto Constitucional a responsabilidade objetiva, **postulado do verdadeiro Estado de Direito**, no qual a Administração age manietada, coartada, ao “influxo de uma finalidade cogente”, como nos diz Cirne Lima, cumpre, efetivamente, haja contrapartida dos agravos que devam ser suportados pelos administrados para implementação do interesse público. E, ademais e principalmente, não sejam suportadas ilicitudes em franca agressão ao ordenamento jurídico.

Derradeiramente, a respeito desse tópico, deve-se acrescentar que, à minguia de

disposição constitucional expressa, o **princípio da legalidade e da igualdade**, como já acentuado, consubstanciado em todas as “Declarações de Direitos”, seria o suficiente a suportar a existência da responsabilidade por atos ilícitos, mesmo à míngua de regra expressa. E, quanto aos lícitos, bastaria como fundamentação o **princípio da igualdade**.

7. Responsabilidade pelos atos praticados pelo Legislativo e Judiciário

Os atos praticados pelo Legislativo e Judiciário, consoante nosso entender, também empenham responsabilidade estatal.

Na doutrina brasileira, devemos citar a magnífica monografia da Professora Maria Emília Mendes Alcântara¹⁰ como também a do professor Kazuo Watanabe¹¹ que a admitem francamente. Na doutrina estrangeira podemos trazer a contexto Ramón Real¹² e Soto Kloss¹³ que admitem a responsabilidade por atos praticados pelo Legislativo. Não obstante entendam de difícil caracterização a responsabilidade do Judiciário, a não ser nos casos expressamente assinalados nas legislações.

Note-se, ainda, a posição de Enterría e Ramón Fernandez no mesmo sentido, assinalando todavia a dificuldade¹⁴.

Quanto a nós, não vemos empecos para responsabilizar o Estado por atos praticados por suas funções, tais sejam a Judiciária e a Legislativa. Efetivamente encarna o Judiciário também a figura do agente público, de alguém que diz o Direito em normas concretas e por conta do Estado. Se assim é, dentro de certas comportas, que o regime jurídico da função postula, há de ser também responsabilizado na hipótese de lesão.

É evidente que se não de colocar “standards” e critérios de razoabilidade para decisões judiciais. Entretanto se houver decisões lesivas desconcertadas do Direito, certamente deverá o Estado responder, além da responsabilidade por erro judiciário penal, já consagrada pela jurisprudência.

Nosso posicionamento é, pois, no sentido de que o Estado responde e, sobretudo pela prestação jurisdicional retardada que acaba por configurar denegação de Justiça.

Doutra parte, por que não responderia também o Estado, por leis discriminatórias, que não guardam qualquer correspondência com as situações discriminadas? Por que não pelas leis inquinadas de desvio de poder manifesto?

¹⁰ Watanabe, Kazuo, *Responsabilidade por Atos Jurisdicionais*.

¹¹ Ramón Real, Alberto, *Responsabilidad del Estado*, pág. 81, Universidad del Norte Santo Tomás Aquino, 1982.

¹² Kloss, Soto, *Contencioso Administrativo y Responsabilidad del Estado*, “El Derecho Administrativo de Latinoamérica”, Colômbia, Bogotá, 1978.

¹³ Enterría, García de e Fernandez, Thomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, v. 2, pág. 343/346.

¹⁴ Couto e Silva, Almiro, *Responsabilidade por Dano Decorrente do Planejamento Económico*, RDP, n. 63, pág. 129, item 4.

Ainda no que concerne à legislação declarada inconstitucional, parece-nos, sem sombra de dúvida, deva o Estado responder, e, aliás, quanto a isso já há decisões jurisprudenciais.

Entendemos que a evolução para um verdadeiro Estado Democrático de Direito, encarregar-se-á, por certo, de resolver as distorções ainda existentes. Ainda, na “Constituição Dirigente” de Canotilho, sobretudo no capítulo referente à discricionariedade do Legislativo, fica bem claro que esta também é bastante limitada. O Legislativo tem suas peias e amarras hauridas da Constituição de seus princípios vetoriais. Portanto, os fundamentos do Estado democrático brasileiro têm de ser aferidos para se saber da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinados atos.

8. Responsabilidade por dano decorrente de planejamento

Tema apaixonante e tormentoso - fulcro de nossas preocupações neste estudo - concerne à responsabilidade estatal por ato decorrente do planejamento quer seja ele econômico ou urbano. **Este o ponto fulcral de nossa meditação.**

Versou com maestria o tema Almiro Couto e Silva¹⁵, intitulado seu trabalho “Responsabilidade por dano decorrente do planejamento” e defendendo-o em Canela, em 1981, no “III Congresso de Direito Administrativo”, e, posteriormente, publicando-o.

Em suas palavras:

“Fica assim claramente visto que, nos regimes de corte democrático, o primeiro problema jurídico que o planejamento projeta no plano lógico - o da sua admissibilidade em face da Constituição - é hoje, senão uma indagação de valor puramente histórico, pelo menos uma questão de simples medida. Efetivamente, não se discute mais que o planejamento seja possível dentro dos regimes democráticos. O que se pode discutir é se determinado plano, sob suspeita de violar direitos e garantias individuais, será ou não conciliável com a Constituição.”.

Sua conclusão é no sentido de que o Estado não pode deixar de indenizar quando provoca dano ao administrado por descumprir planos a que se obriga.

Claro é que não está o autor a se referir a qualquer espécie de planejamento. O autor pré-citado, o Professor Almiro Couto e Silva, refere-se a três tipos de planos, a saber: 1. planos indicativos, em que não há nota de obrigatoriedade; 2. planos incitativos ou estimulativos: a responsabilidade dependerá do que já tiver sido feito; 3. planos imperativos,¹⁶ como *verbi gratia* o Plano Cruzado adotado no Brasil, em 1986, ou o famigerado Plano Collor.

Tanto nos planos incitativos como nos imperativos pode haver responsabilidade estatal. E, também, nos meramente indicativos, cogentes para a pessoa pública, art. 174 da Constituição da República, que ora reproduzimos:

¹⁵ O autor, posteriormente, em outra palestra proferida, discriminou os tipos de planos que enumeramos.

¹⁶ Gonzales Peres, obra citada, pág. 31.

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Cabe, em brevíssimas palavras, referir o que sejam planos indicativos, incitativos ou imperativos.

Planos **indicativos** são aqueles em que o governo apenas assinala em alguma direção, sem qualquer compromisso, sem pretender o engajamento da iniciativa privada.

De outra parte, planos **incitativos** são aqueles em que o Governo não somente **sinaliza**, mas pretende também o **engajamento** da iniciativa privada para lograr seus fins. Nesses planos há não apenas a indicação como também, e, muitas vezes, promessas com várias medidas, quer por meio de incentivos, ou por qualquer outra forma para que a iniciativa privada colabore. Nessas hipóteses, contam os administrados que aos planos aderem com a confiança, a boa fé e a lealdade da administração. Portanto, se modificações houverem, certamente, em casos concretos existirão prejuízos.

Já os planos **imperativos** falam por si próprios, ou seja, a própria palavra, define-os. Imperativo é o que deve ser observado.

O problema será aferir, no caso concreto, a conduta estatal, a conduta do lesado para verificação se há de se colocar alguma excludente e o dano causado e, também, se o ato foi lícito ou ilícito. Todavia, mesmo lícito, dependendo das circunstâncias poderá haver responsabilidade estatal, conforme já averbamos no item 4 deste estudo.

Por seu turno, Jesús Gonzales Peres, em seu já citado “El principio de la buena fe”¹⁷, diz que o administrado tem o direito de confiar na Administração. Administração leal, portanto, é a que age com boa-fé¹⁸.

¹⁷ No desempenho de nossa judicatura tivemos ocasião de decidir (decisão esta confirmada) em favor de administrado que concertara com o Governo Federal, mediante o que foi chamado de “Protocolo de intenções e Acordo Befiex”, determinado programa, auferindo, doutra parte, determinados incentivos. Implementada a obrigação estatuída, pretendeu, entretanto, o Ministro do Planejamento, modificar, mediante Portaria, a contrapartida do Governo, uma vez que o plano havia sido modificado:

“TRIBUTÁRIO. IPI. INCENTIVOS FISCAIS. BEFIEX. DECRETOS-LEIS NÚMEROS 1.219, DE 15.5.72, ART. 16, E 491, DE 15 DE MAIO DE 1972, ART. 1º, PARÁGRAFO 1º E 2º, PORTARIA Nº 89/81, DO SR. MINISTRO DA FAZENDA.

I - A sistemática de compensação de créditos relativos ao I.P.I., reconhecida a impetrante, através de ‘termo de garantia de manutenção de incentivos fiscais a programas especiais de exportação’, por prazo certo, não pode ser alterada, unilateralmente, pela administração, tanto mais através de simples Portaria, pois tal proceder 153, § 3º, da Constituição.

II - Sentença confirmada. Apelação desprovida.” (AMS Reg. nº 01.03391-SP, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, j. 10.12.84, v.u., 4º T. da 1ª Região, DJ 21.2.85).

¹⁸ Gordillo, Agustín, *Problemas del control de la Administración Pública en America Latina*, Cuadernos Civitas, 1981; Laubadere, “Contratos de la Administración Pública”, in *Contratos Públicos*, Universidad Nacional de Cuyo, 1986; Vidal Perdomo, *El Contrato de Obras Públicas*, Universidad Externado de Colombia, 1979.

Em termos de Administração concertada, como dizem, Gordillo, Laubadére, Vidal Perdomo¹⁹ tal seja a participação do administrado nos planos, é totalmente inviável excluir a responsabilidade do Estado por atos decorrentes de **modificação do planejamento**, sejam estes responsáveis (portanto lícitos), sejam irresponsáveis como acontece, muitas vezes, em países em que o grau de responsabilidade dos supremos governantes ainda deixa muito a desejar. E, ademais disso, em que o país, na verdade, passa a ser laboratório de experiências. É dizer, planos são elaborados sem a necessária previsão das conseqüências, tanto assim é que são modificados em brevíssimo prazo levando de roldão a iniciativa privada para graves conseqüências.

Ora, mesmo em governos com preocupação social, marcada como determina a Constituição Brasileira, não se poderia justificar mudanças descríticas a pretexto, à invocação do *interesse público*, chamado a contexto sem qualquer suporte.

Damos, também, como exemplo que deveria empenhar responsabilidade do Estado, a máxi-desvalorização do cruzeiro, ocorrida nos idos de 1979, no Brasil. Havia o Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico em vigor. O Governo, em jornais, televisões, reafirmava sua intenção de manter a mini-desvalorização, de conseqüente, de não proceder modificação na política adotada.

Entretanto, como também acontecia com freqüência, apesar de todos os desmentidos ocorreu a máxi-desvalorização levando, de roldão, várias firmas à ruína, uma vez que deviam em dólares, incentivadas também pelo governo. Poder-se-ia falar em irresponsabilidade diante de situações tais? Entendemos que não e, em nosso abono invocamos a lição autorizada de Celso Antônio Bandeira de Mello versando o mesmo assunto²⁰.

9. Modificação dos planos

As modificações de planos, também os econômicos, certamente podem e devem ocorrer, sobretudo em função de novos interesse públicos a concretizar. Todavia, é de se procurar assentar quais os limites de tais mudanças.

Em Canotilho, em trabalho de 1974, *Responsabilidade Decorrente de Atos Lícitos*, vamos encontrar a seguinte passagem:

“(…) Não discutiremos aqui se o plano é uma realidade jurídica autônoma ou se não passa de um conjunto de instrumentos diversos que não ganham qualquer qualificação jurídica especial pelo facto da sua reunião.

(…) Especialmente, importa enfrentar a questão de saber qual a tutela do particular afectado pela mudança de planos económicos à som-

¹⁹ Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Responsabilidade do Estado por Dano Decorrente do Planejamento*, trabalho sem publicação. Também parecer inédito do autor respondendo à consulta da Autolatina.

²⁰ Vejam-se, por todos, Gomes Canotilho, em seu *Direito Constitucional*, 6a. edição revista, 1993, cap. VIII. Também Forststoff, citado por Almiro Couto e Silva, *ob. cit.*, pág. 36, n. r. 25 e 26.

bra dos quais tinha feito os seus prognósticos e criado situações económicas irreversíveis.” (pág. 203).

E, ainda, vai afirmar serem necessárias a proporcionalidade e utilidade da modificação. E, finalmente conclui:

“(…) Estas promessas podem ser medidas de direcção, originadoras de um grau de confiança e boa fé nos destinatários que os leve, ancorados na protecção administrativa, a arriscarem-se a negócios financeiramente ruinosos.

Parece-nos seguro ser de exigir à administração o exacto conhecimento das suas possibilidades a fim de evitar que, através de promessas não mantidas, leve os particulares a compromissos e a riscos que eles não dominam e que não correriam se não fossem as garantias dos entes públicos. Mas a demonstração da falta de cumprimento da promessa ou promessa será, talvez, elemento imprescindível ao desencadeamento do fenómeno indemnizatório.” (pág. 208).

A licitude ou ilicitude de tais modificações dependerá certamente da observância de determinados postulados essenciais. Aliás, quaisquer medidas restritivas da liberdade deverão estar fincadas na ausência de proibição constitucional e na necessidade de salvaguarda de outros valores substanciais do ordenamento jurídico.

Trata-se, então de saber se a decisão administrativa política teria observado outros direitos igualmente protegidos constitucionalmente e, sobretudo a não retroatividade a situações consumadas.²¹

10. *O princípio da segurança jurídica, da confiança, da lealdade e da boa fé*

Os princípios da segurança jurídica, da lealdade e da boa fé são de primordial importância para verificação de ter a Administração permanecido dentro dos lindes de sua competência discricionária ao tomar decisões administrativas de cunho político.

Deveras, a segurança jurídica e a certeza do direito são sobreprincípios de todo Estado que se pretenda democrático de direito. Fazem efetivamente parte da possibilidade de existência do “due process”.

Canotilho, em seu Direito Constitucional precitado, faz questão de dar especial ênfase ao requisito de não retroatividade de **lei restritiva**. Que se dirá, então de ato administrativo restritivo de direitos?

Lembremos que a não retroatividade é cláusula “pétrea” da Constituição. Ou, para os que preferirem nomenclatura diversa, a irretroatividade integra o cerne fixo da Constituição.

²¹ Recasens Siches, Luis, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Cap. Tercero.

Investiguemos, pois, a necessidade de tais modificações serem razoáveis, motivadas e proporcionais.

10.1. *Razoabilidade*

A seguir, enfrentemos o princípio da **razoabilidade**, implícito na Constituição e de cabal importância, no que concerne à intervenção do Estado no domínio econômico.

Salienta o Prof. Récasens Siches²² a necessidade da razoabilidade no referente ao raciocínio jurídico. Consoante penso, não se pode conceber a função administrativa, o regime jurídico administrativo, sem se inserir o princípio da razoabilidade. É por meio da razoabilidade das decisões tomadas, que se poderá contrastar atos administrativos e verificar se estão dentro da moldura comportada pelo Direito.

Ver-se-á, mais adiante, que não é lícito ao administrador, quando tiver de valorar situações concretas, depois da interpretação, valorá-las a lume dos seus **standards** pessoais, a lume da sua ideologia, a lume do que acha ser bom, certo, adequado no momento, mas, deverá valorá-los a **lume de princípios gerais, a lume da razoabilidade**, do que, em direito civil, se denominam **valores do homem médio**.

Em síntese: razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade, isto é, à relação de custos e benefícios.

10.2. *Proporcionalidade e congruência*

Ao lado da razoabilidade traz-se à colação, também, como princípio importantíssimo, o da **proporcionalidade**. Com efeito, resume-se o princípio da proporcionalidade em que as medidas tomadas pela Administração estejam na direta adequação das necessidades administrativas. Vale dizer: somente se sacrificam interesses individuais em função de interesses coletivos, de interesses primários, na medida da estrita necessidade, não se desbordando do que seja realmente indispensável para a implementação da necessidade pública.

Traduz o princípio da razoabilidade, pois, a relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração.

10.3. *Motivação*

Traga-se a contexto o saudoso mestre Alberto Ramón Real, ao se referir à tese autoritária de que a Administração, em princípio, não necessitaria motivar seus atos.

²² Sobre a necessidade de motivação do ato, consultem-se as seguintes obras: De la Vallina Velarde, *La Motivación del Acto Administrativo*, cap. VI; *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Caps. II e III, de Gonzalez Perez, Jesus; Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, pp. 75/77, como também Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., cap. IV, págs. 105-6.

Diz, o Professor:

“... O sentido progressista da extensão das garantias tende a sepultar esta tese tradicional, vestígio de autoritarismos, condenados pela História”.

Com relação à motivação, diríamos, que cumpre dois princípios. Cumpre o *due process of law* formal - porque está expressa no texto constitucional, art. 93, X, ou implícita por força do artigo 5º, XXXV, ou, ainda do mesmo artigo, inciso LV - e cumpre o *due process of law* substancial. Sem motivação não há possibilidade de aferir-se a justiça ou a injustiça de decisão, porque não saberemos se a decisão é boa ou má. Quais foram as razões dadas para tal decisão? As razões puramente subjetivas do administrador não deveriam contar muito, porque, na verdade, o administrador deve aplicar o direito no caso concreto, não à luz dos seus *standards* pessoais, mas à luz, sim, dos *standards* da comunidade, à luz do que é direito, aqui e agora, na comunidade, à luz do que é princípio, aqui e agora, na comunidade.

É a motivação fundamental no tocante aos princípios constitucionais da função administrativa, algo que se nos afigura da maior relevância, mormente em face da Constituição. Assinala-se, pois, a imprescindibilidade da motivação da atividade administrativa (embora muitos autores, é verdade que atualmente já ultrapassados, neguem-na, asseverando, equivocadamente, ser a motivação obrigatória, apenas e tão-somente, quando texto de lei expressamente previr).

Em outras palavras, as modificações repentinas de planos com prejuízo devem ter fase intermediária (Canotilho).

A motivação, como forma de controle da atividade administrativa, é de extrema importância. Lembro frase feliz de Bentham, citada por Michelle Taruffo: “*good decisions are such decisions for which good reasons can be given*”. Boas decisões são aquelas decisões para as quais boas razões podem ser dadas.

A motivação será, pois, a pedra de toque para o controle da discricionariedade dos atos políticos de planejamento.

11. Divisor entre atos controláveis e não controláveis pelo Judiciário

Estabeleceu-se no que tange ao controle, nítido divisor de águas entre os atos emanados dentro da competência vinculada, quando só caberia à Administração Pública a rigorosa subsunção dos atos chamados **discricionários**, em que a concreção da norma ficaria a critério de conveniência e oportunidade administrativas.

Ainda, seria a liberdade administrativa a mais abrangente possível, quando se tratasse de atos políticos ou de governo, categoria que se apartava atribuindo-se-lhe regime jurídico diverso.

Quanto aos atos políticos já os abordamos no item. 3.1. o que torna despicienda sua repetição.

Todavia, enfatizamos com Celso Antônio Bandeira de Mello: os atos políticos, como o planejamento, se ocasionarem danos não estão isentos de controle.

11.1. *O controle possível dos atos políticos decorrente da própria evolução do controle dos atos administrativos com parcela de discricionariedade*

Consoante entendemos, e, já afirmamos, a discricionariedade consiste na competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critério de razoabilidade e afastado de seus próprios “standards” ou ideologias, portanto, dentro de critério da razoabilidade geral, dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.

O intérprete, o aplicador, para concretizar a norma geral deverá primeiramente interpretá-la, depois terá de valorar qual a melhor maneira de atender a utilidade pública. Tal valoração, entretanto, não é livre, no sentido de que possa o administrador, se assim o entender, preencher o conceito com seus critérios próprios.

Examine-se a hipótese de intervenção do Estado no domínio econômico. A exata dimensão do conceito de complementariedade da atividade estatal (Constituição anterior) jamais foi questionada.

O art. 173, da Constituição da República, afirma que a atividade econômica cabe à iniciativa privada e que somente será permitida a intervenção estatal, quando necessária aos imperativos de **segurança nacional** ou de **relevante interesse coletivo**. O texto anterior referia-se ao caráter supletivo da atividade estatal.

Na vigência da antiga Constituição, o Estado criou as empresas que quis, e ninguém as questionou. Ninguém submeteu a questão ao crivo do Judiciário. Algumas delas, parece claro a qualquer um de nós, ao primeiro súbito de vista, jamais deveriam ter sido criadas. Outras, decorrido algum tempo, com a iniciativa privada suficiente, deveriam ter sido extintas ou ter passado ao domínio privado, o que se está a pretender agora com as privatizações.

É possível que se objete com a dificuldade de prova. Todavia, há outras provas difíceis, e que são aferidas pelo Judiciário. A suficiência ou insuficiência de determinada atividade é questão de prova pericial. Todavia, tal prova nunca foi pedida ao Judiciário, pelo menos não é de nosso conhecimento.

A jurisprudência brasileira, acompanhada pela doutrina tradicional, considerava que os atos discricionários não se submeteriam a controle, no atinente a seu **mérito**. O caminho da evolução foi - sem dúvida - a afirmação de que, ao Judiciário caberia controlar toda a atividade administrativa desde que não invadisse o **mérito** das decisões discricionárias.

Em nossa judicatura vimos diversos exemplos de controle judicial, sobretudo pela motivação. No início, o antigo Tribunal Regional Federal de Recursos, admitia e até sumulou, a necessidade de motivação quando se tratasse de pauta de valor mínimo (Resoluções do Conselho de Política Aduaneira). Posteriormente ampliou reconhecendo que, em outras situações ainda que não prevista expressamente a motivação, diante de conceitos indeterminados, cumpria fundamentar as razões que levaram à adoção de determinados atos administrativos, muitas vezes veiculados por Resoluções (aliás, também atos administrativos).

A propósito, trago à colação acórdão de minha relatoria na REO no Mandado de Segurança nº 6856, Reg. nº 89.03.09050-0, j. 29.11.89, maioria de votos, publicado no Diário Oficial do Estado em 23 de abril de 1990, "verbis":

"TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. C.P.A. - Resolução - Majoração da alíquota de 15% para 30% do imposto de importação sobre filmes, com fundamento no art. 4º do Decreto-Lei nº 63/66 (motivos econômicos de ordem global).

- Razões econômicas de ordem global, constituem o pressuposto fático do ato administrativo. Entretanto, não basta sua menção. Necessária a indicação, ainda que resumida, das *situações econômicas de ordem global*. Vacuidade do termo. Precedentes jurisprudenciais do antigo Tribunal Federal de Recursos.

- As condutas administrativas devem ser motivadas para segurança e certeza do direito.

- Remessa oficial a que se nega provimento."

Portanto, verifica-se que em jogo está o problema da sindicabilidade ou não dos atos administrativos para estabelecimento do amplo controle, sobretudo de atos que comportariam, como se sói dizer, ampla discricionariedade quanto a seu mérito, assunto que trataremos no próximo tópico.

11.2. Sindicabilidade ou não do "mérito" do ato

Negava a jurisprudência também alicerçada na doutrina, como já nos referimos, a necessidade de motivação²³ dos atos discricionários. E isto porque, na competência discricionária administrativa de por e dispor, estaria entranhada a possibilidade de valoração sem contraste jurisdicional.

E por *mérito* do ato, compreendiam-se as razões de conveniência e oportunidade, que teriam fundamentado a decisão do administrador.

O saudoso Prof. Oswaldo A. Bandeira de Mello²⁴ divergia da afirmativa, dizendo, com muita propriedade, que não se furtariam os atos de governo do controle jurisdicional em face da norma insculpida no art. 5º., inciso XXXV do Texto constitucional, antigo artigo 153, parágrafo 4º., quando escrita a obra do autor.

Ademais, observou não prescindirem de motivação alguns atos também praticados dentro da competência discricionária²⁵.

²³ *Princípios Gerais* ..., cit., p. 417.

²⁴ Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha, *Princípios Gerais*..., cit., págs. 471/472.

²⁵ Págs. 148 e ss.

Seabra Fagundes, o querido mestre de todos nós, em seu precioso "O Controle dos Atos Administrativos"²⁶, desde sua primeira edição, admitiu, às claras, que todos os atos administrativos eram subsumíveis ao controle jurisdicional, embora o **mérito** do ato não pudesse ser sindicado.

Aliás, diante da Lei da Ação Popular (Lei 4.717, de 29/6/65), verifica-se, claramente, que a afirmação de impossibilidade de controle residia muito mais em arraigo preconceito, do que em decorrência de qualquer imposição normativa.

Dessume-se, pois, que o problema de se responsabilizar a Administração por danos decorrentes do planejamento - **e sobretudo das alterações do planejamento** - estão diretamente referidos à evolução penosa do controle da chamada discricionariedade administrativa. Tais limites, sem qualquer sombra de dúvidas, foram erigidos da mesma forma em que se admitia a desnecessidade da motivação, em resquícios autoritários que nada têm a ver com o **ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO** e com o **DUE PROCESS OF LAW** em seu mais genuíno sentido material.

Síntese conclusiva

Chegou a hora de traçarmos breve síntese conclusiva.

1. A **motivação** passa a ser, como já frisado e re frisado, princípio de cabal importância, pois não se pode dizer que a avaliação, feita pela Administração no que concerne ao planejamento ou a mudanças de planos, seja discricionária, com total margem de liberdade.

1.1. É por meio da motivação que será possível verificar a **razoabilidade**, a **congruência lógica** entre ato emanado e seu motivo (pressuposto de fato), a **boa-fé** da Administração, etc.

E, somente por meio desse controle é que poderemos verificar quais os danos **certos, especiais e anormais** resultantes do planejamento caso estejamos diante de atos lícitos, isso porque se estivermos diante de atos ilícitos, bastará a relação de causalidade e a não imputação ao lesado de culpa ou, então, a não ocorrência de força maior (excludentes da responsabilidade).

2. A responsabilidade do Estado, princípio basilar do Estado verdadeiramente de direito, postula que o controle jurisdicional torne-se mais amplo a fim de se efetivarem as garantias constitucionais, consagradas na "Declaração de direitos individuais e coletivos".

3. Estado responsável é o que prevê para prover, o que abriga às escâncaras a lealdade, a boa-fé e vela pela segurança jurídica.

²⁶ Deveras, o art. 1o. da mencionada lei afirma: "Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal (...)" (grifamos).

4. O planejamento pode e deve ser modificado sem porém atritar-se com garantias fundamentais, com o atropelo dos valores fundamentais consagrados pela Constituição, sobretudo com a **dignidade da pessoa humana**, os **valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**.

* **Lúcia Valle Figueiredo** é Professora Titular de Direito Administrativo da PUC, São Paulo, nos cursos de Graduação e Mestrado. Juíza do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Desapropriação

LUIZ FABIÃO GUASQUE (*)

1. Introdução

O Estado, para realizar sua tarefa de atender à utilidade da maioria, pratica atos em que submete o interesse particular a este fim. Em todas essas manifestações da vontade estatal, esta submissão se dá pelo poder jurídico que tem de submeter todos os seus súditos a esta vontade.

Entretanto, este poder jurídico do Estado não é incircunscrito. Sofre as limitações ao direito dos cidadãos, pois que poder ilimitado é sinônimo de arbítrio, inconcebível em um Estado de Direito.

Quando expressa esta postura de sujeição do interesse particular ao público, dizemos que pratica atos de império. E quando a avaliação dos interesses em confronto, o público e o privado, são equivalentes, os atos do Estado são denominados de gestão.

Portanto, a expropriação de um bem móvel ou imóvel do particular para o patrimônio público deve obedecer a certas restrições impostas pela Constituição da República e leis ordinárias.

Ao estabelecer os direitos e garantias fundamentais, a lei maior assegura o direito de propriedade, no inc. XXII do art. 5º, e estabelece que a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social só se dará mediante justa e prévia indenização em dinheiro (inc. XXIV). As exceções são previstas a nível constitucional, como não poderia deixar de ser, pois que limitações a nível de lei ordinária confrontariam com o assegurado na lei magna, redundando em inconstitucionalidade. São elas as dos arts. 184 e 182, parágrafo 4º, II, e 243, todos da Constituição da República.

Preceitua o art. 5º, inc. XXIV:

“a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, **mediante justa e prévia indenização em dinheiro**, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;”

A primeira conseqüência do preceito é a de que qualquer intervenção do Estado na propriedade privada com o intuito de expropriá-la terá de ser precedida de justa

e prévia indenização em dinheiro, afora as exceções que veremos adiante, mas, a regra, é: o pagamento prévio em dinheiro.

Tal preocupação do Constituinte não é infundada. O comum nos casos de desapropriação é o Estado, após obter a posse do bem, protelar o pagamento da indenização de todas as formas, usando o Poder Judiciário, moroso em suas decisões, como meio ao locupletamento e passando o dever do pagamento à administração subsequente.

Desta forma, não nos parece que vigore mais o preceito do art. 15 do Dec.-Lei 3365/41, que possibilitava ao expropriante, mediante alegação de urgência, depositar o preço estimado conforme o parágrafo 1º, letras "a", "b", "c" e "d".

Reforça esse entendimento a disposição final contida na Constituição, que exclui a necessidade da justa e prévia indenização em dinheiro apenas nos casos ressalvados na própria lei maior.

E não poderia ser de outra forma, pois o direito de propriedade está inserido no Título II, como direito e garantia fundamental da pessoa, essência do regime democrático, que, ao estabelecer a segurança jurídica, foi expresso em seus fundamentos com os princípios da legalidade (inc. II); do devido processo legal (inc. LIV); o do contraditório e o da ampla defesa (inc. LV).

2. O controle jurisdicional do ato expropriatório

No art. 37 à administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é determinada a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Assegura, assim, o controle dos motivos do ato administrativo pelo Judiciário, que analisará a veracidade ou não do que arguiu o Poder Público para proceder à intervenção expropriante na propriedade privada. Se inexistentes os motivos alegados, o ato deverá ser declarado nulo por desvio de finalidade da administração na gestão do interesse público.

Aperfeiçoa, desta maneira, o controle dos poderes do Estado, realizando a chamada doutrina dos freios e contrapesos expressa no art. 2º da Constituição da República.

Afora a possibilidade de desapropriação pelo Poder Público *stricto sensu*, também existem autarquias, pessoas jurídicas de direito público, integrantes da administração indireta, detentoras de poder expropriante, como, por exemplo, o DNER, conforme o Dec.-Lei 512/69.

3. Discussão sobre o preço e meios de defesa

Mas, é bom que se diga, que na relação jurídico-processual entre o Estado e o expropriado, só lhe é possível discutir vício do processo judicial ou impugnação do preço (art. 20 do Dec.-lei 3365/41). Na hipótese de ilegalidade do ato expropriatório

rio, ou por preterição de forma ou ausência de motivos, que como vimos não desobriga a administração à sua observância, a parte poderá usar ou de ação declaratória para buscar a declaração de nulidade do ato administrativo, ou pedir segurança (inc. LXIX), ou buscar qualquer outra ação de controle da atividade administrativa como o são as ações popular e civil pública (inc. LXXIII).

Essa preocupação com a iniquidade quanto à justa e prévia indenização em dinheiro, como revelamos acima, é constatada pelas várias súmulas dos diversos tribunais que buscam combater as injustiças cometidas pelo Poder Público, que não devem ter mais espaço em um regime democrático que pretende uma sociedade livre, justa e igualitária (art. 3º, inc. I).

São elas:

Supremo Tribunal Federal

“561 – Em desapropriação, é devida a correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez.

618 – Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano.

164 – No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência.”

Extinto Tribunal Federal de Recursos

“74 – Os juros compensatórios, na desapropriação, incidem a partir da imissão na posse e são calculados, até a data do laudo, sobre o valor simples da indenização e, desde então, sobre referido valor corrigido monetariamente.

110 – Os juros compensatórios, na desapropriação, são calculados à taxa de 12% (doze por cento) ao ano.

75 – Na desapropriação, a correção monetária prevista no parágrafo 2º do art. 26 do Decreto-Lei nº 3365, de 1941, incide a partir da data do laudo de avaliação, observando-se a Lei nº 5.670, de 1971.

136 – A correção monetária, na desapropriação, deve ser calculada com base na variação nominal das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN).

70 – Os juros moratórios, na desapropriação, fluem a partir do trânsito em julgado da sentença que fixa a indenização.”

Superior Tribunal de Justiça

“12 – Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios.”

4. Extensão do direito de propriedade em nível constitucional

O direito de propriedade, como tratado pelo Código Civil no art. 524, expressa as faculdades de usar, gozar e dispor de seus bens, bem como o poder de reavê-los de quem quer que os possua injustamente. É o chamado direito por excelência, pois encerra mais faculdades do que qualquer outra relação jurídica.

Mas, esse direito sofre limitações nas relações de direito privado, como as impostas pelo direito de vizinhança (art. 554 e segs. do Código Civil), e também as determinadas pelas posturas municipais ou regulamentos administrativos (art. 572 *in fine* do Código Civil).

Entretanto, essas várias relações jurídicas que se formam com o direito de propriedade, aí não se esgotam. É evidente, que tal direito deve se coadunar ao sistema jurídico estabelecido com a Constituição da República, que, ao determinar um regime de liberdade, se preocupa em construir uma sociedade livre e igualitária (art. 3º e incisos). Em vista disso, o sagrado direito de propriedade se submete a atender a sua função social (inc. XXIII do art. 5º), o que vem reafirmado quando a lei magna trata dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, inc. III); quando fala da política urbana (art. 180, parágrafo 2º). E como não poderia deixar de ser, quando trata da política agrícola e fundiária e da reforma agrária no art. 184.

Como já dissemos, a regra nas desapropriações urbanas é de que se proceda mediante prévia e justa indenização em dinheiro (art. 182 par. 3º). Mas, há outras formas de intervenção, assemelhadas à desapropriação, que buscam atender a função social da propriedade, antes de chegar-se ao ato expropriatório.

Estão elas previstas no art. 182, par. 4º e incisos que determina:

“É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, **sob pena**, sucessivamente, de:

I – parcelamento e edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;”

Como se procederá essa exigência de parcelamento e edificação compulsórios, ainda não sabemos, pois não foi promulgada lei que o estabeleça.

O imposto progressivo tem natureza de sanção, e deverá ser este o seu fato gera-

dor, o que o difere do previsto no art. 156 par. 1º, que, preocupado com a finalidade da função social da propriedade, possibilita a progressividade à lei municipal.

No inciso III, aparece a primeira exceção à regra da desapropriação, com a possibilidade do pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

A hipótese, como as demais, tem evidente sentido de sanção, como indica claramente o **caput** do parágrafo 4º.

Também outra forma de pena'ização com a desapropriação é a prevista no art. 184, que comete à União o poder de desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

As limitações a esse poder expropriatório estão previstas no art. 185, que impede a desapropriação da pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra, bem como a propriedade produtiva (incs. I e II).

Mas, que é afinal a função social da propriedade?

Embora reserve, um campo de complementação à lei ordinária, a própria carta política assenta requisitos no art. 186 que determina:

“A **função social** é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

A única exceção de previsão de confisco é a do art. 243, para a hipótese de culturas ilegais de plantas consideradas psicotrópicas, que serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, **sem qualquer indenização ao proprietário** e sem prejuízo de outras sanções previstas na Lei 8.257, de 26.11.1991.

Acrescenta ainda, em seu parágrafo único, que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas

afins **será confiscado** e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

5. *Desapropriação e domínio público*

Como já dissemos, o direito de propriedade sofre limitações administrativas de uso pelas posturas Municipais ou regulamentos administrativos. Hipótese diametralmente oposta é a de contratos de cessão de uso entre o Poder Público e o particular para a utilização, gratuita ou onerosa de bens de domínio público.

Nesses casos, o particular não tem direito a indenização, pois usa o que é de domínio do Estado.

Nesse sentido a Súmula 479 do T.F.R.

“As margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização.”

Já na hipótese de limitação administrativa, esta natureza lhe retira o caráter indenizatório, conforme a Súmula 142 também, do extinto T.F.R.

“A limitação administrativa *non aedificandi* imposta aos terrenos marginais das estradas de rodagens, em zona rural, não afeta o domínio do proprietário, nem obriga a qualquer indenização.”

6. *Os casos de desapropriação discriminados pela lei ordinária*

O Decreto-Lei 3365/41 (lei geral de desapropriações) dispõe sobre o que considera casos de desapropriação por utilidade pública no seu art. 5º letras de “a” a “p”.

As hipóteses de interesse social estão determinadas no art. 2º, incisos I a VIII, e parágrafos 1º e 2º da Lei 4132/62.

O estatuto da terra, Lei 4504/64, no seu art. 18, elenca outras situações.

A imissão na posse *initio litis* de prédio urbano residencial vem prevista no Dec.-Lei 1075/70, devendo adequá-lo a regra da justa e prévia indenização em dinheiro como referimos.

7. *Direito de extensão*

O direito de extensão é a faculdade concedida ao expropriado de, uma vez determinada a área objeto da desapropriação, e havendo hipótese de remanescente da propriedade que perca consideravelmente o valor ou mesmo se torne imprestável ao uso, poder o mesmo requerer ao Poder Público que estenda a área sobre esses limites, de forma a que não se comprometa a finalidade da indenização justa. É ele

previsto no Decreto Federal nº 4956/1903 no seu art. 12, e para fins de reforma agrária no art. 19, parágrafo 1º, da Lei 4504/64.

8. *Desapropriação por zona*

É a que se destina a abranger área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente em consequência da realização do serviço. É necessário que a declaração de utilidade pública a compreenda, mencionando quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda (art. 4º do Dec.-Lei 3365/41).

9. *Os legitimados a desapropriar*

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, além de outras pessoas jurídicas como as autarquias, como dissemos, podem desapropriar, sendo que, seguindo uma hierarquia vertical de competências, o parágrafo 2º do art. 2º possibilita a União desapropriar bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, bem como aos Estados os dos Municípios. Qualquer das hipóteses necessita de autorização legislativa.

Também o Legislativo pode tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo ao Executivo efetivá-la (art. 8º, todos da lei geral de desapropriações, Dec.-Lei 3365/41).

Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa constante de lei ou contrato (art. 3º).

a) *Exceção*

O parágrafo 3º do art. 2º, que se aplica em regra a concessionárias de serviços públicos, veda a desapropriação pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine a sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República.

Nesse sentido a Súmula 157: “É necessária prévia autorização do Presidente da República para desapropriação, pelos Estados, de empresas de energia elétrica.”

b) *Declaração por decreto*

O art. 6º determina que a declaração de utilidade pública se faça por decreto.

10. *Caducidade*

A desapropriação deve efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente dentro de 5 anos, contados da data da assinatura do respectivo decreto e findos os

quais este caducará. Neste caso, somente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração (art. 10).

O prazo é menor para a hipótese de desapropriação por interesse social, o que o art. 3º da Lei 4132/63 fixa em dois anos.

Uma vez declarada a utilidade pública para a desapropriação do imóvel, ainda é mantido o direito de propriedade com as faculdades jurídicas a ele inerentes, nos termos do art. 524 do Código Civil, conforme a Súmula 23 do Supremo Tribunal Federal que estabelece:

“Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para a desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada.”

11. *Competência jurisdicional*

A competência, em regra, é determinada pelo art. 95 do Código de Processo Civil que a determina pelo foro da situação da coisa, *forum rei sitae*, pois que versa sobre direito de propriedade.

Entretanto, a competência poderá ser deslocada para a justiça federal, quando a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, conforme disposto no art. 109 inc. I da Constituição da República.

Nesses termos a Súmula 62 do extinto Tribunal Federal de Recursos:

“Compete à Justiça Federal processar e julgar ação de desapropriação promovida por concessionária de energia elétrica, **se a União intervém como assistente.**”

12. *Auto-executoriedade do ato expropriatório*

Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração (art. 7º).

13. *O espaço discricionário do ato expropriatório*

É evidente que o ato administrativo que expropria um bem se submete aos princípios gerais que regem a administração pública. Os preceitos do art. 37 da C.R., no que se relaciona com a legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, devem ser respeitados. Entretanto, como sabemos, o mérito do ato administrativo, ou seja, o juízo sobre a conveniência e oportunidade da prática do ato refogem ao exame do judiciário, vez que respeitaria o art. 2º da lei maior que prega a independência e harmonia dos poderes.

Mas, a existência ou não dos motivos que ensejariam o possível desvio de finalidade administrativa deve ser sopesado no exame do ato pelo judiciário. Nesse sentido, podemos citar o trabalho de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo”, em RDP 90/57.

O princípio da motivação é consequência da moralidade.

Há julgado do S.T.F., no sentido de que não há interesse social na desapropriação para revenda (RDA 170/139).

14. *Direitos de terceiros*

No valor da indenização, não se incluirão direitos de terceiros contra o expropriado (art. 26). RTJ 110/1292 – locatário não tem direito se o contrato é por tempo indeterminado.

A consequência é lógica. O ato de declaração de utilidade pública, como o indica a própria lei, tem natureza declaratória, e seus efeitos, como não poderia deixar de ser, são *ex tunc*, ou seja, retroagem até a data da aquisição originária pelo atual proprietário no momento da intervenção estatal.

15. *Incidência tributária*

Por este motivo é que o Supremo Tribunal Federal já entendeu que não incide imposto de renda na desapropriação porque é aquisição originária.

O Código Civil reconhece e regula diversos modos de adquirir. Uns aplicam-se, exclusivamente, aos móveis, como a ocupação; outros, exclusivamente, aos imóveis, como a transcrição do título; **uns são originários, como a acessão natural, outros derivados, como a tradição** (Clóvis Beviláqua – *Comentários ao Código Civil*, vol. III, pág. 60).

16. *Honorários (art. 27 parágrafo 1º)*

Súmula 617 do S.T.F.

“A base de cálculo dos honorários de advogado em desapropriação é a diferença entre a oferta e a indenização corrigidas ambas monetariamente.”

141 do T.F.R.

“Nas ações de desapropriação, computam-se, no cálculo da verba advocatícia, as parcelas relativas aos juros compensatórios e moratórios, devidamente corrigidas.”

17. *Duplo grau de jurisdição (art. 28 parágrafo único)*

Súmula 218 do T.F.R.

“A sentença proferida em ação expropriatória a qual se tenha atribuído valor igual ou inferior a 50 ORTNs, não está sujeita ao duplo grau obrigatório, nem enseja recurso de apelação.”

18. *Nulidade do processo de desapropriação*

O art. 35 estabelece que uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação julgada procedente resolver-se-á em perdas e danos. Isto só

ocorre após a transmissão.

É importante frisar que a interpretação do artigo, por constituir exceção, deve ser feita em sentido estrito, referindo-se tão-somente à nulidade no processo. Não incidirá na hipótese de ilegalidade da desapropriação por inexistência de motivos ou desvio de poder.

19. Retrocessão

A retrocessão, ou seja, o retorno do bem ao patrimônio do particular é previsto no art. 1150 do Código Civil e só para a hipótese ali contemplada.

A retrocessão é sempre direito real e pode se dar mesmo depois da transcrição (RDA 167/249-TFR-Rel. Pádua Ribeiro).

Herdeiro também pode pedir (RDA *idem*)

20. Disposições Gerais

Art. 31. Ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado (ver arts. 738, 762, V; 808; 1676; 732 e 762; 1558, II; 1559, todos do Código Civil).

21. Intervenção do Ministério Público

Embora haja julgados do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o Ministério Público não intervém na desapropriação (S.T.F. RTJ 93/226), o que deve ocorrer somente no precatório, entendemos que tal posicionamento está superado.

O *Parquet* foi colocado em nível constitucional como o defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 *caput* da Constituição da República). É evidente que tal missão lhe ampliou sobremaneira o campo de atuação, pois que o regime democrático se funda no respeito a todos os Direitos e Garantias Fundamentais expressos no Título II da carta política.

Ali estão garantidos o direito de propriedade e a justa e prévia indenização (art. 5º incs. XXII e XXIV). Desta forma, o Ministério Público está legitimado não só a fiscalizá-los, mas até mesmo a defendê-los na hipótese de o Estado vir a desrespeitá-los.

Já no sentido de que a relação Estado-proprietário é de natureza pública, e por isso indisponível quanto ao justo preço, a Súmula 118 do extinto T.F.R.:

“Na ação expropriatória, a revelia do expropriado não implica em aceitação do valor da oferta e, por isso, não autoriza a dispensa da avaliação.”

* Luiz Fabião Guasque é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

A Lei 9.099/95. Questões controvertidas

MARCELLUS POLASTRI LIMA (*)

De há muito existem tentativas de atenuar o rígido princípio da indisponibilidade da ação penal pública, e para demonstrar a veracidade desta assertiva basta conferir o Anteprojeto José Frederico Marques, que previa proposta de multa que levaria à perempção, e o Substitutivo ao Projeto de Código de Processo Penal que disputava sobre a extinção do processo sem julgamento do mérito (arts. 84 e 207, II, respectivamente).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, inovou-se a respeito, dispondo o seu art. 98, I, que:

“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I. Juizados especiais, providos por juízes togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de primeiro grau.”

Assim, como já observamos anteriormente, constitucionalmente estava prevista uma exceção aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, nos casos de crimes de menor potencial ofensivo a serem definidos pela legislação ordinária.⁽¹⁾

Necessária era a regulamentação, via lei federal, que apontasse e dispusesse sobre as chamadas “infrações de menor potencial ofensivo” que permitiriam transação e conciliação, já que, versando tal legislação sobre matéria penal, a iniciativa de lei seria da União, *ex-vi* do art. 22, I, da C.F., que acabou por emergir na Lei 9.099/95.

O legislador da Lei 9.099/95 adotou quatro medidas despenalizadoras, ou sejam “medidas penais ou processuais alternativas que procuram evitar a pena de prisão”, consoante definição de Ada Pellegrini Grinover.⁽²⁾ São elas:

(1) Cf. LIMA, Marcellus Polastri. *Oportunidade e Disponibilidade da Ação Penal Pública* - Uma exceção constitucional - in “Livro de Estudos Jurídicos”, 5, R.J., I.E.J., 1992, págs. 354-362.

(2) GRINOVER, Ada Pellegrini, *Juizados Especiais Criminais*. S.P., ed. Revista dos Tribunais, 1996, pág. 18.

1. A composição civil prevista no art. 74, parágrafo único, cujo efeito é a extinção da punibilidade.
2. Transação com proposta de aplicação imediata de pena alternativa pelo Ministério Público (art. 76).
3. Exigência de representação no caso de lesões leves dolosas ou lesões culposas (art. 88).
4. Suspensão condicional do processo nos crimes cuja pena mínima abstrata não ultrapasse um ano.

I. *Âmbito de admissibilidade e competência*

Em primeiro lugar examinemos o âmbito de admissibilidade para o Juizado Especial, cujo critério de fixação de competência é *rationae materiae*, ou sejam os delitos de **pequeno potencial ofensivo** definidos no art. 61 da Lei 9.099/95, *verbis*:

“Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.”

Aqui surge a primeira *vexata quaestio*: Tal competência seria de natureza constitucional ou não? Se reconhecida como constitucional resultaria na separação de processos em caso de concurso de delitos de pequeno potencial ofensivo e delitos comuns.

Antonio José Campos Moreira, em artigo sobre o tema, sustenta ser a competência constitucional determinada pela matéria, em vista do disposto no art. 98, I, da C.F.⁽³⁾

A princípio comungávamos da mesma opinião do ilustre professor, mas, melhor refletindo, verificamos que, na verdade, a Constituição somente impôs e autorizou a **criação dos Juizados Especiais**, deixando para as legislação ordinária a **definição dos limites da competência ao definir os delitos de pequeno potencial ofensivo**.

Portanto, estamos com Júlio Fabbrini Mirabete quando ensina que “... não podem ser apreciados pelo juizado especial os crimes de menor potencial ofensivo quando praticados em concurso com crimes que estão excluídos de tal competência. Tratando-se de continência ou conexão, no caso de crimes comuns, a competência é determinada pelo juízo competente para processar e julgar o crime mais grave (art. 78 do CPP).”⁽⁴⁾

Desta forma, havendo conexão com delito comum, a competência para julgamento de ambos os delitos é do juízo comum.

⁽³⁾ MOREIRA, Antonio José Campos. *Breves Considerações sobre a competência do Juizado Especial Criminal*. in Bol. da FEMPERJ, III, R.J., pág. 57.

⁽⁴⁾ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *A Exclusão de Competência nos Juizados Especiais Criminais*, in “Ensaio Jurídico - O Direito em revista”, R.J., IBAJ, 1996, pág. 473.

Outra questão diz respeito às contravenções penais e aos crimes que são processados com rito próprio ou especial.

Consoante Ada Pellegrini Grinover, o artigo 61 da lei só excetua da competência do Juizado Especial os crimes cujos procedimentos previstos sejam especiais, sendo que todas as contravenções estariam abrangidas, pois “pela sua própria natureza, deve ser sempre considerada de menor potencial ofensivo”.⁽⁵⁾

Também esta foi a orientação da denominada “Comissão Nacional de Interpretação da Escola Nacional da Magistratura” que se reuniu na cidade de Belo Horizonte para elaborar conclusões sobre a referida lei.

Entretanto, a redação do dispositivo legal não autoriza tal interpretação, sendo certo que a restrição, aposta após uma vírgula, abrange tanto os crimes como as contravenções processadas mediante procedimento especial.

Melhor neste ponto a orientação de Damásio E. de Jesus, *verbis*:

“Entendemos que a ressalva não se refere exclusivamente aos crimes. A contravenção do jogo de bicho, p. ex., que tem rito especial, dadas as suas características e potencial ofensivo relacionado com outras infrações penais não convém que seja processada e julgada pelo Juizado Especial Criminal”⁽⁶⁾

Obviamente que, em relação aos crimes, ao excetuar a lei aqueles cujos procedimentos são especiais, indubitavelmente abrange os previstos no próprio corpo do Código de Processo Penal (Título, II, do CPP), e não só os previstos em leis esparsas.

Porém, a lei aplica-se ao procedimento sumário previsto para os delitos punidos com pena de detenção e para as contravenções penais em geral, o que se vê com pequeno esforço interpretativo, já que a Lei 9.099/95 abrange tanto as contravenções como os delitos punidos com detenção, que são precisamente o objeto maior da lei (art. 61 e 88), excetuando-se, conforme visto, somente **as infrações para quais a lei preveja procedimento especial.**

Ora, como já observava com acuidade Magalhães Noronha: “O processo sumário não é processo *especial*, destinado à persecução de crimes punidos com detenção e de contravenções. O procedimento especial destina-se a certa classe de delitos que, por natureza, exigem providências que escapam ao âmbito do outro, o que não sucede com o de que tratam os arts. 531 *usque* 540 do Código. Este é forma comum de processo relativo a uma classe de infrações. É uma variante do processo ordinário”. *

⁽⁵⁾ *Ob. citada*, pág. 66.

⁽⁶⁾ JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, S.P., Saraiva, 1995, pág. 36.

NORONHA, Magalhães E. *Curso de Direito Processual Penal*, São Paulo, Saraiva, 1983, pág. 308.

Por outro lado, ressalva o legislador no art. 97 a **revogação da Lei 4611/65**, justamente a responsável pela modificação e introdução das normas do rito sumário dos arts. 531 e 538 para os crimes de trânsito, e no artigo 88 refere-se expressamente às lesões dolosas leves e às lesões culposas.

Com efeito, o motivo do legislador estabelecer expressamente, no art. 97 da lei, a revogação da Lei 4611/65 foi exatamente em razão do rito especial sumário então em vigor estabelecido para as lesões corporais culposas, e assim, esta lei que estava **derrogada** pela Constituição Federal, não tendo sido recepcionada no que tange à instauração da ação penal por portaria da Autoridade Policial ou Judiciária, com o advento da Lei 9.099/95 foi agora totalmente ab-rogada, dando-se a revogação de seu último efeito no ordenamento processual penal, ou seja a imposição do rito sumário para aqueles casos.

É intuitivo que se o legislador quisesse abranger outros crimes processados mediante rito especial ou a contravenção do jogo de bicho, por exemplo, também teria feito constar no art. 97 da lei a revogação de seus procedimentos especiais.

Na verdade, além dos ritos previstos em leis especiais para crimes e contravenções, o legislador quis excetuar no art. 61 da lei justamente aqueles procedimentos destinados a crimes com objetividade jurídica própria ou cometidos por certos agentes que exijam providências particulares no processamento incompatíveis com a celeridade e especial natureza do Juizado Especial, a saber os verdadeiros procedimentos especiais do Código: crimes contra a honra (audiência de reconciliação, exceção da verdade na calúnia), propriedade imaterial (perícia prévia) e crimes cometidos por funcionário público (resposta prévia e julgamento liminar).

Por fim, para averiguação do âmbito de admissibilidade do Juizado Especial deve ser considerado o máximo da pena em abstrato, e, destarte, incluídas as causas de aumento de pena e as qualificadoras, e, ainda, por outro lado as causas de diminuição de pena e atenuantes.

Destarte, no caso de concurso de crimes, seja formal, material ou continuado, para a averiguação da admissibilidade do julgamento pelo Juizado deverá ser feita a soma dos delitos em que incidiu o autor do fato (concurso material) ou fazer incidir o aumento máximo da causa geral de aumento de pena (concurso formal e crime continuado), e, caso o resultado seja pena maior do que um ano abstratamente, não será possível o julgamento pelo juizado, devendo haver o processamento no juízo comum.

Neste sentido Damásio de Jesus: as causas de aumento de pena “devem ser levadas em conta para eventualmente afastar a competência do Juizado Especial Criminal, estejam previstas na Parte Geral ou Especial do CP ou na legislação especial”.⁽⁷⁾

⁽⁷⁾ Ob. citada, pág. 39.

Não cabe aqui aplicar analogicamente o art. 119 do CP que estabelece que para aferição da ocorrência da prescrição devem os crimes em concurso ser considerados isoladamente, sob o fundamento que é cabível a analogia em benefício do réu.

Ora, tratam-se de hipóteses diversas, lá referente à causa de extinção de punibilidade, ou seja à prescrição, aqui de critério de fixação de competência, e considerar que por ser o rito especial mais benéfico deve ser aplicada aquela norma por analogia é um sofisma, pois a aplicação do princípio da *lex mitior* só se dá em relação a hipóteses similares, o que não é o caso. Diversa seria a hipótese de consideração da prescrição nos delitos em concurso julgados pelo juizado (no caso, p. ex. de concurso material cuja soma fosse um ano), já que, neste caso, poderá ser aplicado o art. 119 por analogia, mas frise-se: somente **para aferição da ocorrência de prescrição**, uma vez que a Lei 9.099 é omissa a respeito.

Outra conclusão iria contra o espírito da lei, que quer justamente propiciar rito especial somente para a ação de pequeno potencial ofensivo, assim reconhecida nas infrações que a lei preveja abstratamente pena até um ano, não havendo como negar que, atingindo a soma de penas ou a resultante da pena após o aumento operado, abstratamente, mais de um ano, o agir do autor do fato é de **maior potencial ofensivo**.

II. O acordo civil

O parágrafo único do artigo 74 da Lei 9.099/95, sem dúvida, constitui norma despenalizadora, já que considera como efeito do chamado acordo civil, no caso de ação penal privada ou pública condicionada, a renúncia ao direito de queixa ou representação, *verbis*:

“Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.”

Assim, havendo composição dos danos civis, homologada pelo juiz, haverá renúncia ao direito de queixa ou representação, conforme o caso, ocorrendo a extinção da punibilidade, e, portanto, **a lei criou nova hipótese de extinção de punibilidade não elencada no rol do art. 107 do CP, criando, por outro lado, a figura da “renúncia ao direito de representação.”**

Com efeito, se antes já era prevista a possibilidade de renúncia ao direito de queixa (arts. 104 e 107, IV, do CP), não era possível haver renúncia de representação, já que, neste caso, ou se representava ou não se representava. O que era possível e previsto era a retratação da representação antes da denúncia.

Note-se que tal composição terá efeito de extinguir a punibilidade não só quando realizada anteriormente à denúncia, como também no decorrer do processo, prevenindo o art. 79 nova tentativa no curso do processo.

No curso do processo se dá verdadeira exceção à regra da irretratabilidade da representação após o oferecimento da denúncia e da indisponibilidade ou irretratabilidade da ação penal pública (art. 42 do CPP), com derrogação do art. 102 do CP no que tange aos delitos de pequeno potencial ofensivo.

Apesar da lei se referir ao acordo homologado pelo juiz, mediante sentença irrecurável, entendemos que, em caso de já haver composição ou acordo anterior devidamente comprovado nos autos de inquérito ou termo circunstanciado, o Ministério Público poderá arquivar tais procedimentos, sendo que aqui a renúncia, tácita ou expressa, poderá servir de **razões de arquivamento com fulcro na extinção de punibilidade**.

Como bem lembra Ada Pellegrini Grinover “o art. 585, II, do CPC (na redação dada pela Lei 8.953/94) considera título executivo extrajudicial o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores.”⁽⁸⁾

No pedido de arquivamento, o juiz reconhecerá o acordo e determinará o arquivamento, resultando em homologação da composição.

Nunca é demais lembrar que a norma do parágrafo único do artigo 74 é de natureza penal e processual, uma vez que implica em extinção de punibilidade, e, assim, segundo ainda Ada Pellegrini Grinover, “podem e devem ser aplicadas imediatamente por qualquer juízo, sobretudo o comum ... aplica-se retroativamente até o limite da coisa julgada, colhendo todos os processos em andamento.”⁽⁹⁾

Em relação à representação, é preciso frisar que no Juizado Especial esta é feita **perante o juiz**, consoante se depreende do art. 75 da lei:

“Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a **oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo**.” (grifo nosso).

Assim, está derogado o art. 5º, § 4º, do CPP que condicionava o agir policial à apresentação de representação. Agora, no que tange aos delitos abrangidos pela lei a autoridade policial deverá lavrar o termo circunstanciado e encaminhá-lo ao Juizado independentemente de representação.

Nada obsta, porém que seja tomada a representação, que, entretanto, não terá valia para o Juizado, uma vez que a **representação válida é aquela feita por termo em juízo**.

O legislador quis, na verdade, que a composição fosse tentada em juízo, para só depois permitir-se a representação. O intuito foi de evitar o máximo a representação e, conseqüentemente, o oferecimento da denúncia e o resultante procedimento criminal.

⁽⁸⁾ Ob. citada, pág. 117.

⁽⁹⁾ Ob. citada, págs. 20 e 119.

III. A transação penal

Consoante o artigo 76 da Lei 9.099/95:

“Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

Em primeiro lugar, é preciso salientar que a transação, como é intuitivo, só poderá se dar entre **partes**.

Certo é que o art. 72 prevê a presença do autor do fato e da vítima, mas é óbvio que o legislador somente quis facilitar a tentativa de conciliação prevista no parágrafo único do art. 74, ou seja a reparação do dano civil.

Tratando-se da transação inculpada no artigo 76, esta deve ser realizada entre as partes, ou seja autor e réu, pois na ação penal pública o lesado não é **parte**, como é intuitivo, sendo o Ministério Público o *dominus litis*. O *Parquet* é o titular exclusivo da ação penal pública, cumprindo-lhe promovê-la com **exclusividade** (art. 129, I, da CF) e o lesado não integra a relação processual como parte, não passando de sujeito passivo do delito, sendo que a conclusão diversa seria o resgate dos tempos remotos da vingança privada.

Portanto, a transação só se dá entre o Estado, representado pelo Ministério Público, e o réu, partes que são na relação processual, pois o Estado tem o monopólio da ação penal pública, não podendo permitir a vingança privada ou a **negociação entre os sujeitos do crime de ação penal pública**.⁽¹⁰⁾

Assim, se é certo que no Juizado Especial há maior satisfação à vítima, mormente no que diz respeito à composição e reparação do dano civil, não é menos certo que sua presença é verdadeiro **ônus e não dever**.⁽¹¹⁾

Destarte, no caso do art. 76, tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, cabe ao Ministério Público a **proposição** de aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa, cabendo ao agente, por sua vez, aceitar ou não a proposta.

A vítima aqui não pode interferir, pois, consoante Ada Pellegrini Grinover “A lei é expressa ao considerar apenas a vontade do Ministério Público e do atuado, tanto no § 4º como no § 5º do art. 76”.⁽¹²⁾

⁽¹⁰⁾ Antes do advento da lei assim nos pronunciamos sobre o dispositivo constitucional que previa os Juizados Especiais, no artigo já anteriormente citado, págs. 359/360.

⁽¹¹⁾ No dever é acarretada maior conseqüência processual pela não realização do ato, pois é imperativa sua realização. No ônus não existe imperatividade ou obrigação, suportando o descumpridor ou omitente apenas o eventual prejuízo de sua omissão.

⁽¹²⁾ *Ob. citada*, pág. 133.

Lembre-se que, sendo caso de ação penal pública condicionada, como vimos, na forma da primeira parte do art. 76 da lei, a transação para aplicação imediata de pena não restritiva de liberdade só é possível se for oferecida a representação pelo ofendido.

Não comungamos da posição de Ada Pellegrini Grinover que entende ser possível, com socorro da analogia, a aplicação da transação em relação à ação privada.⁽¹³⁾

Equivocada, também a conclusão a respeito da chamada “Comissão Nacional de Interpretação”, formada pela Escola Nacional da Magistratura.

Ora, a vítima não tem interesse na aplicação da pena, pois como já vimos tal interesse é do Estado, e daí não ter o dispositivo legal se referido à ação penal privada e tão-somente à pública incondicionada ou condicionada, restando clara a interpretação literal da lei. Caso a parte privada queira beneficiar o agente o fará mediante renúncia ou perdão, já que vigora aqui o princípio da oportunidade em toda a sua extensão.

Melhor orientação é a de Damásio de Jesus que entende ser inaplicável a transação em ação penal privada.⁽¹⁴⁾

Conforme esclarecido no *caput* do dispositivo legal, a transação só será proposta pelo Ministério Público **se não for caso de arquivamento**, o que, convenhamos, seria dispensável constar do texto legal, pois, sendo caso de arquivamento, é óbvio que o Ministério Público logo que receber as peças de informação ou termo circunstanciado deverá proceder ao arquivamento se presentes as hipóteses do art. 43 do CPP ou faltar justa causa para início do procedimento.

Entendemos que se trata de **poder-dever** do Ministério Público e não mera faculdade de propositura da transação, uma vez que, presentes os requisitos objetivos e subjetivos legais, deverá o *Parquet* apresentar a proposta.

Assim, deverá ser examinado pelo promotor se o agente preenche os requisitos legais, não tendo os impedimentos do § 2º do art. 76 contra si, ou sejam: **1.** não ser primário; **2.** ter sido beneficiado pela lei no prazo de cinco anos; **3.** ter maus antecedentes e má conduta social ou má personalidade, sendo-lhe desfavorável os motivos e circunstâncias do fato.

Estando presentes os requisitos da lei, deverá o Ministério Público propor a transação, e, caso não o faça, o agente poderá provocá-lo, já que a proposta é um seu **direito subjetivo**, tratando-se de norma de caráter penal (abstenção do *jus puniendi* original) mais benéfica.

Vexata quaestio reside no caso de não haver proposta do Ministério Público, ou a negativa fundamentada de oferecimento de proposta, entendendo o juiz que o caso seria de transação. Poderia o juiz propor e realizar de ofício a transação?

(13) *Ob. citada*, págs. 122/123.

(14) *Ob. citada*, pág. 65.

Damásio de Jesus entende que sim ⁽¹⁵⁾. Porém, entendemos que, em face do princípio da imparcialidade do juiz e do sistema acusatório adotado pela Constituição, a atuação do magistrado de ofício seria incabível e inconstitucional, pois não deixaria de estar promovendo atividade persecutória, ao arrepio do art. 129, I, da CF.

Neste sentido Ada Pellegrini Grinover, não admitindo a transação de ofício pelo juiz antes e mesmo após a denúncia, rechaçando, inclusive, a 13ª conclusão da chamada “Comissão Nacional de Interpretação” da qual fez parte, *verbis*:

A Comissão Nacional... no caso do art. 76 “(concluiu que), o juiz não poderia substituir-se à vontade do Ministério Público, porquanto ainda não existe processo e a homologação da transação representaria instauração da ação penal *ex officio*, mas para os casos dos arts. 79... poderia o juiz substituir-se à vontade do promotor... Mas, mesmo para transação posterior ao oferecimento da denúncia, permitir que o juiz homologue uma transação... contra vontade do Ministério Público, significa retirar deste o exercício do direito de ação, de que é titular exclusivo, em termos constitucionais...” ⁽¹⁶⁾

O Ministério Público, como é intuitivo, não poderá deixar de fundamentar a recusa de oferecimento da proposta (art. 43, III, da Lei 8.625/93), sendo que, no caso de omissão deverá ser provocado para aduzir suas razões.

Entendemos que a única solução para o caso de não oferecimento de proposta, fundamentada ou não, pelo Ministério Público, entendendo o juiz que o caso seria de transação, será a aplicação analógica do art. 28 do CPP, conforme sustenta Ada Pellegrini Grinover ⁽¹⁷⁾, pois, na verdade, o promotor está deixando de promover a retribuição estatal ao crime prevista em lei, ou seja: **aplicação imediata de pena não restritiva de liberdade**. Atinge-se aqui, também, o princípio da obrigatoriedade no sentido de que se deixa de propor pena prevista em lei.

Não sendo alcançada a composição (art. 74) e a transação penal (art. 76), o Ministério Público oferecerá a denúncia oral, mas, entretanto, conforme já visto, consoante o art. 79 da Lei 9.099/95, deverá haver nova tentativa de conciliação e transação no curso do processo.

IV. A representação nos delitos de lesões corporais

A Lei 9.099/95, por outro lado, dispõe em seu art. 88 que em relação aos crimes de lesões dolosas leves (art. 129, *caput*, do Código Penal) e de lesões culposas (art. 129, § 6º, do Código Penal), se passará a exigir representação, e, portanto, estes delitos que eram de ação pública incondicionada, passaram a ser de ação pública condicionada.

⁽¹⁵⁾ *Obra citada*, pág. 67.

⁽¹⁶⁾ *Obra citada*, págs. 125/126.

⁽¹⁷⁾ *Obra citada*, pág. 126.

Assim, nos inquéritos policiais em andamento na polícia judiciária relativos a tais delitos, a vítima deve ser intimada para apresentar representação formal.

Apesar de tratarem-se de inquéritos instaurados antes da vigência da lei, o art. 91 da lei é expresso no sentido da exigência de representação no prazo de trinta dias nas hipóteses que se passou a exigi-la, sendo que o art. 90 veda somente a **retroatividade das normas processuais** puras naqueles processos cuja instrução tenha iniciado, não podendo vedar a retroatividade de norma que tenha carga penal.

Trata-se aqui de norma processual mista, ou seja de caráter processual e penal, não se aplicando, quanto aos efeitos penais o princípio *tempus regit actum* (aplicação imediata) sem prejuízo dos atos antes praticados, previsto no art. 2º do CPP, pois, de acordo com Mirabete: “Se um preceito legal, embora processual, abriga uma regra de direito material, aplica-se a ela não o disposto no art. 2º do CPP, mas os princípios constitucionais que regem a aplicação da lei penal, ou seja de ultratividade e retroatividade da lei mais benigna.”⁽¹⁸⁾

Ora, tratando-se de hipótese que poderá levar à decadência por falta da representação formal, o que implicará em extinção de punibilidade, obviamente que a matéria é penal, intimamente ligada ao *jus puniendi*, e, assim a norma mais benéfica deve retroagir, beneficiando o agente do delito.

Em suma a representação, condição de procedibilidade, é de caráter processual, passando a exigência a ter incidência imediata, mas como a sua falta implica em decadência, instituto penal cuja ocorrência beneficia o réu, entendemos que em qualquer fase que se encontre o processo deve a vítima ser intimada a externar seu desejo de persecução penal. Interpretação outra do art. 90 da lei incidiria em flagrante inconstitucionalidade, por afrontar o princípio da retroatividade da *lex mitior*.

A representação na espécie deverá ser **expressa**, já que o art. 91 estabelece que, nos processos em andamento e nos casos que a lei passa a exigir representação, “o ofendido ou seu representante legal **será** intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.”

Obviamente que, nos processos já em andamento, nas hipóteses em que não for possível localizar a vítima e a vontade de processar por parte da vítima é inequívoca em suas declarações anteriores, tal manifestação equivalerá à representação, consoante a anterior interpretação doutrinária e jurisprudencial, pois não se exige aqui **representação formal, bastando manifestação do ofendido.**

Como se vê, prevê a lei, para as hipóteses que passa a exigir representação, prazo decadencial especial fora da regra geral do art. 103 do CP, que reza que o prazo decadencial será de seis meses. Tal exceção, obviamente, aplica-se somente transitoriamente aos feitos já em andamento, como verdadeira condição de prosseguibili-

⁽¹⁸⁾ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*, S.P., Atlas, 1994, pág. 32.

dade, já que, em se tratando de delito praticado após a vigência da lei nova o prazo continua sendo o previsto no CP de seis meses, sendo que a **representação deverá ser apresentada oralmente e reduzida a termo** (formal e expressamente), perante o Juizado na fase judicial preliminar, logo que não realizado o acordo, *ex-vi* do art. 75, e, caso não seja oferecida a representação, de imediato, a vítima poderá ainda oferecê-la no prazo decadencial normal de seis meses (parágrafo único).

Apesar do entendimento acima esposado, e que é majoritário na já existente doutrina, existem doutrinadores que entendem contrariamente, como se vê da opinião do sempre respeitável Julio Fabbrini Mirabete.

O ilustre autor rebate a conclusão de que a exigência da representações e dá em qualquer fase do processo, *verbis*:

“Iniciado o processo antes de entrar em vigor a lei que passou a exigir esta condição de processabilidade, não há que se falar em decadência do direito de representação e, portanto, na sua falta como causa de extinção da punibilidade. Não se pode falar na perda do direito de representação quando este foi exercido regularmente... Não é possível sujeitar agora o **prosseguimento da ação penal** à essa condição de procedibilidade que, por sua natureza, deve anteceder à propositura da ação penal.”⁽¹⁹⁾

Ousamos discordar do referido mestre, apesar da brilhante argumentação de sua tese a princípio impressionar.

Na verdade, o legislador, apesar de assim não se referir, estabeleceu verdadeira **norma transitória consistente em condição de prosseguibilidade**.

Ora, sendo o disposto no art. 88 e 91 da Lei 9.099/95 norma mista, já que contém carga penal, uma vez que a decadência extingue a punibilidade, obviamente que não se pode diferenciar as fases processuais para a sua aplicação imediata.

Frederico Marques já manifestou entendimento similar ao de Mirabete, entendendo que não se aplicaria o princípio da *lex mitior* à representação prevista em lei posterior⁽²⁰⁾, mas, em outra ocasião, reconsiderando seu ponto de vista, acabou reconhecendo ser a representação norma mista, penal e processual, e sendo lei mais favorável deveria retroagir⁽²¹⁾. Assim, ficamos com Frederico contra Frederico.

Considere-se ainda que se tratando de **imperativo constitucional** a reatratividade da lei mais benéfica não pode sofrer limitações.

Entendemos que o legislador não foi feliz, já que, ao invés de denominar a espé-

⁽¹⁹⁾ MIRABETE, Julio Fabbrini. A representação e a Lei 9.099/95, in “Ministério Público Paulista”, S.P., APMP, ano II, n° 8, 1995, pág. 15.

⁽²⁰⁾ Cf. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*, vol. 1, S.P., Saraiva, 1980, págs. 72/73.

⁽²¹⁾ Cf. Autor citado, *Curso de Direito Penal*, vol. I, pág. 194.

cie de decadência, poderia ter estabelecido hipótese de **perempção**, face à inércia do ofendido.

Nenhum empecilho teria o legislador para isto, já que de acordo com Tourinho Filho "... a perempção não é instituto próprio e exclusivo de ações penais privadas. O fato de nosso legislador, até então, tê-la reservado para tais tipos de ação penal, não constituía, como não constitui, nenhum óbice a estendê-la a outros tipos de ação penal. Observe-se que, no Anteprojeto Frederico Marques, em várias passagens, admitiu-se a perempção em casos de ação penal pública." (22)

De qualquer modo, o fato do legislador ter erigido a espécie como decadência por falta de representação, não causa maiores dificuldades na sua aplicação no curso do processo.

Tal como no processo civil, cabe ao juiz, também no processo penal, a qualquer momento, até e mormente na sentença, o exame das condições para o exercício da ação penal e da existência das condições de procedibilidade.

Apesar do art. 43 do CPP fixar o momento do exame da denúncia e de seu recebimento como próprio para a rejeição da exordial por falta da condição de procedibilidade, tal não constitui óbice para o reconhecimento posterior, consoante expressamente dispõe o art. 61 do CPP:

“Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício.

Parágrafo único. No caso de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do réu, o juiz mandará autuá-lo em apartado, ouvirá a parte contrária e, se julgar conveniente, concederá o prazo de cinco dias para a prova, proferindo a decisão dentro de cinco dias ou reservando-se para apreciar a matéria na sentença final.”

O próprio Mirabete ensina que: "... prevendo o art. 61, *caput*, que o juiz deve reconhecer, durante a ação penal de ofício, **qualquer** causa extintiva de punibilidade... As causas extintivas de punibilidade previstas no art. 107 do CP são: ... a prescrição, a **decadência** e a perempção..."(23) (grifo nosso).

E ainda em seu *Processo Penal*, afirma que "A falta de representação do ofendido, por exemplo, dá causa à decisão de absolvição da instância na fase preambular do processo (ocasião para o recebimento da denúncia) ou decisão de mérito, ao julgar-se, afinal, que deveria haver representação, e, na ausência desta, declarar extinta a punibilidade." (24)

(22) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. I, S.P., Saraiva, 1984, pág. 547.

(23) MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*, S.P., Atlas, 1994, pág. 118.

(24) MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, S.P., Atlas, 1995, pág. 110.

Tanto é assim que a **falta da representação** é sancionada como nulidade absoluta, a ser declarada a qualquer momento, na forma do art. 564 item III, "a", do CPP.

Em face disto, no caso de um processo em que, apesar da exigência de representação, foi instaurado mediante denúncia indevidamente recebida, a qualquer momento, notada a nulidade, o juiz poderá decretá-la de ofício, anulando o feito *ab initio*.

Igualmente, entendíamos que esta seria a solução para o caso da Lei 9.099/95, caso não fosse apresentada a representação no prazo de trinta dias. Entretanto, melhor analisando, considerada a espécie como exigência de representação em lei nova, e, no caso do art. 91 norma transitória, ou seja, verdadeira condição de prosseguibilidade, pensamos que aqui basta a utilização do art. 61 combinado com 107 do CP, reconhecendo-se a extinção da punibilidade, não sendo caso de anulação dos atos anteriores, que eram válidos na forma da lei então vigente.

V. A suspensão condicional do processo

A **suspensão condicional do processo**, prevista na Lei 9.099/95, também é medida despenalizadora⁽²⁵⁾ e consiste, a princípio, em **transação**, conforme o permissivo do art. 98, I, da Constituição, já que "tanto o Ministério Público como o acusado cedem. O primeiro dispõe sobre o prosseguimento da persecução, o segundo sobre uma parcela de seus direitos e garantias"⁽²⁶⁾

Trata-se de norma processual mista, com disponibilidade da ação penal pública ou abstenção de aplicação do *jus puniendi*, de efeito penal, pois implica em extinção da punibilidade. É, assim, *lex mitior*, retroagindo a casos pretéritos, *ex-vi* do art. 5º, XL da Constituição Federal e 2º do Código Penal.

É inconstitucional o art. 90 da Lei 9.099/95, se interpretado no sentido de restringir a aplicação da suspensão condicional do processo após o início da instrução criminal, uma vez que se trata de *lex mitior*, não podendo a lei sobrepor-se à Constituição.

De acordo com o texto do art. 89 da lei:

"Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por essa lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP)."

⁽²⁵⁾ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini *Juizados Especiais Criminais*. S.P., Ed. Revista dos Tribunais, 1996, pág. 18.

⁽²⁶⁾ GOMES, Luiz Flávio. *A Suspensão Condicional do Processo Penal*. S.P., Ed. Revista dos Tribunais, 1995, pág. 125.

Assim, ao reverso do requisito para a fixação da competência do juizado especial, ou de identificação dos delitos de menor potencial ofensivo, aqui considera-se a **pena mínima** e não a máxima cominada, devendo esta ser igual ou inferior a um ano.

No que diz respeito ao âmbito de admissibilidade, o próprio dispositivo alerta que o instituto se aplica aos crimes **abrangidos ou não pela Lei 9.099/95**. É que a suspensão condicional do processo foi inserida na lei de forma oportunista, permitindo, assim, a aplicação imediata de instituto genérico, que já era previsto para vigorar na futura reforma processual penal.

Uma vez presentes os requisitos legais em favor do acusado, o Ministério Público tem o poder-dever de propor a suspensão, dispondo, assim, da persecução penal e de uma futura aplicação da pena, considerando que, cumpridas as condições acordadas com o acusado, sem ocorrer revogação, dar-se-á a extinção da punibilidade.

De acordo com Luiz Flávio Gomes, trata-se do princípio da oportunidade regrada, já que “em algumas hipóteses taxativamente previstas em lei, pode o Ministério Público dispor da *persecutio criminis* para propor alguma medida alternativa.”⁽²⁷⁾

Preferimos, no entanto, a definição de **disponibilidade regrada**, já que, a nosso ver, melhor se adequa ao momento processual, pois já existe processo.

Obviamente que, apesar da previsão legal de que o momento oportuno para a proposta é o do oferecimento da denúncia, se não estiverem presentes os requisitos legais (por exemplo, a prova de primariedade), o Ministério Público não poderá propor a medida, aguardando-se a demonstração dos requisitos ainda não presentes nos autos.

Por outro lado, trata-se de suspensão do **processo**, e, assim, s.m.j., necessário é o **prévio recebimento da denúncia**, não podendo ser o processo suspenso sem o recebimento.

Neste sentido Luiz Flávio Gomes: “... o que se suspende é o próprio processo *ab initio* – O momento do oferecimento da denúncia é o corretamente adequado, em princípio, para a concretização da proposta de suspensão...” e mais adiante esclarece “... chega-se à inequívoca conclusão de que o recebimento da denúncia é pressuposto da suspensão do processo. O juiz, diz o texto legal, **recebendo a denúncia**, poderá suspender o processo...”⁽²⁸⁾

A iniciativa da proposta é deferida ao Ministério Público, como parte que é, com exceção de eventual ação penal subsidiária da pública, uma vez que o instituto só é aplicável à ação penal pública.

É vedada a atuação *ex officio* do juiz, pois tal implicaria em ferir o princípio acusatório, considerando que a **transação se dá entre partes, e o juiz não é parte**.

⁽²⁷⁾ *Obra citada*, pág. 130.

⁽²⁸⁾ *Obra citada*, págs. 124 e 177.

Entretanto, sendo caso de poder-dever do Ministério Público, se este não fizer a proposta quando cabível, a defesa poderá requerer o benefício, e, aí sim, poderá o juiz concedê-lo uma vez que, em se tratando de processo e já havendo jurisdição, deverá haver o controle judicial, cabendo ao MP o meio recursal.

A situação aqui é diversa do que ocorre em relação à transação do art. 76, já que existe processo e jurisdição e não se trata de aplicação de pena e sim de um benefício e direito do acusado. O que não pode é haver proposta do juiz, que não é parte no processo, concessão da medida sem provocação.

Destarte, não comungamos com a douta opinião de Damásio de Jesus, no sentido de que o juiz pode agir de ofício⁽²⁹⁾, pois para a sua atuação é necessária a provocação.

Outra questão divergente é a referente ao papel da vítima, e, entendemos que, apesar de opiniões no sentido de maior participação da vítima na suspensão condicional do processo⁽³⁰⁾, esta, não sendo parte, não pode interferir na transação.

Entendemos que não tem a vítima **interesse** ou legitimidade para impedir ou, inclusive, apelar da decisão que concede a suspensão, mesmo se habilitada como assistente⁽³¹⁾, já que esta não é parte, e a transação se dá entre partes.

A vítima não tem interesse na **aplicação da pena** e sim em eventual reparação do dano (cível), sendo que não concordamos com a observação de Luiz Flávio Gomes de que a vítima não pode interferir na transação, mas pode se habilitar como assistente. Ora, ou se tem interesse ou não se tem.⁽³²⁾

Duas outras questões referentes ao âmbito e requisitos de admissibilidade da medida geram desencontro da doutrina e mesmo na prática do foro. O primeiro diz respeito ao **concurso de crimes** e o segundo às **causas gerais ou especiais de diminuição de pena**.

Dispõe o art. 89 da Lei 9.099/95 que somente é possível a suspensão condicional do processo quando a **pena mínima cominada abstratamente for igual ou inferior a um ano**.

Quando o agente pratica crimes, através de uma ou diversas ações penais, que “estejam ligadas por circunstâncias várias”, segundo Mirabete, “estamos diante do chamado **concurso de crimes** (*concursum delictorum*), que dá origem ao concurso de penas.”⁽³³⁾

(29) *Obra citada*, págs. 92/93.

(30) Cf. Flávio Gomes, *obra citada*, pág. 166.

(31) Temos entendido que o instituto da Assistência está revogado pela Constituição de 1988, conforme nosso artigo *A Assistência ao Ministério Público e a Constituição de 1988*, in “Livro de Estudos Jurídicos”, 3, R.J., IEJ, 1991, págs. 257-266.

(32) *Ob. citada*, pág. 167.

(33) MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. S.P., ed. Atlas, 1990, pág. 311.

Consoante Damásio de Jesus, no que tange à suspensão condicional do processo, no caso de concurso de crimes “as penas abstratas não podem ser somadas para o fim de impedimento da medida.”⁽³⁴⁾

Luiz Flávio Gomes, por outro lado, em posição também ratificada por Ada Pellegrini Grinover, afirma que “se todos os mínimos somados excedem a um ano, não será possível, em princípio, a suspensão, por razões de **mérito**... é dizer, podem não estar presentes os requisitos do art. 77 do CP (culpabilidade, boa personalidade, bons antecedentes, etc.), exigidas pelo art. 89”.⁽³⁵⁾

Pensamos que ambas as posições doutrinárias não estão embasadas na melhor interpretação. Com efeito, tudo parece residir em uma falsa premissa, por se ter em mente a norma do art. 119 do CP, referente à prescrição, que estabelece que, no **concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sob a pena de cada um, isoladamente.**

Entretanto, tratam-se de institutos diversos, a prescrição de natureza penal e a suspensão de natureza mista, incidindo, no caso, a sua natureza processual. Valem aqui as observações já aduzidas ao tratarmos da transação no Juizado Especial.

Caso o legislador quisesse considerar a aferição autônoma das penas de cada crime no caso de concurso, assim teria **regrado** no art. 89 da Lei 9.099/95.

Ao contrário, estabeleceu que a **pena mínima cominada deve ser inferior ou igual a um ano, e desde que o acusado não esteja sendo processado...** e aqui está o cerne da questão.

Ora, no concurso de crimes existem vários crimes cometidos pelo mesmo agente, importando, no mais das vezes, **em conexão ou continência.** Assim, pela regra do art. 79 do CPP, deverá haver **unidade de processo e julgamento.**

Não obstante, pode haver a separação dos processos (art. 80), e não é incomum, conforme se vê na prática, delitos em concursos processados em feitos diversos, daí porque o art. 82 prevê a avocação, podendo, ainda, ocorrer a **unificação de penas,** após o trânsito em julgado.

Não há como se negar, assim, que na verdade, o acusado está **sendo processado por mais de um delito, ou por mais de uma vez,** sendo que o que existe é uma reunião de processos para melhor aplicação do **concurso de penas,** o que, na forma da Lei 9.099/95, impede a concessão da suspensão condicional do processo.

Destarte, a melhor solução é a de se somar as penas mínimas dos crimes em concurso, com o respectivo acréscimo legal, e, se não atingir um ano, tem-se como possível a aplicação do benefício; mas caso ultrapasse um ano não, pois afrontará o âmbito de admissibilidade fixado no art. 89 da Lei 9.099/95, não havendo necessidade de aferição dos requisitos subjetivos para admissão do *sursis*, para solucionar a questão.

⁽³⁴⁾ JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. S.P., Saraiva, 1995, pág. 100.

⁽³⁵⁾ GOMES, Luiz Flávio. *Ob. citada*, pág. 149. Grinover, Ada Pellegrini. *Ob. citada*, pág. 199.

Em relação à admissibilidade do benefício quando se trata de **causa geral ou especial de diminuição de pena**, Luiz Flávio Gomes, trazendo o exemplo da tentativa, conclui pela impossibilidade, pois "... em termos abstratos, para o efeito de se possibilitar ou não a suspensão do processo (tal como sucede com a prescrição, por exemplo) temos que levar em conta a **diminuição mínima possível da tentativa (que é de um terço)**. Não encontramos nenhum crime com pena mínima abstrata cominada superior a um ano em que fosse possível a suspensão do processo, depois de feita a **diminuição de um terço** da tentativa abstratamente" (grifo nosso).⁽³⁶⁾

Damásio de Jesus, por sua vez, não contempla a possibilidade do benefício neste caso, não fazendo menção à espécie.⁽³⁷⁾

Ora, obviamente trata-se de verdadeiro equívoco, imperando aqui, outra vez, a confusão com o instituto da prescrição.

Não há dúvida que no caso da prescrição, como deve ser considerado o **máximo in abstrato da pena**, também deve ser considerado, em contrapartida, o **mínimo da redução** da causa geral ou especial de diminuição de pena, pois só assim será obtido o necessário **máximo da pena em abstrato**.

Entretanto, no caso em exame a situação é oposta, pois cogita-se do **mínimo cominado**, que, para ser obtido, deve ser considerado o **máximo da diminuição**, e não o mínimo.

Veja-se o exemplo da tentativa de furto qualificado: a pena mínima é de dois anos, e, aplicando-se o **máximo da redução da tentativa**, que é de **dois terços**, teremos a pena mínima abstratamente cominada para a espécie de oito meses, sendo, portanto, possível a aplicação da medida.

Por fim, cabe salientar que, se tratando a suspensão condicional do processo de benefício para o acusado, e tendo esta como requisito de admissibilidade a pena mínima de um ano prevista abstratamente, a qualificação dada na denúncia para o fato típico assume contornos de extrema importância.

Assim, se um delito na forma simples pode permitir a imediata suspensão condicional do processo, a sua forma qualificada poderá não permitir, ou a forma consumada não permite e a forma tentada sim.

Destarte, o promotor deve bem adequar a qualificação legal ao fato típico com base na prova produzida, sendo que, havendo qualificação a mais, de molde a impedir a concessão do benefício, sem o mínimo de suporte probatório, o juiz poderá rejeitar, nesta parte, a denúncia.

Por outro lado, considerando-se que o que conta é o fato narrado na denúncia e não sua qualificação legal, a medida poderá ser concedida aplicando-se a *emendatio libelli*, prevista no art. 383 do CPP, v.g. a denúncia narra evidente hipótese de furto qualificado a imputação como roubo.

⁽³⁶⁾ Ob. citada, págs. 147/148, seguido por Ada Pellegrini Grinover, ob. citada, págs. 197/198.

⁽³⁷⁾ Ob. citada, págs. 89/104.

Quid juris se, com base em suporte probatório do inquérito, o acusado é denunciado e processado por delito que não comporta a suspensão condicional do processo (v.g. roubo), e, no decorrer da instrução criminal vislumbra-se que a hipótese é de delito menos grave (v.g. furto) que admite tal benefício ao acusado?

Temos observado que alguns entendem, e assim materializam na prática do foro, que o promotor deve “aditar” ou “retificar” a denúncia para propiciar a oportunidade da proposta de suspensão e sua concessão, com base na nova qualificação.

Discordamos da solução proposta, uma vez que, como é sabido, o aditamento visa **acrescer** um novo fato ou um novo réu ou ainda **umentar e qualificar** o delito imputado. Aditar é, sem dúvida, crescer. Retificar por sua vez, é forma imprópria de aditamento, consistente na aplicação do art. 569 do CPP, ou seja para suprir omissões da denúncia, esclarecê-la, ou mesmo adequar a qualificação ao fato já narrado.

Assim, à toda evidência, não é possível **retirar imputação**, ou modificá-la para menos, via “aditamento” ou “retificação”, já que iniciado o processo penal com uma imputação, e não sobrevivendo acréscimo na mesma, deve esta desaguar na sentença, não podendo haver subtração de imputação no curso do processo, o que feriria o princípio da indisponibilidade da ação penal pública.

Consoante esclarece Mirabete: “assim como o Ministério Público não pode deixar de oferecer a denúncia quando da existência do crime que se apura mediante ação penal pública, também não pode desistir dela após tê-la proposto.”⁽³⁸⁾

Frise-se que a Lei 9.099/95 atenua o princípio da indisponibilidade, **mas somente nos casos elencados**, já que se trata de **disponibilidade regrada**.

Tecnicamente a hipótese é de **desclassificação** e não de “aditamento”, a ser operada ao final da instrução pelo juiz ou a pedido das partes.

Segundo Vicente Greco Filho “a desclassificação é o reconhecimento da existência de um crime menos grave cujos elementos fáticos estão integralmente contidos na descrição da denúncia ou queixa, como por exemplo de roubo para furto, de homicídio para lesão corporal.”⁽³⁹⁾

Entretanto, caso seja comprovada a existência de elementos não contidos na denúncia a ensejar reconhecimento de delito menos grave, também é possível a desclassificação, só que antes deve ser cumprido o disposto no artigo 384, com vista anterior à defesa.

Portanto, na espécie devem ser aplicados os arts. 383 e 384 do CPP, e, assim, após a colheita de provas, se o juiz, ao sentenciar, vislumbrar a possibilidade de aplicação de delito menos grave que autorize a suspensão do processo, deve dar vista ao Ministério Público para oferecimento da proposta.

⁽³⁸⁾ *Obra citada*, pág. 93.

⁽³⁹⁾ FILHO, Vicente Greco. *Manual de Processo Penal*, S.P., Saraiva, 1993, pág. 288.

Por outro lado, se o Ministério Público entender que a hipótese é de desclassificação deverá pedi-la em Alegações Finais, propondo desde já a suspensão condicional do processo.

Este é o entendimento de Luiz Flávio Gomes: "A desclassificação do delito pode ensejar a suspensão do processo *fora do seu tempo normal* (que é o da denúncia nos termos do art. 89)... Encerrada a instrução, percebe-se que a qualificadora não resultou comprovada. O juiz terá que aplicar o art. 384 do CPP."⁽⁴⁰⁾

Argumenta-se que o juiz estaria fazendo julgamento de mérito fora da sentença, o que seria incabível.

Porém, inexistente óbice para tal. Trata-se de preliminar de admissibilidade, sendo que aqui não se **julga o mérito** como na sentença, pois o que se faz é um juízo prévio sobre a imputação que poderá ensejar a suspensão condicional do processo e que **impedirá** o exame do mérito em relação à nova imputação na sentença.

Ora, ninguém até hoje questionou a aplicação do procedimento previsto no artigo 384 do CPP, em que o juiz, **vislumbrando que poderá ser reconhecido delito em que exista elemento não contido na denúncia, ao invés de prolatar a sentença dá vista à defesa para pronunciamento**. Não estaria também fazendo exame de mérito fora da sentença propriamente dita?

A hipótese é a mesma, só que no caso da suspensão condicional do processo tal reconhecimento obstará a prolação da sentença.

Frise-se que, na verdade, a natureza do ato jurisdicional da suspensão condicional do processo é de **decisão interlocutória com força de definitiva**⁽⁴¹⁾, e como tal, como tantas outras previstas no CPP, admite certa margem de exame de mérito, **sem resultar, porém, em exame definitivo**.

Assim, é curial observar, que, na hipótese em exame, concedida a suspensão e descumprida pelo acusado alguma condição, esta pode ser revogada, nada impedindo que o magistrado, com base em prova superveniente que venha a confirmar a denúncia, venha a condenar o acusado na forma da imputação desta, já que persiste a possibilidade de correlação processual com a inicial, apesar da desclassificação preliminar para fins de aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95.

Da mesma forma o juiz que der vista para a defesa para fins do artigo 384 do CPP não fica impedido de condenar o acusado na forma da denúncia, pois o **exame de mérito sobre a procedência da imputação é feito na sentença**.

Assevere-se que mesmo após proferir a sentença condenatória em delito que admite o benefício cabe ao juiz sentenciante, mediante proposta do Ministério Público, propiciar a suspensão condicional do processo, marcando audiência especial de transação, com a fixação das condições e fiscalização do cumprimento das mesmas, a exemplo da audiência admonitória do *sursis*.

⁽⁴⁰⁾ *Obra citada*, pág. 155.

⁽⁴¹⁾ GOMES, Luis Flávio. *Obra citada*, pág. 141.

Consoante Vicente Greco Filho “é comum exagerar a idéia de que o juiz, com a sentença de mérito, encerra a função jurisdicional. É preciso entender que ele a esgota quanto ao pedido, não podendo modificá-la fora das exceções legais...”⁽⁴²⁾

De acordo com Weber Martins Martins Batista, mesmo em grau de recurso... “o Tribunal deverá baixar o processo ao órgão de primeiro grau... para a tentativa de conciliação, com composição civil, ou transação... Na hipótese de, baixados os autos, não ser concedida a suspensão condicional do processo, que o acusado entende cabível, pode este recorrer...”⁽⁴³⁾

Assim, com base nos princípios orientadores da lei em questão, ou sejam a informalidade, celeridade e economia processual, vislumbrando o Ministério Público, após sentença não transitada em julgado, a possibilidade de proposição da suspensão condicional do processo, deverá assim proceder, não esperando a providência pelo Tribunal.

No caso de já ter sido concedido *sursis*, considerando a similaridade das condições, poderá este ser mantido, mas, entretanto, com efeito da final **extinção da punibilidade**, sendo, assim, aplicada a *lex mitior*.

Nesse sentido Weber Martis Batista em relação a *sursis* já concedido: “Se houve reparação do dano ou isso era impossível, o tribunal manterá a concessão da medida, retirando-lhe, no entanto, os efeitos não previstos na Lei 9.099/95, tudo de acordo com o art. 89 e seus parágrafos.”⁽⁴⁴⁾

Portanto, é necessário o socorro às normas processuais vigentes para suprir as omissões da Lei 9.099/95, mas isto sem sacrificar a sua especial peculiaridade e propósito e mesmo princípios próprios, ou sejam, a informalidade, simplicidade, celeridade e economia processual, como delineou o legislador no artigo 2º da lei.

⁽⁴²⁾ Autor e obra citados, pág. 286/287.

⁽⁴³⁾ BATISTA, Weber Martins. Lei 9.099/95 e Direito Intertemporal, in “Ensaio Jurídico - O Direito em Revista”, n. 1, RJ, IBAJ, 1996, pág. 530/531.

⁽⁴⁴⁾ Obra citada, pág. 531.

* Marcellus Polastri Lima é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

**Crimes "militares" dolosos contra a vida
cometidos contra civil
(Lei n° 9299/96)**

MARCELO PEREIRA MARQUES (*)

I – Direito Penal e Direito Penal Militar

O Direito Penal Militar constitui, no ordenamento jurídico brasileiro, Direito Penal especial.

Com apoio na definição do renomado penalista Damásio E. de Jesus para o Direito Penal ⁽¹⁾, e levando-se em conta o caráter especial do Direito Penal Militar, pode-se defini-lo como o conjunto de normas que ligam ao crime militar, como fato, a pena como conseqüência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do *ius puniendi* estatal.

Convém esclarecer o que confere ao Direito Penal Militar o caráter de Direito Penal especial.

Conforme a melhor doutrina, Direito Penal comum e Direito Penal especial distinguem-se conforme o órgão jurisdicional que os aplica.

Transcreve-se, na oportunidade, o notável magistério de José Frederico Marques ⁽²⁾, *verbis*: "Direito comum e direito especial, dentro de nosso sistema político, são categorias que se diversificam em razão do órgão que deve aplicá-los jurisdicionalmente. Este é o melhor critério para uma distinção precisa, pelo menos no que tange ao direito penal; se a norma penal objetiva somente se aplica através de órgãos especiais constitucionalmente previstos, tal *norma agendi* tem caráter especial; se a sua aplicação não demanda jurisdições próprias, mas se realiza através da justiça comum, sua qualificação será a de norma penal comum."

Examinando-se a Constituição da República, infere-se que o Direito Penal Militar, é de fato, especial, porquanto a aplicação das normas jurídicas que o compõem é conferida à Justiça específica: a Justiça Militar Federal e as Justiças Militares estaduais (art. 124 e art. 125, §§ 3° e 4°).

II – A competência da Justiça Militar

Segundo a Lei Maior, compete à Justiça Militar federal processar e julgar os crimes militares definidos em Lei (art. 124, *caput*) e às Justiças Militares estaduais

processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei (art. 125, § 4º).

Analisando o art. 124 da Constituição da República, em raciocínio também aplicável ao art. 125, § 4º, da Lei Maior, o douto José Afonso da Silva ⁽³⁾ assinala: "... a lei nada mais pode fazer, quanto à competência, que repetir e desdobrar esse núcleo de competência já constitucionalmente estabelecido: processar e julgar os crimes militares."

Vale dizer que a lei definidora da competência da Justiça Militar não pode ampliar ou restringir o seu âmbito de atuação, conferindo-lhe o processo e o julgamento de crimes comuns, ou retirando de seu alcance crime(s) militar(es). Se a lei assim dispusesse, seria inconstitucional, já que, "todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se conformarem com as normas da Constituição Federal." ⁽⁴⁾

Lei neste sentido feriria ainda o princípio do juiz natural, assegurado no art. 5º, XXXVII e LIII, da C.R., dispositivo legal dedicado aos direitos e garantias fundamentais.

Por força deste princípio, é garantido a todos o direito de ser processado e julgado pela Autoridade Judiciária competente (em termos mais genéricos, pela Justiça competente), e o texto constitucional define a competência de cada uma das Justiças, em normas que não podem ser excepcionadas pela legislação infraconstitucional, em face da posição hierarquicamente superior daquelas em face desta.

III – A Lei nº 9299, de 7 de agosto de 1997, e suas modificações quanto aos crimes dolosos contra a vida

A Lei nº 9299, de 7 de agosto de 1996 (D.O.U. de 08.08.96), dentre outras inovações, acrescentou parágrafo único ao art. 9º do DL nº 1001/69 (Código Penal Militar), do seguinte teor:

"Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum."

Referida lei ainda modificou o *caput* do art. 82 do DL nº 1002/69 (Código de Processo Penal Militar), acrescentando-lhe o § 2º, resultando nesta redação:

"Art. 82. O foro militar é especial e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos, em tempo de paz:

§ 1º (...)

§ 2º Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum."

Com tais modificações, a Lei 9299/96 retirou da competência das Justiças Militares (federal e estaduais) o processo e o julgamento dos crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil, que, à luz do art. 9º do C.P.M., seriam crimes militares.

Ao fazê-lo, de forma indireta, dispôs que mencionados crimes não são mais militares, tanto que passaram a ser da competência da Justiça comum, e, repita-se, à Justiça Militar somente cabe o processo e o julgamento dos crimes militares.

Deixando de serem julgadas pela Justiça Militar, as infrações penais em questão tornaram-se crimes comuns, compondo, na sua definição legal, o Direito Penal comum, que, como visto, é aplicado pela Justiça comum.

Outra não pode ser a conclusão: se, conforme a Constituição da República, cabe à Justiça Militar o processo e o julgamento dos crimes militares, e se, com o advento da Lei 9299/96, os crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil, tratados no art. 9º do C.P.M. são da competência da Justiça comum, evidencia-se que estes crimes não são militares, pois, do contrário, seriam julgados pela Justiça Militar, sob pena de grave violação constitucional.

Esta, a propósito, era a orientação que se procurou dar à matéria desde o início, conforme Anexo II do Projeto de Lei da Câmara nº 899, de 1995, do Deputado Federal Hélio Bicudo. Confira-se:

“Dispõe sobre a descaracterização do crime militar, nas hipóteses que menciona, define a competência da Justiça Militar local e dá outras providências.

Art. 1º *Não constituem crimes militares* aquelas infrações penais, ainda que cometidas por policiais militares ou por bombeiros militares, nas condições previstas no art. 9º, do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar, e que venham a ser praticadas:

I – Contra civil, desde que o agente esteja no exercício de atividade de policiamento;

II – em atividades que não guardem relação com o serviço policial militar ou com o cumprimento de missão de igual natureza” (9) (grifou-se).

Embora inicialmente se pretendesse “desmilitarizar” somente os crimes cometidos contra civis pelos integrantes das milícias estaduais, nas condições constantes do texto acima transcrito, a redação final da lei que modificou o C.P.M., terminou por ir além, transformando em crime comum todo crime doloso contra a vida, praticado contra civil, cometido por militar, nas hipóteses do art. 9º do C.P.M.

Ousada neste ponto, a lei foi tímida ao prever que a apuração do fato será feita mediante inquérito policial militar (nova redação do art. 82 do C.P.P.M.).

A manutenção do I.P.M. para tais crimes é ainda inconstitucional.

Com efeito, ao dispor que, nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, nas situações do art. 9º do C.P.M., a apuração do fato e da autoria será feita em inquérito policial militar (I.P.M.), violou o texto constitucional, cujo art. 144, § 4º reza:

“Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

De acordo com o dispositivo constitucional ora transcrito, somente se excluem da competência investigatória das polícias civis estaduais as infrações penais de competência da polícia federal e os crimes militares.

Ora, como os crimes dolosos contra a vida, cometidos contra civil, tratados no art. 9º do C.P.M., passaram a ser crimes comuns, resta evidente que a investigação dos mesmos cabe, por imperativo constitucional, às polícias civis, as quais, enquanto não for declarada a inconstitucionalidade legal ora apontada, desde já se legitimam a investigá-los, com fulcro em sua atribuição constitucional, que prevalece sobre a legislação ordinária.

Da mesma forma, não há sentido algum de o inquérito policial ser encaminhado à Justiça Militar, para, então, ser remetido à Justiça comum. É forçoso aplicar o art. 23 do Código de Processo Penal, remetendo-se os autos do inquérito à Justiça comum, sem a interveniência da Justiça Militar.

IV – Conclusões

1 – O Direito Penal Militar é especial porque aplicado por órgão jurisdicional específico: a Justiça Militar.

2 – Compete à Justiça Militar o julgamento dos crimes militares, competência esta que, no âmbito estadual, é restrita aos policiais militares e bombeiros militares (C.R., art. 124, *caput*, e art. 125, § 4º).

3 – A Lei nº 9299/96, ao acrescentar parágrafo único ao art. 9º do C.P.M., dispondo que os crimes ali tratados, quando dolosos contra a vida, e praticados contra civil, são da competência da Justiça Comum, transformou-os em crimes comuns.

4 – O § 2º do art. 82 do C.P.P.M., acrescentado pela Lei nº 9299/96, ao manter o inquérito policial militar para os crimes referidos no art. 9º do C.P.M., dolosos contra a vida, e cometidos contra civil, afrontou a Constituição da República, pois, sendo crimes comuns, a atribuição investigatória é das polícias civis (C.R., art. 144, § 4º).

* **Marcelo Pereira Marques** é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro e Professor da Universidade Veiga de Almeida.

Bibliografia

- 1 – Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, 1º volume, parte geral, Editora Saraiva, 19ª edição, 1995, pág. 05.
- 2 – José Frederico Marques, *Curso de Direito Penal*, volume I, Editora Saraiva, 1954, págs. 20/21.
- 3 – José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Editora Revista dos Tribunais, 1989, pág. 492.
- 4 – *Idem*, pág. 45.
- 5 – In Altamiro de Araújo Lima Filho, *Crimes Militares Dolosos Contra A Vida*, Editora de Direito, 1996, págs. 99/100.

Aspectos Polêmicos da Lei nº 9271/96

MARCOS ANDRÉ CHUT (*)

Em 17 de junho de 1996 entrou em vigor a Lei nº 9271/96, que alterou os artigos 366 *usque* 370 do Código de Processo Penal, cujo escopo principal foi sem dúvida minimizar os deletérios efeitos da citação por edital.

A preocupação do legislador com a comunicação do acusado acerca do teor da acusação contida na denúncia, tendo como pano de fundo os princípios constitucionais da ampla defesa (mais precisamente a autodefesa) e do contraditório foi inegável.

A justificação à Mensagem nº 1269/94 do Poder Executivo espanca quaisquer dúvidas quanto à intenção do legislador. Confira-se:

“A citação por edital leva à incerteza quanto ao conhecimento, pelo acusado da acusação a ele imputada, o que pode motivar a alegação posterior de cerceamento de defesa. Com efeito, os princípios da ampla defesa e do contraditório, adotados no ordenamento jurídico brasileiro, e a previsão da Constituição Federal de que ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (artigo 5º inciso LXI) conferem respaldo à nova pretensão do artigo 366, ainda mais quando a ela se acrescenta (§ 1º) a autorização para que se produzam, antecipadamente as provas consideradas de maior urgência.”

A edição legislativa refletiu a tendência da moderna doutrina processual, à nível inclusive internacional, como se infere do Pacto Internacional de Direitos Civis e da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8º). Cumpre ainda ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira de reiteradas decisões semelhantes, já firmou entendimento de que **“o acusado, sendo cientificado pessoalmente do julgamento a ser celebrado pelo Tribunal do Júri, tem direito de não comparecer, mesmo em se tratando de crime inafiançável”** (RT 710/344).

Os dispositivos legais citados, mais uma vez aprovados de afogadilho, têm gerado intensa polêmica no meio jurídico, dificultando sobremaneira a tarefa dos aplicadores da lei (juízes, promotores e advogados), face ao elevado número de controvérsias que vem sendo levantadas.

De início, dispõe o artigo 1º da Lei 9271/96:

“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 a prisão preventiva, nos termos do artigo 312.”

Primo ictu oculi, a interpretação da aludida norma mostra-se duvidosa sob duplo aspecto; a uma em relação à suspensão do processo e do prazo prescricional; a duas em face do subjetivismo do termo “urgente” indispensável para o deferimento da medida cautelar de produção antecipada da prova.

No que tange à primeira etapa da tormentosa *quaestio*, temos como incontestável que a norma é de natureza mista ou híbrida, abordando matéria relativa a direito penal material (prescrição), bem como matéria de natureza tipicamente processual (suspensão do processo), causando embaraço de direito intertemporal.

Com efeito, embora interdependentes os Direitos Penal e Processual, eis que o primeiro existe efetivamente através do segundo, na prática surgem dificuldades quanto ao âmbito temporal de sua eficácia. Logo, se é certo que em matéria processual vigora o princípio *tempus regit actum*, impondo a aplicação imediata do *novel* texto legal, *ex vi* do disposto no artigo 2º do Código de Processo Penal, em matéria penal vige o princípio da retroatividade da lei mais benigna, constituindo-se a contrário senso, a irretroatividade da lei mais gravosa, verdadeiro direito subjetivo de liberdade, consubstanciado no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal.

Diante de tal quadro indaga-se: É possível a aplicação do aludido dispositivo aos fatos ocorridos antes de sua vigência?

Em recente artigo publicado no Boletim IBCRIM nº 42 de junho de 1996, o eminente professor Damásio de Jesus entendeu que no caso de normas mistas a interpretação da norma penal deve prevalecer, não podendo, *in casu*, dissociar-se as duas formas de suspensão, a do processo e a da prescrição para conferir à lei incidência imediata no que tange ao sobrestamento da ação penal e efeito irretroativo na parte que impõe a suspensão da prescrição, impondo, por conseguinte, a não incidência da norma às infrações penais ocorridas antes da sua vigência.

Outros doutrinadores, não menos ilustres, têm invocado o argumento de que a cisão da norma, para efeitos de interpretação, não seria viável por ferir frontalmente seu escopo, seu objetivo, enfim sua *ratio essendi*.

Em que pese o brilhantismo das opiniões acima transcritas, vejo o assunto sob outro enfoque, que, uma vez aceito, poderá por uma pá de cal no acalentado debate.

Impende salientar que a primeira análise da legalidade de um texto normativo deve ser feita a nível constitucional, a fim de se verificar se o mesmo com ela é compatível, isto é, se não fere direitos garantidos na Lei Maior.

Destarte, a Constituição Federal em seu artigo 5º inciso XL reza:

“XL - A lei penal não retroagirá salvo para beneficiar o réu.”

Um exame acurado do citado dispositivo leva-nos à conclusão que a Constituição Federal, ao alçar o referido direito à verdadeira condição de garantia constitucional, espécie do gênero direitos fundamentais, não visou somente a legislação de natureza penal, vale dizer, qualquer norma (substantiva ou adjetiva) que com ela é incompatível não pode prevalecer.

Assim, os direitos individuais, cuja manifestação legislativa data de longínquo período (Declaração de Direitos Inglesa - 1689), são frequentemente denominados na doutrina de “Liberdades Públicas”, vale dizer, verdadeira afirmação jurídica da personalidade humana.

Tais direitos são dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contendo limitações ao poder político, protegendo o indivíduo em face do Estado, impondo, finalmente, dever de abstenção aos órgãos públicos.

O saudoso mestre Carlos Maximiliano, em sua obra clássica *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 10ª edição, pág. 312, brinda-nos com a meridiana clareza de sempre, afirmando:

“Quando o estatuto fundamental define as circunstâncias em que um direito pode ser exercido, ou uma pena aplicada, esta especificação importa proibir implicitamente qualquer interferência legislativa para sujeitar o exercício do direito a condições novas ou estender a outros casos a penalidade.”

Dessarte, afetado um direito ou garantia constitucional por norma de natureza material ou processual, a consequência jurídica é a mesma, ou seja, a inconstitucionalidade, de acordo também com a doutrina constitucionalista americana do *substantial right*.

Conclui-se, pois, que a norma do artigo 1º da Lei 9271/96, no tocante ao seu aspecto material, não pode retroceder para atingir fatos ocorridos antes de sua vigência, na medida em que estará ferindo postulado constitucional, que garante ao réu a irretroatividade da lei mais gravosa e a ultratividade daquela mais benéfica.

O professor Luiz Flávio Gomes, em recente trabalho, aduziu argumento interessante em favor da tese ora esposada. Invoca o autor a combinação de leis, visando adoção de critério mais favorável ao réu.

A matéria, outrora convertida, em face da posição adotada pelo Ministro Nelson Hungria, francamente contrário à simbiose das leis, está hodiernamente pacificada na doutrina pátria, destacando-se as posições de José Frederico Marques e Damásio Evangelista de Jesus, em suas clássicas monografias.

No concernente ao aspecto processual da norma *sub exame*, não há violação ao

texto da Lei Maior, possibilitando assim o seu ingresso imediato no ordenamento jurídico, máxime, pelo teor da mensagem justificativa, onde denota-se a real intenção do legislador.

Portanto, a norma prevista no artigo 1º da Lei 9271/96 poderá retroagir, tão-somente para suspender o andamento do processo, sendo, por conseguinte, defesa a suspensão dos prazos prescricionais.

Ultrapassada a primeira indagação, resta-nos analisar a segunda: é possível a aplicação do aludido artigo 1º da Lei 9271/96 a fatos ocorridos após a sua vigência?

A dúvida agora reside não em relação ao direito intertemporal, mas sim em aferir a constitucionalidade do aludido dispositivo.

É que a nova legislação ao prever a suspensão da prescrição não fixa prazo, forçando a conclusão de que, por via oblíqua, o crime imputado ao acusado poderá restar imprescritível, caso o mesmo não seja encontrado ou não nomeie advogado.

A inconstitucionalidade residiria no fato de que a Constituição Federal, excepcionalmente, prevê os casos de delitos imprescritíveis como a prática do racismo (artigo 5º inciso XLII) e a ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º inciso XLIV), não cabendo à legislação infraconstitucional criar outros delitos imprescritíveis ao arpejo da Lei Maior.

A prescrição penal, segundo Celso Delmanto *in Código Penal Comentado*, 5ª edição, Renovar, “é a perda do poder de punir do estado, causada pelo decurso do tempo fixado em lei.”

Com efeito, a intenção do legislador ao criar o instituto foi apaziguar as relações jurídicas, outrora conturbadas, fazendo desaparecer, por razões políticas, o direito do Estado à persecução criminal contra o autor da infração ou a punibilidade do agente, ante o tempo decorrido.

Por outro lado, a matéria relativa à suspensão da prescrição não é novidade na legislação pátria, que desde a edição do Código Penal de 1940 já previa *numerus clausus* as hipóteses em que poderia ocorrer.

À guisa de argumentação, dois exemplos de suspensão do prazo prescricional por tempo indeterminado ou pelo menos indeterminável, que não foram taxados de inconstitucionais, parecem-nos elucidativos. Senão vejamos:

É o caso das chamadas questões prejudiciais devolutivas absolutas, que, segundo os comandos dos artigos 94 do Código de Ritos e 116 do Código Penal, respectivamente, suspendem o processo e o curso do prazo prescricional. Logo, como afirma com o peso de seu magistério o professor Tourinho Filho: “mesmo que a prejudicial seja solucionada mui tardiamente, nem por isso haverá a possibilidade de extinção da punibilidade, pois, em tais casos, a prescrição não corre.”

Não terminam aí as razões que militam em favor da constitucionalidade do aludido dispositivo. Imagine-se, de outro lado, que um membro do poder legislativo,

em pleno exercício de seu mandato, pratique uma infração penal (crime comum). Por força do artigo 53, *caput*, da Constituição Federal, que garante a imunidade, exigindo a licença prévia da casa legislativa para o prosseguimento do processo, o parlamentar não poderá ser processado, caso não haja a aludida autorização. Neste caso, indeferida a licença, a Constituição Federal prevê no parágrafo 2º do artigo 53 a suspensão do prazo prescricional. Supondo-se, ainda, que o mesmo parlamentar venha a ser reeleito nos futuros pleitos eleitorais, a prescrição continuará suspensa, não cabendo a interpretação de imprescritibilidade da infração penal.

É certo, como afirma Frederico Marques, que o prazo prescricional pode sofrer um hiato, uma parada momentânea. Em tal hipótese, o curso da prescrição se suspende para recomeçar a correr depois que cessa a causa impeditiva, contando-se o lapso temporal anterior para o cômputo final.

Arremate-se, pois, que a intenção do legislador foi prever, no caso de réu citado por edital que não tenha nomeado advogado, uma causa suspensiva da prescrição, compatível com o ordenamento jurídico como um todo, sendo, por via de regra, aplicável aos fatos ocorridos após a vigência do citado dispositivo legal.

Quanto ao segundo aspecto, isto é, o conceito do termo “urgente”, indispensável para o deferimento da produção antecipada da prova, a polêmica não é menos instigante.

Consoante majoritário entendimento doutrinário, enquanto nas ações penais a pretensão é punitiva, nas ações de natureza cautelar visa-se uma pretensão de segurança. É, portanto, intuitivo que o interesse de agir consiste em pedir uma segurança, sob pena de seu detentor ver-se despojado do amparo da futura tutela jurisdicional definitiva, ameaçada que se encontra de tornar-se inócua, estando a exigir uma providência imediata.

Com efeito, a fase instrutória não deverá ser suspensa totalmente. A colheita da prova testemunhal, a despeito de algumas valiosas opiniões em sentido contrário, deverá ser imediata, sob pena de esvaziar-se por completo, perdendo o vigor de seu conteúdo probatório, reservando-se, pois, a urgência para a realização das demais provas.

Mais uma vez, socorremo-nos da valiosa contribuição de Fernando da Costa Tourinho Filho, em sua obra **Processo Penal**, vol. 2, págs. 483/484, Editora Saraiva, 1994, quando afirma:

“Conclui-se, pois, que não se suspende a fase instrutória na sua totalidade. Diz a lei: sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas (mesmo porque a solução do cível pode demorar, e um depoimento tomado tardiamente perde, inegavelmente, todo aquele vigor probatório). Quanto as outras provas acaso requeridas, deverão ser realizadas, se de natureza urgente.”

Concluimos, portanto, que o termo *urgente* contido no parágrafo primeiro da Lei

9271/96 não se refere à suspensão da fase instrutória por inteiro, sendo conveniente e oportuno a colheita da prova testemunhal em sua totalidade, sob pena de não o fazendo tornar vazio o conteúdo da prova oral, via de regra indispensável para o sucesso da pretensão punitiva estatal.

Do exposto, pode-se chegar a uma série de conclusões, que passamos a enumerar:

a) A suspensão do processo, prevista na Lei 9271/96, pode ser aplicada de imediato, mesmo nos casos relativos aos fatos ocorridos antes da vigência do referido dispositivo, conforme artigo 2º do CPP;

b) A suspensão da prescrição, prevista no mesmo artigo, não poderá ser aplicada aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei 9271/96, face ao princípio constitucional insculpido no artigo 5º inciso XL da Lei Maior;

c) Não há restrições à aplicação da suspensão do prazo prescricional aos fatos ocorridos após a vigência do aludido dispositivo legal, vez que a mesma se coaduna com o ordenamento jurídico em geral;

d) O termo *urgente* contido no aludido artigo 1º da Lei 9271/96 não significa suspensão por inteiro da fase instrutória, devendo ser colhida a prova oral por inteiro, sob pena de esvaziar seu conteúdo, face ao tempo decorrido.

* **Marcus André Chut** é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

As Empresas e o Conceito de Consumidor

MARCOS MASELLI GOUVÊA (*)

1. O presente trabalho constitui adaptação de estudo - *O Conceito de Consumidor e a Questão da Empresa como "Destinatário Final"* - publicado no Número 01 dos *Cadernos da Pós-Graduação* da Faculdade de Direito da UERJ, ao qual ora se acrescenta comentário a acórdão, veiculado no 6º volume da *Revista de Direito do Consumidor* (Editora Revista dos Tribunais), que vem a conferir suporte jurisprudencial às proposições então formuladas.

Dentre tantos, dois agradecimentos se fazem especialmente necessários: ao Dr. Gustavo Tepedino, Procurador da República no Rio de Janeiro e Diretor da Faculdade de Direito da UERJ, que estimulou - sobretudo com suas críticas, sempre construtivas - a confecção e a publicação da primeira versão do trabalho; num segundo momento, à sempre atenciosa Dr^a Léa Barboza Vianna Freire, da Equipe de Proteção ao Consumidor do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que incentivou sua difusão e aprimoramento.

2. A Lei nº 8.078/90, conhecida como Código de Proteção e Defesa do Consumidor, é o diploma legislativo que, em nosso ordenamento, procura sistematizar a disciplina das relações de consumo, concentrando em si a regulação de aspectos civis, penais, administrativos e processuais relativos à matéria.

Esta integração das tutelas penal-administrativa e civil promovida pelo Código reflete a natureza peculiar que vem sendo reconhecida às relações jurídicas de consumo. A hipossuficiência do consumidor afasta as referidas relações do esquema tradicional das relações de direito privado - o qual, consoante seu fundamento liberal, pressupõe a equipotência das partes envolvidas. Como consequência disto, o fenômeno da publicização, que nos dias atuais atinge o direito privado como um todo - apontando, inclusive, para a superação da dicotomia *ius publicum / ius privatum* -, encontra no Direito do Consumidor um de seus focos preferenciais.

Tal componente publicístico torna a exegese do Código do Consumidor extremamente complexa: de acordo com a bagagem cultural - e especialmente ideológica - do hermeneuta, um mesmo termo ou conceito pode ganhar diferentes interpretações. Assim, a questão do grau de normatização, pelo Código, dos serviços públicos; a questão da complementaridade entre as garantias legal e contratual; as excluídas de responsabilidade no fato do produto e do serviço; estas, dentre inúmeras

outras questões, têm despertado controvérsias na doutrina, especialmente porque, datando o Código de 1990, não há jurisprudência consolidada sobre tais assuntos.

Um dos conceitos de fixação mais imprecisa é o próprio conceito de consumidor, cuja elucidação é fundamental para determinar-se o âmbito de incidência das normas do Código. Diversos artigos já foram publicados sobre o tema, sendo notável a divergência entre as conclusões obtidas. Divergência esta que não se restringe à doutrina nacional: também no exterior procura-se precisar um conceito para consumidor, especialmente no âmbito da Comunidade Européia, onde muitas vezes as conceituações de dois países se chocam. Alguns países, ademais, convivem ainda com a coexistência, dentro de seu próprio ordenamento, de mais de um conceito de consumidor, formulado por leis distintas⁽¹⁾.

No Brasil, ao menos, concentrou-se a disciplina das relações de consumo num único Código abrangente, evitando-se, assim, o risco de que a proliferação de leis redundasse numa proliferação de definições.

O art. 2º da Lei nº 8.078/90 considera consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Inicialmente, cumpre enfatizar que o código brasileiro destoou da tendência, presente no direito comparado, de limitar o *status* de consumidor apenas às pessoas que atendessem a certas condições subjetivas. Diversas leis estrangeiras exigem, para que determinada relação se submeta à sua tutela, que a aquisição ou utilização seja realizada com finalidade “privada”, ou “não-profissional”, restringindo, deste modo, o consumidor ao particular, ao não-profissional⁽²⁾.

Tais restrições objetivam, claramente, potencializar a tutela do consumidor. As prerrogativas extraordinárias que a lei reserva ao consumidor visam a compensar sua natural hipossuficiência; estender estas prerrogativas a agentes que dela prescindem implica, a toda evidência, em neutralizar tal aspecto compensatório. A atuação dos tribunais, na interpretação e aplicação dos novos instrumentos de tutela previstos na legislação pró-consumidor, provavelmente se daria em termos mais conservadores, reticentes, se o acesso à tal tutela - que deve ser excepcional - fosse indiscriminadamente franqueado, mercê de um conceito de consumidor por demais amplo. Nesta direção, vale transcrever trecho de sentença do Juiz de Direito Dr. Guinther Spode, da Comarca de Porto Alegre, publicado no vol. 14 (p. 128) da Revista de Direito do Consumidor:

⁽¹⁾ Th. BOURGOIGNIE, *O Conceito Jurídico de Consumidor*, in Rev. Direito do Consumidor, vol. 2, p. 8-15.

⁽²⁾ Assim, por exemplo, a legislação alemã de 1976 sobre condições gerais dos negócios, o *Consumer Safety Act* britânico (1978), e a legislação holandesa quanto a vendas a consumidor e propaganda enganosa: “O direito europeu adere à tendência constatada no direito internacional e em certas legislações estrangeiras em direção à escolha de um critério às vezes subjetivo - “uso privado” - e negativo - “uso estranho ao exercício de uma atividade profissional” - na definição de consumidor.” (Th. BOURGOIGNIE, *loc. cit.*, p. 12).

“A aparente limitação quanto ao pólo ativo das demandas baseadas no CDC tem certamente por objetivo evitar que o novel diploma seja indevidamente usado nas relações comuns de direito civil e nas de direito comercial. Caso assim fosse, o CDC, ao invés de estar a serviço dos consumidores, seria mais uma das muitas leis para regular o relacionamento entre as empresas e comerciantes, desvirtuando-se sua finalidade precípua [...]”

Afinados à orientação restritiva, alguns doutrinadores pátrios, como o Prof. José Geraldo Brito Filomeno, membro da comissão elaboradora do Anteprojeto que originou o Código, acentuam o aspecto da hipossuficiência, da qual, segundo defende, o conceito de consumidor seria “indissociável”⁽³⁾.

A letra do Código, conforme já exposto, não ampara - pelo menos não ostensivamente - este entendimento. Omite, ao formular o conceito de consumidor, quaisquer considerações de índole subjetivista, limitando-se a aludir à vaga noção de “destinação final” do bem consumido.

Contudo, a aplicação da norma jurídica não deve se cingir, superficialmente, ao que o texto legal prevê de maneira expressa. Cumpre ao aplicador transcender, criticamente, às primeiras impressões, para extrair do direito positivo conteúdos que se encontravam implícitos (e, mais do que isto, que somente poderiam vir a tona se integrados pelo aparato ideológico ou, em termos mais amplos, pela mundividência do jurista⁽⁴⁾). Na hipótese presente, procura-se analisar as diversas possibilidades interpretativas da locução **destinatário final**, averiguando até que ponto esta pode restringir, indiretamente, o conceito de consumidor.

Em primeiro lugar, parece pacífico que aquele que adquire um bem com a intenção de o negociar onerosamente, no mesmo estado em que foi adquirido, certamente não será o seu destinatário final. Assim, uma livraria que adquire livros de uma editora, para revendê-los, não será consumidora destes mesmos livros. Inexiste polêmica, neste particular.

Outras hipóteses menos triviais, porém, são capazes de despertar vivas controvérsias. Quando uma empresa adquire insumos para sua atividade produtiva - matéria-prima, por exemplo -, é consumidora? Quando uma loja adquire prateleiras, nas quais exporá suas mercadorias, o faz na qualidade de destinatária final? E quanto a uma companhia que adquire um computador, para controlar seu estoque?

3. Certos comentaristas do Código entendem que o bem transformado, insumido na confecção de um novo produto, é um bem consumido.⁽⁵⁾ Considere-se o exemplo de uma montadora de automóveis que adquire parafusos, chapas de aço, material

⁽³⁾ *Cód. Bras. de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 2ª ed., p. 27.

⁽⁴⁾ Cf. FERRAZ JUNIOR, *Introdução ao Estudo do Direito*. 1ª ed., pp. 280-283.

⁽⁵⁾ TUBINAMBÁ M. CASTRO DO NASCIMENTO, *Comentários ao Código do Consumidor*, p. 21; TOSHIO MUKAI, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, p. 6.

para estofamento, etc.: estas matérias-primas - de acordo com a corrente ora abordada - são consumidas na produção do carro. O público consome o carro, porém os parafusos, chapas de aço e estofamento têm por consumidor a montadora. A montadora é a destinatária final dos insumos, na medida em que não os transfere; fica sendo sua última proprietária, antes que os mesmos, deixando de existir, se convertam no carro (este, por sua vez, um objeto substancialmente diferente do mero acúmulo de matérias-primas empregadas em sua confecção).

A corrente em apreço situa-se no pólo oposto à orientação restrigente. Praticamente todo ato de aquisição estaria vinculado a um ato de consumo (com exceção, é claro, da hipótese - pacífica, conforme já afirmado - em que se adquire o produto com vistas à sua ulterior negociação, exatamente no mesmo estado em que fôra adquirido). É, portanto, uma interpretação que dilui a excepcionalidade do Direito do Consumidor, vulgarizando-o e, conseqüentemente, enfraquecendo-o.

4. Outros juristas, diversamente, defendem que o Código, ao empregar a expressão "destinatário final", quis remeter o intérprete ao conceito econômico de consumidor⁽⁶⁾. Para a adequada compreensão deste segundo posicionamento faz-se mister, portanto, uma prévia incursão no campo da Economia.

De acordo com a teoria clássica, o processo econômico é concebido como a interação de quatro momentos: produção, circulação, distribuição e consumo. Ora, conquanto bens possam ser utilizados (insumidos) na produção, na circulação e na distribuição, somente será correto considerá-los **consumidos** se tal utilização, com esgotamento total ou parcial do valor do bem, se der na etapa final do processo - na etapa de consumo, onde o bem é diretamente empregado na satisfação de uma necessidade econômica. Enfim, somente será consumidor o destinatário final, não do bem, mas do processo econômico.

Retornando a exemplo tratado anteriormente: caso se perdesse de vista o processo produtivo, a montadora de automóveis, ao adquirir parafusos, poderia ser considerada destinatária final destes (já que não mais os aliena na condição de simples parafusos). Atentando para a ótica do processo econômico, entretanto, afigura-se forçoso reconhecer que a montadora não é sua destinatária final, já que não os utiliza para satisfação direta de uma necessidade econômica, mas como instrumentos para a produção de novos bens:

"Matérias primas, peças, componentes, são insumidos nos produtos que a empresa oferece, ou nos serviços que presta - produtos ou serviços que, do ângulo da empresa e de sua atividade, são sempre acabados, mas que podem ser meros instrumentos, para empresas que os adquiram ou utilizem."⁽⁷⁾ [grifou-se]

⁽⁶⁾ GERALDO VIDIGAL, *A Lei de Defesa do Consumidor - Sua Abrangência*, in *Cadernos IBCB 22 - Lei de Defesa do Consumidor*.

⁽⁷⁾ *Ibid.*, p. 12.

O parafuso, ao sair de sua fábrica, poderia ser adquirido diretamente por um particular, hipótese em que haveria uma relação de consumo, eis que o parafuso seria empregado, diretamente, na satisfação de uma necessidade econômica. Para a montadora, entretanto, o parafuso tem um valor instrumental; é um bem de produção - e não de consumo. Efetivamente, a montadora não alienará o parafuso na condição de mero parafuso, mas sim inserido no automóvel; no entanto, de acordo com esta segunda corrente, isto é de somenos importância. Releva considerar, isto sim, que o valor do parafuso estará sendo agregado ao do produto final confeccionado, não ocorrendo a retirada do parafuso, pela montadora, do processo econômico. O ônus econômico da produção do parafuso será transferido pela montadora ao público, ao consumeriado⁽⁸⁾, que seria assim seu real destinatário.

Em linha de princípio, a empresa também não será consumidora dos outros bens por ela adquiridos, ainda que não sejam matérias-primas, na medida em que o ônus de tais aquisições sempre recairá, por repercussão, sobre os particulares:

“As máquinas produtoras, as instalações, os veículos, o mobiliário, sistemas de computadores e todos os demais bens insumidos na produção terão contabilmente estimada a participação de cada um segundo taxas de amortização de seu valor [...]. Mesmo os alimentos e vestuário adquiridos para uso dos trabalhadores se incorporarão ao conjunto dos custos produtivos da empresa e se projetarão nos bens e serviços que, pela combinação dos fatores de produção, irão ser por ela oferecidos ao mercado.”⁽⁹⁾

Resulta da concepção ora exposta que empresas com finalidade produtiva nunca poderão figurar como consumidoras. O Código, ao afirmar que consumidor é “pessoa física ou jurídica”, não objetiva estender sua tutela a todas as pessoas jurídicas, mas apenas àquelas sem finalidade produtiva (clubes, entidades filantrópicas, associações etc.).

Portanto, embora o conceito do Código não abrigue nenhuma referência expressa a qualquer dado da subjetividade do consumidor, implicitamente haveria uma restrição subjetiva, já que o conceito econômico de consumidor - ao qual se estaria remetendo o intérprete através da expressão “destinatário final” - pressupõe o uso privado, não-produtivo, do bem consumido.

5. Este entendimento restritivo, reitere-se, presta-se melhor a preservar os interesses dos consumidores. Entretanto, parece exagerado o alcance dado por esta se-

⁽⁸⁾ O termo é empregado por Th. BOURGOIGNIE (*loc. cit.*, p. 18) com o significado específico de “conjunto sócio-econômico reagrupando as diferentes categorias de consumidores, mas que apresentam todos, apesar de sua diversidade, o caráter comum de uma relação obrigada ao consumo no mercado como meio de existência”. Consumeriado, assim, designa os consumidores enquanto destinatários do processo econômico, exercentes de uma função específica inserida no ciclo econômico global (produção-distribuição-troca-consumo).

⁽⁹⁾ *Op. cit.*, p. 13.

gunda corrente à restrição implícita na expressão “destinatário final”. Com efeito, boa parcela da doutrina entende que, embora nem toda a aquisição de bens, principalmente por empresas, configure relação de consumo, há casos em que a empresa não age como fornecedora, como produtora ou intermediária. Nestas hipóteses, seria forçoso admitir a tutela do Código:

“Prevaleceu [...] a inclusão das pessoas jurídicas igualmente como “consumidores” de produtos e serviços, embora com a ressalva de que assim são entendidas aquelas como destinatárias finais dos produtos e serviços que adquirem, e não como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa.”⁽¹⁰⁾

Alegam os defensores da segunda corrente que nenhuma aquisição da empresa - “mesmo os alimentos e vestuário adquiridos para uso dos trabalhadores” - configura relação de consumo. Ora, é certo que tais gastos deverão ser repassados ao preço final dos produtos; entretanto, dificilmente poder-se-ia afirmar que o vestuário adquirido para todos os empregados da empresa será insumido no processo produtivo. O uniforme do pessoal que não lida diretamente com público não acrescenta nenhuma utilidade nova aos produtos finais. Seu custo é repassado ao público, mas não sua utilidade: para o público, é indiferente se tais empregados vestem ou não um uniforme.

Retornando ao conceito do Código: **consumidor é quem adquire ou utiliza como destinatário final, e não quem arca com os ônus, como destinatário remoto.**

Existe, destarte, uma terceira corrente, para a qual: a **há hipóteses** de aquisição de bens por uma empresa **em que não se verifica relação de consumo** - e, contrariamente ao que admite a primeira corrente, estas hipóteses não se restringem ao caso, incontroverso, da aquisição de bens para repasse no mesmo estado em que foram adquiridos; b) em oposição ao que defende a segunda corrente, o *status* de empresa produtiva/intermediária não afasta, completamente, a possibilidade de tutela pelo Código do Consumidor - ou seja, **há hipóteses em que a empresa produtiva é consumidora.**

Entretanto, falta ainda a esta corrente definir, de modo uniforme, quando a empresa é consumidora, e quando não é. Pode-se exemplificar tal lacuna retomando-se o trecho transcrito linhas acima, segundo o qual a empresa não pratica ato de consumo quando adquire “insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa”. Ora, o que se deve entender por **insumos**? Matérias-primas, certamente, estarão inseridas nestes “insumos”; mas o que dizer de máquinas, mobiliário etc.? A aquisição, por uma livraria, de prateleiras em que serão expostos os livros à venda, é ato de consumo?

⁽¹⁰⁾ BRITO FILOMENO, *Op. cit.*, p. 27.

6. — Uma interpretação sistemática da expressão destinatário final, vinculada à noção consagrada de **fundo de comércio**, poderia fornecer a chave para delimitar-se o âmbito das relações de consumo.

A doutrina conceitua fundo de comércio como sendo o acervo de bens empregado pelo comerciante na atração de uma clientela. Assim, o imóvel onde se localiza o estabelecimento, o nome comercial, os direitos de exclusividade, os produtos a serem vendidos, o mobiliário etc., todos estes bens integram o fundo de comércio⁽¹⁾. Contrapondo-se a estes, existem bens que, adquiridos pela empresa, não são empregados na atração de clientes. Assim, por exemplo, um automóvel que sirva para conduzir os diretores da empresa de suas casas ao trabalho, um computador que emita as folhas de pagamento dos funcionários da empresa, uniforme para funcionários que não lidam com o público; todos estes bens, conquanto pertencentes à empresa, não compõem o seu fundo de comércio.

Os bens que compõem o fundo de comércio, ainda que de maneira remota, influenciam a aquisição de produtos, por parte do público. Pode-se afirmar que um consumidor, quando adquire, por exemplo, livros de uma loja, os está adquirindo nas circunstâncias em que se encontram: não se compram, meramente, **livros**, mas sim **livros vendidos pela loja X, dotada de um sistema de música ambiente, com iluminação agradável, vendedores gentis etc.**. Não fossem estas condições acessórias, esta *máquina de vender* que circunstancia o livro, talvez o consumidor não o houvesse adquirido. Quantas vezes não se tem notícia de alguém que comprou uma roupa por causa da etiqueta?

A utilidade econômica destes bens acessórios, portanto, incorpora-se aos bens principais, aos bens ostensivamente adquiridos pelo consumidor. Não se está afirmando, simplesmente, que o consumidor é destinatário final dos bens acessórios porque **paga** por eles - isto conduziria à aceitação da segunda corrente apresentada, já que, conforme aquela logrou demonstrar, o consumidor também paga, por repercussão, o carro que leva o diretor à empresa, o uniforme do funcionário que não lida com o público, ou seja, bens que não integram o fundo de comércio.

O que importa não é, portanto, o fato de o consumidor pagar, em última análise, pelo produto adquirido pela empresa, mas sim que este produto esteja **destinado a ele**, destinado à sua atração; enfim, importa é que o bem, de alguma forma, **reverta em uma satisfação para o consumidor**. Se a empresa adquire automóveis para conduzir seus diretores, computadores que emitem contra-cheques dos funcionários etc., isto de nenhuma forma influencia o público, não torna os produtos mais atraentes. Tais aquisições encontram-se dissociadas do processo de fornecimento; não concorrem, de forma alguma, para o sucesso da empresa, perante o público.

Há que se ressaltar, ainda, que nem todo o fornecedor é comerciante (escolas e hospitais, por exemplo, em princípio não o serão). Analogamente à expressão **fun-**

⁽¹⁾ FRAN MARTINS, *Curso de Direito Comercial*, 3ª ed., p. 85 e segs.

do de comércio, poder-se-ia denominar **fundo de fornecimento** ao conjunto de bens dispostos pelo fornecedor, seja ele comerciante ou não, de maneira a atrair clientela.

O entendimento exposto carece, sem dúvida, de um desenvolvimento mais aprofundado. Procurou-se, por ora, tão-somente esboçar os contornos de uma interpretação da locução “destinatário final” que, sendo restritiva, não extrapolasse os limites impostos pelo ponto de partida legal. A aplicação do critério que ora se propõe não priva as empresas, *tout court*, da tutela do Código do Consumidor; circunscreve esta tutela, entretanto, às hipóteses em que a empresa não age **na qualidade de empresa**, ou seja, quando esta adquire produtos e serviços que não compõem o fundo de fornecimento.

7. A *Revista de Direito do Consumidor* (Editora Revista dos Tribunais), em seu volume nº 6 (p. 274), publica acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (Ap. Civ. nº 192188076), que vem a corroborar as conclusões ora apresentadas. A seguir, transcreve-se trecho da aludida decisão, relatada pelo Juiz Paulo Heerd: t

“Na esteira da melhor doutrina, a Lei 8.078/90, ao definir consumidor e fornecedor, em seus arts. 2º e 3º, pretendeu proteger o consumidor *stricto sensu*, pois que, como tal, considera o destinatário final do produto ou serviço.

Assim sendo, não se compreende no conceito de consumidor, para fins de proteção da lei, aquele que adquire produtos e os transforma ou, ainda, aquele que consome produto, destinado, contudo, a servir a outro produto que ele fabrica.

O acórdão em exame, portanto, ressalta que, diversamente do que defende a corrente mais abrangente, não é qualquer adquirente um consumidor, restando excluído deste conceito aquele que adquire bens para transformação ou para servir a outro produto que sua empresa fabrica.”

Prossegue o acórdão, exemplificando:

“Não será, portanto, consumidor, para os fins do cap. I do CDC, a empresa que adquire material de limpeza para atender ao seu estabelecimento comercial ou industrial, pois, de uma forma ou de outra, o consumo de tal material está destinado à produção de outros serviços ou produtos por ela fornecidos a terceiros.”

Efetivamente, os produtos de limpeza empregados em um estabelecimento comercial ou industrial repercutem no produto final, porquanto a higiene com que este é fabricado ou apresentado constitui um dos elementos de atração de clientela.

Parece que esta é, efetivamente, a melhor interpretação que se pode conferir à definição legal, pois a lei de defesa do consumidor visou a atender ao mandamento

constitucional de defesa daquele que consome como destinatário final e não daquele que repassa o serviço ou produto - ainda que consumidos - a terceiro, integrados que estão na atividade lucrativa.

Integração à atividade produtiva - eis a expressão-chave. Ainda que a empresa possua, como finalidade fundamental, o exercício de atividade produtiva, necessariamente haverá produtos que adquirirá sem que estejam integrados a tal mister - como o carro que conduz seus diretores, o uniforme do pessoal que trabalha internamente etc. Impõe-se que o aplicador da lei analise cada aquisição levada a cabo por esta empresa, perquirindo se o produto será integrado à atividade produtiva, ao **fundo de fornecimento** - hipótese em que tal relação não se regulará pelas disposições do Código do Consumidor -, ou se será utilizado pela empresa como destinatária final, sem que seja empregado como elemento de atração do consumidor.

* Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvêa é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Pequenas considerações sobre a Lei 7.960/89 – Dispõe sobre Prisão Temporária

PAULO RANGEL (*)

A Lei 7.960/89 instituiu a chamada prisão temporária como mais uma modalidade no ordenamento jurídico-processual de prisão cautelar embora tenha uma cautelaridade bem mais tênue do que a prisão preventiva.

Art. 1º da referida lei estabelece quando caberá a prisão temporária levando o intérprete a pensar que apenas uma daquelas hipóteses (incs. I, II ou III) é suficiente para a segregação cautelar, porém, não é este, *data venia*, o melhor entendimento.

Se apenas, por exemplo, a hipótese do inc. I (*quando imprescindível para as investigações do inquérito policial*) autorizasse a decretação da prisão temporária do indiciado os outros dois incisos seriam despidiendos e é princípio comezinho de hermenêutica que na lei não há palavras inúteis.

Assim, há que se conjugar tanto o inc. I com o inc. III (obrigatoriamente) ou o inc. II com o inc. III (também obrigatoriamente), pois, do contrário é de se perguntar o porquê o legislador iria estabelecer um rol exaustivo no inc. III com 14 (quatorze) hipóteses criminosas quando apenas o inc. I estaria a autorizar a decretação da prisão temporária de quem quer que fosse e em qualquer crime. Não. Não é esta a *mens legis*.

A interpretação que se deve fazer é sistemática e teológica.

A negativa de uma determinada testemunha em comparecer à delegacia de polícia pode prejudicar o curso do inquérito policial e nem por isto iremos jogar a barra da interpretação tão longe para dizermos que é imprescindível para as investigações do inquérito policial a decretação de sua prisão temporária. Veja-se a propósito a opinião do Prof. *Mirabete* da qual discordamos:

“Draconiana a lei no inciso I, permite a prisão não só do indiciado, como de qualquer pessoa (uma testemunha, por exemplo), já que, ao contrário dos demais incisos do artigo 1º, não se refere ela especificamente ao indiciado. Trata-se, portanto, de norma legal odiosa e contrária à tradição do processo penal brasileiro” (*Processo Penal – 2ª edição – Ed. Atlas, pág. 378*).

Data venia do ilustre mestre, ousamos divergir.

O Código de Processo Penal tem norma própria para a testemunha faltosa (art. 218 CPP) e neste caso, não obstante se referir ao Juiz, entendemos que a autoridade policial poderá representar à autoridade judiciária mostrando de forma articulada a necessidade de se expedir mandado de condução para que a testemunha possa ser conduzida à delegacia de polícia e prestar os devidos esclarecimentos.

Assim, não vamos prender (*sic*) a testemunha que deixou de comparecer à prática de um ato administrativo porque absurda esta hipótese e também não vamos violar a regra constitucional da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inc. XI da CRFB) porque a ordem emana da autoridade judiciária.

Desta forma e assim interpretando, estaremos resguardando os interesses individuais e sociais indisponíveis: *a inviolabilidade do domicílio e o interesse da sociedade na elucidação de um fato criminoso*.

Portanto, há que se fazer uma interpretação sistemática e teológica do presente dispositivo legal.

Outra questão que merece ser enfocada é a da necessidade ou não de inquérito policial já instaurado para se decretar a prisão temporária.

O art. 1º da Lei 7.960/89 em seus três incisos faz menção clara a *inquérito policial* ou *indiciado* levando o intérprete a crer que sem o competente inquérito policial não há como se decretar a prisão temporária. Aliás, esta é a posição doutrinária defendida pelo mestre citado acima (cf. *ob. cit.*, pág. 378).

Data venia, assim não pensamos.

Explicamos.

É cediço que a natureza jurídica do inquérito policial é meramente administrativa sendo, inclusive, procedimento prescindível para instauração da competente ação penal desde que o Ministério Público tenha elementos suficientes que viabilizem a instauração da persecução penal *in iudicium*. Assim, pode o Ministério Público propor ação penal sem que antes tenha sido instaurado inquérito policial se com as peças de informação ou com a representação houver prova mínima que sustente o exercício de sua pretensão punitiva.

Por estas razões, ninguém, hodiernamente, ousa dizer que não se pode requerer prisão preventiva com base nas peças de informação, não obstante o art. 311 dizer textualmente: *em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal caberá a prisão preventiva*.

Se o Ministério Público pode oferecer denúncia sem a instauração de inquérito policial pode, também, se couber, requerer prisão preventiva.

O mesmo raciocínio deve ser desenvolvido na prisão temporária, pois, não há razão para darmos interpretação diferente. Aliás, por uma questão de hermenêutica aplica-se o brocardo *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito).

Portanto, podemos concluir: cabe prisão temporária sem a instauração de inquérito policial se o Ministério Público tiver instaurado procedimento administrativo no âmbito de suas atribuições legais (cf. art. 26, inc. I da Lei 8.625/93) e necessitar para concluí-lo da decretação da prisão temporária do investigado; tudo, claro, de conformidade com o art. 1º da Lei 7.960/89).

Outro ponto que merece destaque é a impossibilidade do Juiz decretar *de ofício* a prisão temporária.

O artigo 2º da Lei 7.960 diz que a prisão temporária será decretada pelo Juiz, *em face de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público* deixando claro que não há possibilidade de ser decretada pelo Juiz sem pedido do Ministério Público ou exposição articulada dos fatos feita pelo Delegado de Polícia. Até porque, diante da nova ordem constitucional dando exclusividade da ação penal ao Ministério Público, fortalecendo, assim, o sistema acusatório (cf. art. 129, inc. I da *CRFB*) o inquérito policial não mais é remetido ao Juiz e sim ao órgão do *Parquet*. Diferente da leitura do art. 311 *CPP* que é expresso: ... *caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício*, ... (grifo nosso).

Assim, não há como admitirmos a decretação da prisão temporária *de ofício* pelo Juiz.

Por último, gostaríamos de trazer a lume a verdadeira interpretação que achamos viável para a norma do § 7º do art. 2º da citada lei:

“Decorrido o prazo de 5 (cinco) dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva. (grifo nosso)”

Juízes, Promotores de Justiça e Delegados de Polícia têm entendido que expirado o prazo de 05 (cinco) dias (com ou sem prorrogação) o preso deve ser posto **imediatamente em liberdade** independentemente da expedição de alvará de soltura face à letra da lei.

Com a devida *venia* ousamos divergir.

A lei deve ser interpretada não de forma literal ou gramatical, mas, sim, de forma sistemática e/ou teleológica.

O art. 4º da lei objeto de comentários acrescentou a letra *i* ao art. 4º da Lei 4.898/65 criando uma nova figura típica de abuso de autoridade. Diz o citado dispositivo:

“Art. 4º – Constitui também abuso de autoridade:

i – prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.”

Ora, o elemento objetivo do tipo é *prolongar* e este só pode ocorrer em duas hipóteses: a) *deixando de expedir em tempo oportuno ordem de liberdade*

ou b) *deixando de cumprir imediatamente ordem de liberdade.*

Assim, verifica-se que duas são as autoridades que podem responder pelo crime de abuso de autoridade quando houver o prolongamento da execução de prisão temporária: o juiz e a autoridade policial, pois, somente estes podem deixar de expedir (o juiz) ordem de liberdade e de cumprir (o delegado) ordem de liberdade.

Portanto, nos parece imprescindível a expedição do competente alvará de soltura para que o preso temporário possa ser colocado na rua, pois, se isto não acontecer incide a norma do art. 4º, letra *i* da lei de abuso de autoridade. Do contrário, o mencionado dispositivo legal cairia no vazio, pois, sempre que expirasse o prazo a autoridade policial colocaria o preso nas ruas livrando o juiz, em tese, do crime de abuso de autoridade. Não haveria, assim, o suporte fático para que a norma pudesse incidir, pois, o crime somente se consuma quando há o efetivo prolongamento da execução da prisão temporária e este só se dá com a negativa (dolosa) de deixar de expedir ou deixar de cumprir a ordem de liberdade.

* **Paulo Rangel** é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro e Prof. de Direito Processual Penal e de Prática Forense da Faculdade de Direito Cândido Mendes e do CEPAD. Mestrando da Universidade Gama Filho.

O Apelo contra a Vontade do Réu

SERGIO DEMORO HAMILTON (*)

1. Pode parecer, em um primeiro exame, que a questão envolvendo o recurso de apelação contra a vontade do réu seja uma esdruxularia, de interesse puramente teórico e que, na prática, jamais encontre incidência. Nada mais equivocado. Todos os que militam no foro criminal já se depararam, um sem-número de vezes, com o problema, que, embora não se apresente de forma rotineira, ocorre com certa frequência, gerando perplexidade para o intérprete diante do tema, sem saber, na verdade, o caminho a ser tomado diante da eventual colidência de defesas. De um lado o réu, manifestando, expressamente, seu desejo de não apelar; do outro, a defesa técnica interpondo o recurso. Como resolver o impasse?

2. Duas correntes de pensamento se digladiam na solução da tormentosa questão. Tanto a doutrina como a jurisprudência se mostram divididas diante da complexa matéria processual, trazendo argumentos ponderáveis ora em favor da predominância da vontade do imputado, ora pela prevalência da atuação da defesa técnica com razões não menos respeitáveis.

3. Para os que sustentam que a vontade do réu deve, sempre, prevalecer, a titularidade do direito de recorrer pertence ao acusado e não ao defensor. Este há de ser fâmulos da vontade de seu cliente, pois, em última análise, o senhor primeiro da sua liberdade é o próprio réu e não seu advogado, que, apenas, atua no processo dando-lhe a indispensável assistência técnica sem, no entanto, poder intervir nos limites de atuação da autodefesa. Caso o advogado, por esta ou por outra qualquer razão, não concorde com a atitude processual do seu constituinte, cabe-lhe demitir-se do múnus que lhe foi confiado, renunciando ao mandato.

Argumentam, ainda, os defensores desta posição que o direito de recorrer é renunciável e que, portanto, o imputado, ao manifestar sua oposição ao apelo, está exercendo um direito que lhe é assegurado em lei, não podendo, assim, ser obstado em sua posição contrária à manifestação recursal. Com efeito, vige em nosso processo penal o princípio da voluntariedade dos recursos, tendo em conta a regra contida no Código respectivo que estabelece serem os recursos voluntários, excetuando-se os casos em que deverão ser interpostos de ofício pelo juiz (artigo 574 do CPP). Ora, se os recursos são voluntários, como admitir-se o apelo **contra** a vontade do

sucumbente? Em última análise, quem sucumbiu foi o próprio réu e não seu advogado, que estaria, ao apelar, tomando caminho mais realista que o próprio rei.

Esta linha de pensamento, embora nem sempre usando os mesmos argumentos aqui expendidos, tem encontrado farta aceitação no seio da doutrina e no campo da jurisprudência. Na primeira, temos a voz autorizada de Damásio para quem “o direito de recorrer pertence ao réu, não ao defensor”.⁽¹⁾ Na esteira do ensinamento daquele ilustre Procurador de Justiça e Professor de São Paulo encontra-se copiosa jurisprudência: JTACrim SP 68/374, RT 501/314, 580/290 e 614/321, RT 655/380, TAMG, A. Crim 16.084, RT 667/326⁽²⁾. O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 67.882, relator o Ministro Celso de Mello, orientou-se no sentido de que “tratando-se de direito renunciável, não se vê como possa o defensor apelar contra a vontade do réu”⁽³⁾. Coerente com tal posicionamento, o Pretório Excelso decidiu que “se o réu pessoalmente renunciou ao direito de apelar, tendo recorrido o defensor, subindo os autos, deve o Tribunal não conhecer do recurso, não sendo de homologar a renúncia” (cf. RT 597/425 e HC 65.572, DJU, 12.02.88, p. 1381).⁽⁴⁾

Seguindo tal orientação sempre defendi, no exercício da Procuradoria de Justiça, quer perante o Tribunal de Alçada Criminal - RJ, quer perante o Tribunal de Justiça - RJ, em linha de preliminar, que o apelo interposto pela defesa técnica, contrariando a vontade expressa do réu no sentido de que não desejava apelar, não merecia conhecimento, eis que, em última análise, o acusado é o senhor primeiro do seu direito de liberdade bem como que o Código de Processo Penal adotou, como regra, o princípio da voluntariedade dos recursos (artigo 574 do CPP).

4. Hoje assim não penso. Meditando mais atentamente sobre a matéria, parece-me que a melhor posição é a esposada por aqueles que sustentam a prevalência da vontade da defesa técnica no caso de colidência com a manifestação do réu, devendo, em tal hipótese, ser conhecida a apelação.

Desde logo, impõe-se uma observação que deve ser feita em relação à legitimidade do defensor para recorrer. Nessa ordem de idéias, não me sabe acertada a afirmação de que a titularidade do direito de recorrer pertença **somente** ao imputado e não ao defensor. Tal colocação encontra formal desmentido na própria lei processual, pois que nela está dito, com todas as letras, que o recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, **seu procurador ou seu defensor** (artigo 577 do CPP, grifos meus). Em outras palavras: tanto o réu, em defesa material, pode apelar da sentença como o seu defensor, seja ele constituído

¹ *Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 401, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

² Referências à jurisprudência *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 401, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

³ Referências à jurisprudência do STF, *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 401, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

⁴ Referências à jurisprudência do STF, *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 401, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

seja ele dativo. É caso de interpretação literal da lei, que, no meu entendimento, não comporta tergiversação. Aliás, é por tal razão que o artigo 392, incisos II e III do CPP determina a intimação do réu e do defensor constituído para ciência da sentença, conforme o caso. Não teria sentido tal dispositivo caso o defensor não tivesse legitimidade para recorrer no caso de silêncio ou de recusa do réu em apelar. Para que, então, intimá-lo? Observe-se, por oportuno, que, na atualidade, a jurisprudência, ampliando os estreitos limites de lei processual, e a meu ver com inteiro acerto, consagra que, em qualquer caso, devem **sempre** ser intimados da sentença condenatória o réu e seu defensor, constituído ou dativo. Nem teria sentido manter-se a limitação contida no artigo 392 da Lei de Ritos diante do preceito constitucional da garantia da **ampla defesa** com os meios e **recursos** a ela inerentes. (artigo 5º, LV da Constituição Federal, grifos meus).

Outra afirmação que me soa temerária é a de que o direito de recorrer, sendo renunciável, não pode admitir oposição à vontade do réu quando ele afirma que não deseja apelar. É meu pensar que irrenunciável, isto sim, é o direito à liberdade, assegurado na Constituição Federal (artigo 5º, XV, LXI, LXVII e LXVIII), que, à toda evidência, há de sobrepor-se a qualquer outra limitação advinda da lei ordinária.

Merece destaque, da mesma maneira, o argumento segundo o qual o réu, como leigo, não dispõe de condições para aquilatar a extensão da renúncia ao apelo. Como um leigo pode avaliar da necessidade ou mesmo da mera conveniência a respeito da interposição de um recurso? Como? Esta, aliás, é a razão mais sufragada pela jurisprudência em favor da prevalência da vontade da defesa técnica sobre a vontade do réu. Vejam-se os seguintes julgados: A Crim 319.027, 7ª Câm do TA-Crim SP, em 02.12.82 - v. u. -, RT 589/333, TJSP, A Crim 47.206, RJ, TJSP 104/467 e 468; A Crim 58.102, RT 628/305; TACrim SP, A Crim 548947, RJ, TACrim SP 2/225, TJSP A Crim 79374 e outros. Averbese-se, por sinal, que o próprio Pretório Maior já decidiu neste sentido (STF, HC 65572) ⁵.

Mas há outros, muitos outros, argumentos que validam o entendimento aqui defendido.

O primeiro deles reside no fato de que enquanto a autodefesa é dispensável, em seu exercício, a defesa técnica não comporta abstenção. Queira ou não, o réu contará sempre com a defesa do técnico em direito no processo penal. Na verdade, segundo estabelece a lei processual penal, nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor (artigo 261 do CPP), complementando-se tal dispositivo pelas regras imperativas constantes dos artigos 263 a 265 c/c 564, III, "c" do mesmo Código, todas no sentido de assegurar a presença

⁵ Referências à jurisprudência do STF e outros, *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 401, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

natureza processual, nada mais são que um desdobramento da norma constitucional que assegura aos acusados em geral a garantia da ampla defesa. (artigo 5º, LV da Constituição Federal). E ela não existiria sem a presença do experto em direito ao lado do imputado no decorrer de **todo** o processo. Já a autodefesa, ao contrário, pode ser dispensada desde que assim o deseje o próprio acusado. Ele pode exercê-la ou não. Dí-lo, às expressas, o artigo 186 do CPP ao garantir ao réu o direito ao silêncio. E a Constituição Federal dá ao preso o direito de permanecer calado (artigo 5º, LXIII), **assegurando-lhe**, porém, a assistência de advogado, mesmo quando ainda não instaurado o processo (artigo 5º, LXIII), onde em boa técnica, não se pode, sequer, falar em acusação mas, tão-somente, em mera indicição. Ora, se assim é, vê-se que não só a lei processual como também, e principalmente, a Constituição Federal emprestaram muito maior relevo à defesa técnica, sem dispensar, evidentemente, que, ao seu lado, figurasse a defesa material. Aliás, é de bom alvitre por em registro, que a lei processual permite até que, por ordem judicial, o réu seja retirado do recinto onde tem lugar a instrução criminal probatória, na hipótese a que alude o artigo 217 do CPP, não abrindo mão, jamais, da presença do defensor. A ressalva consta expressamente da lei processual. É mais uma evidência da prevalência que a lei emprestou à defesa técnica sobre a defesa material.

Assim pensando, vê-se que, na colidência de defesas no caso da interposição de recurso, deve prevalecer a vontade daquele que, pela interpretação sistemática da lei, mereceu, acertadamente, maior prestígio por parte do legislador.

Mas ainda há o que dizer. Ocorreria uma hipótese em que, mesmo para os sequazes da predominância da vontade do réu no sentido da não-interposição do recurso, tal ponto de vista não poderia prevalecer. Refiro-me ao caso singular do acusado menor (artigo 194 do CPP). Aqui, o curador é nomeado com o fim de suprir a relativa incapacidade do imputado, como de conhecimento vulgar. Pois bem: não teria sentido que prevalecesse a vontade do incapaz sobre a do seu curador, caso o primeiro, contrariando o segundo, manifestasse desejo de não apelar. Em ocorrendo o conflito de vontades, haveria, necessariamente, de prevalecer a vontade do curador no sentido da interposição de recurso, uma vez que o réu não teria plena capacidade para decidir e, justamente, por tal razão o curador se faz presente no processo.

Cabe, ainda, outra colocação, esta de natureza constitucional, que ratifica, sem dúvida, a posição de predominância da defesa técnica. Na realidade, estabelecendo a Lei Maior a garantia do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV), acrescenta que esta se dará “com os meios e recursos a ela inerentes”. A ilação que se pode extrair do mandamento constitucional é a de que a “ampla defesa” só se dá desde que usados os recursos que a integram. É mais um argumento em prol da validade do apelo da defesa técnica contrariando a vontade do réu.

Incumbe assinalar que o apelo em nada prejudicaria o réu, dada a vedação da *reformatio in pejus*, expressamente prevista no artigo 617, *in fine*, do CPP. Em outras palavras: por que impedir-se um recurso que só poderia, em última análise,

trazer benefício ao acusado? Portanto, ainda que se analise o *thema* no plano prático ou da mera conveniência só vantagens adviriam para o imputado com a admissão do apelo. Por que descartá-la?

Ao que foi dito há que somar-se um novo dado, extraído da Lei 8.906, de 04 de julho de 1994, que dispôs sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Ao tratar da atividade da advocacia (Título I, Capítulo I), estabelece o artigo 2º, § 2º da referida lei que constitui *minus público* do advogado, em processo judicial, a “postulação de decisão **favorável**” (grifo meu) ao seu constituinte. Ora, se a lei assim cuidou da matéria, acaso não haveria ilogismo em vedar-se o conhecimento de um recurso que só benefícios poderia trazer para o réu, cerceando a ação do advogado ao buscar, para seu constituinte, decisão **mais favorável** e sem qualquer risco para o acusado?

Não terminam aí as razões em favor do conhecimento do apelo em tais circunstâncias. É que, como sabido, o Ministério Público pode impetrar *habeas corpus* em favor do réu (artigo 654, *caput*, parte final do CPP). Suponha-se, à guisa de argumentação, que o réu, uma vez condenado em processo manifestadamente nulo, ao ser intimado de forma pessoal de sentença condenatória, alegasse que não desejava apelar e que a defesa técnica, por *fas* ou por *nefas*, não apelasse do decisum eivado de nulidade absoluta. Acaso tal sentença deveria subsistir? Evidentemente que não; bastava a impetração de *habeas corpus* pelo Ministério Público objetivando desconstituir o julgado nulo, que, uma vez acolhido, faria desaparecer a condenação ilegal, pouco importando a vontade do réu. Vê-se, aqui, de forma bem nítida, como o verdadeiro valor absoluto e irrenunciável é a liberdade, que não pode ser tolhida em caso algum. Queira ou não o réu.

É preciso ter em conta que o Ministério Público pode, também, apelar em favor do réu, sem necessitar de aquiescência do imputado. Impõe-se registrar que, embora a lei processual penal não contenha expressa previsão a respeito do recurso em questão, tal como ocorre, por exemplo, em relação ao *habeas corpus*, como já assinalado, o Ministério Público tem não só legitimidade como interesse em recorrer contra a sentença condenatória ilegal ou injusta. Assim já se manifestou o Pretório Excelso em mais de uma oportunidade (RECrIm 86.088, DJU, 18.02.77, p. 9037 e RECrIm 91.836, DJU, 12.12.80, p. 10582). Esta, por sinal, era a orientação seguida pelo saudoso Ministro Cordeiro Guerra (RT 547/441 e 442).⁶ Aliás, merece reparo a expressão “recurso em benefício do réu”, pois, na verdade, o Ministério Público não apela em favor do acusado mas sim no sentido de ver realizada a justiça, objetivo maior da Instituição. Surge, assim, de maneira insofismável, que, quando em jogo direitos indisponíveis (dentre os quais a liberdade ocupa o primeiro plano), a vontade do réu não conta.

⁶ Referências à jurisprudência do STF e outros, *apud* Código de Processo Penal Anotado, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 401, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

Mas ainda há o que dizer em relação ao assunto. No caso de concurso de agentes, a decisão de recurso interposto por um dos réus, se fundada em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros. É caso de mera extensão do julgado (artigo 580 do CPP). Avente-se a seguinte hipótese: em determinado feito criminal são condenados dois réus, que agiram em concurso. Um deles apela sustentando, por exemplo, a atipicidade do fato. Já o outro, não importa o motivo, manifesta vontade de não apelar. O Tribunal, conhecendo do recurso, caso acolha as razões do apelante de que o fato não constitui infração penal, fará estender ao co-réu que não apelou os efeitos da decisão, pouco importando tenha o outro imputado concordado com a condenação ilegal. É mais um argumento a demonstrar como é de pouca valia a vontade do réu em face de dois valores indisponíveis: o da liberdade e o da realização de justiça.

É por tal razão, aliás, que os tribunais podem conceder *habeas corpus* de ofício quando verificarem, no curso do processo, que alguém sofre ou se encontra na iminência de sofrer constrangimento ilegal⁷ (artigo 654, § 2º do CPP), pouco valendo a vontade do acusado. O Supremo Tribunal Federal, por sinal, já admitiu a admissibilidade de extensão do julgado a que se refere o artigo 580 do CPP até mesmo pela via angusta do *habeas corpus* (RTJ 101/127)⁸, que, como sabido, pode ser impetrado por qualquer pessoa em favor do réu, contando ou não com a sua aquiescência.

A doutrina, ao examinar o tema, igualmente, também já manifestou entendimento no sentido da posição aqui assumida no caso em que a autodefesa e a defesa técnica sigam linhas antagônicas. Registre-se o ensinamento: “divergência entre a posição do acusado e a do defensor também pode ocorrer quando o primeiro, intimado da sentença”, alega que não deseja apelar, vindo, ao empós, o defensor a recorrer, quando, por sua vez, intimado. Nesses casos, entende-se deve prevalecer a posição da defesa técnica, mais benéfica ao réu...

O não-conhecimento do recurso, nesta hipótese, acarreta nulidade.⁽⁸⁾

Portanto, sempre que não for possível obter-se a desejável interação da autodefesa com a defesa técnica em matéria de interposição do apelo, há que prevalecer o caminho traçado pelo *expert* em favor do recurso, sem dúvida mais benéfico ao réu, bem como por atender ele, dentro da melhor técnica, aos princípios que tutelam o direito de defesa no campo da lei processual penal e, principalmente, perante a Constituição Federal.

Seria de todo conveniente, para evitar o desencontro, que os Tribunais superiores estabeleçam ato normativo (Provimento) recomendando aos juizes do primeiro grau de jurisdição que, quando possível, a intimação da sentença condenatória

⁷ Referências à jurisprudência do STF e outros, *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 384, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

⁸ *As nulidades do Processo Penal*, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, pág. 79, Malheiros Editores, 4ª Edição.

para o réu se desse na presença do seu advogado. É certo que a providência, sem dúvida salutar, não impediria a eventual divergência quanto à interposição do apelo, mas serviria, não há negar, para tornar menos freqüente a colidência de defesas.

* Sergio Demoro Hamilton é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Santa Úrsula, ex-Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis - RJ e ex-Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

O Ministério Público, O Crime Organizado e a nova Ordem Processual Penal

WALBERTO FERNANDES DE LIMA E
MENDELSON ERWIN K. CARDONA PEREIRA (*)

“...Em alguns Estados, na Inglaterra, por exemplo, como na antiga Roma, falta a instituição do Ministério Público - um magistrado que, independentemente da vontade dos offendidos, tem a missão de perseguir o delito até obter a sua justa punição. Uma tal instituição é um verdadeiro progresso, porque significa que o combate contra o crime é um dever social e não uma faculdade do cidadão.”

(GAROFALO-1908)⁽¹⁾

Sumário: I - Introdução. II - Segurança Pública e a atual sistemática da polícia judiciária. III - A posição constitucional do Ministério Público e a Segurança Pública. IV - A efetividade da atuação do Ministério Público diante das investigações de polícia judiciária. V - A atividade investigatória do Ministério Público na fase pré-processual e sua instrumentalização. VI - Órgãos de execução e atribuições relativas a atuação em matéria criminal. VII - Conclusões a serem submetidas a discussão e votação pela Comissão Técnica, Grupos de Trabalhos Setoriais e pelo Plenário do X CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

I - Introdução

A segurança pública consiste numa situação de preservação ou restabelecimento da convivência social que permite que todos gozem de seus direitos ou exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses⁽²⁾.

¹ in, *CRIMINOLOGIA- Estudo sobre o delicto e a repressão penal*. Livraria Clássica Editora, 2ª edição, pág. 403, Lisboa.

² José Afonso da Silva, in *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 650, 6ª edição.

Mostrando a segurança pública as suas faces, verifica-se que uma delas está ligada estreitamente ao próprio Estado no momento em que este é chamado a garantir a estrutura das instituições.

Por outro lado, a maior aspiração social situa-se em relação àquela face voltada para o indivíduo, no exato instante em que o mesmo tem o direito de exigir deste Estado a sua tranquilidade, assim como de ver garantidas as condições e circunstâncias para o seu trabalho e bem estar social.

Face a esta realidade, a par dos instrumentos repressivos do poder público no combate à criminalidade, os quais se situam como imprescindíveis ao exercício do dever de prestar segurança, não há como negar-se que a correlata e obrigatória investigação para apuração de infrações penais tem se revelado incapaz, nos moldes em que está ordenada legalmente, de permitir a deflagração da ação penal, quer nas infrações de menor potencial ofensivo quer naquelas de maior gravidade.

Diante desta constatação fática pela sociedade, principalmente pela estrutura galgada pelos criminosos, como nunca acontecera, nos dias atuais, cada um do povo está a esperar uma pronta ação do Ministério Público diante do acelerado crescimento da violência urbana, pois, apesar de não ser responsável diretamente pela segurança pública, a ela está intimamente ligado em razão de ter recebido do legislador constituinte o controle externo da atividade policial e a exclusividade da ação penal pública, bem como a defesa do regime democrático, pressupondo esta, preponderantemente, a guarda de cada um dos direitos fundamentais.

Quanto aos meios para fazer valer estes direitos fundamentais do cidadão, o qual, sublinhe-se, num futuro bem próximo, lhe cobrará os resultados, cabe ao próprio Ministério Público buscá-los através dos instrumentos jurídicos que timidamente estão à sua disposição, independentemente de uma reforma processual.

II - *Segurança Pública e a atual sistemática da polícia judiciária.*

O legislador constituinte, atento, desta feita, à própria exponência da Segurança Pública como um dos direitos fundamentais, inspiração que encontra agasalho primário na obra de Montesquieu³, de forma mais adequada, vestiu-a do manto constitucional, tratando-a como dever do Estado, sem, contudo, ao lado do direito de tê-la, deixar de apontá-la como responsabilidade de todos.

Senão, vejamos:

“Art. 144. A Segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

³ in *Espírito das Leis* - Livro XI, Cap. VI.

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpo de bombeiros militares.”

A análise do texto constitucional não enseja dúvida que a função da polícia, tanto preventiva quanto judiciária, vale dizer, no que concerne à manutenção da ordem pública interna, é encargo pertencente aos Estados. Não obstante essa dicção extraída, deve ser observado que houve uma reserva de atribuições à própria União, haja vista a manutenção da Polícia Federal, para a qual, inclusive, foi assegurada com exclusividade as funções de polícia judiciária daquele ente, consoante se verifica pelo exame da norma inserta no inciso IV, do § 1º, do dispositivo suso mencionado.

Como se sabe, a sistemática das funções da Polícia Judiciária está disciplinada no Código de Processo Penal, nos artigos 4º a 23, sendo certo que tem por escopo básico a apuração das infrações penais e da sua autoria, cuja instrumentalização perfaz-se através do inquérito policial.

Neste diapasão, se pode afirmar que a segurança pública, no tocante à polícia judiciária, vai ser exercida com fulcro nas citadas normas do diploma dos ritos, dado terem sido recepcionadas pela Carta Federal, em que pese a existência de outros dispositivos constitucionais a apontar a incompatibilidade da vigência de algumas destas mesmas normas, como adiante será focalizado.

III - *A posição constitucional do Ministério Público e a Segurança Pública.*

Contemplando os avanços de muito reclamados pela sociedade, a nova ordem constitucional consolidou o Ministério Público como instituição permanente, reservando-lhe, dentre outras, a mais árdua das tarefas: a defesa do regime democrático.

Nas sábias palavras de Eurico de Andrade Azevedo,⁴ “... a manutenção da ordem democrática e o cumprimento das leis são condições indispensáveis à existência de respeito e ao estabelecimento da paz e da liberdade entre as pessoas. Há, pois, uma íntima relação, delimitada em lei, entre o equilíbrio da vida social e o fiel exercício das funções próprias do Ministério Público.”

Um regime democrático, seja qual for o conceito a ser estabelecido para sua real afirmação e vigência, jamais pode prescindir do integral e absoluto respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos, dentre os quais o direito à segurança aparece como preponderante, pois é garantia para o exercício pleno dos demais. Assim,

⁴ Hugo Nigro Mazzili, in *O Ministério Público na Constituição de 1988*. Ed. Saraiva, 1989, p. 50.

quaisquer fatos que possam afetar a regular atividade a ser desenvolvida pelo Estado para a preservação da ordem pública, aqui entendida amplamente, irão reclamar a ação e intervenção do Ministério Público.

Posta esta questão, se deve atentar para a especial atenção que se dá à atribuição atinente ao controle externo da atividade policial - elencada a nível constitucional como função típica do Ministério Público (artigo 129, inciso VII) - em detrimento a atuação como um todo que deve se ter em relação ao regular exercício da segurança pública pelo Estado como um direito fundamental.

Com efeito, este controle por estar necessariamente compreendido naquelas áreas em que a atividade policial se relaciona com as funções institucionais do Ministério Público, no caso, a própria polícia judiciária e sua tarefa de apurar as infrações penais, parece esgotar a matéria pertinente à segurança pública, o que absolutamente não é verdadeiro, a teor do que consta da ordenação normativa até o momento elaborada para discipliná-lo, como se verifica na Lei Complementar nº 75/93:

“Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais, podendo:

- I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;
- II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;
- III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidades ou abuso de poder;
- IV - requisitar à autoridade competente a instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;
- V - promover a ação penal por abuso de poder.”

Interessante é notar a postura do legislador constituinte mineiro que veio a inserir, com alguns avanços, no próprio texto da carta estadual, a disciplina básica do controle externo:

Art. 125 -

.....
II - controle externo da atividade policial, por meio do exercício das seguintes atribuições, entre outras:

- a) fiscalizar o cumprimento dos mandados de prisão;
- b) receber, diretamente da autoridade policial, os inquéritos e quaisquer outras peças de informação;
- c) fixar prazo para prosseguimento do inquérito policial;

- d) requisitar diligências à autoridade policial;
- e) inspecionar as unidades policiais civis ou militares;
- f) receber cópia de ocorrência lavrada pela Polícia Civil ou pela Polícia Militar;
- g) avocar, excepcional e fundamentadamente, inquérito policial em andamento.

Assim, a função do controle externo da atividade policial, conquanto esteja abrigada na Lei maior, não significou um maior avanço para o Ministério Público, pois continua a se enfeixar como um conjunto de princípios prévios a possibilitar a melhoria dos elementos de persuasão íntima destinados a formação da *opinio delicti* do Promotor de Justiça, matéria institucional que já encontrava tratamento na Lei Complementar nº 40/80.

Insta assinalar, que a posição constitucional do Ministério Público, quanto à segurança pública, não se esgota nessas funções, reclamando uma das suas missões básicas, qual seja, aquela de defender o regime democrático, a ser cumprida *interna corporis* mediante os demais mecanismos de atuação previstos na própria Constituição.

IV - A efetividade da atuação do Ministério Público diante das investigações de polícia judiciária.

No que se relaciona à polícia civil dos Estados, esta, além de exercer a atividade de polícia administrativa, de caráter preventivo e em harmonia com a polícia militar, tem também a incumbência de investigar a prática de condutas penalmente típicas.

A atividade persecutória desenvolvida pela polícia judiciária desenvolve-se basicamente através do inquérito policial, sendo certo que o legislador ordinário regula a sua formação e respectivo procedimento nos artigos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º e 10, aos quais se adicionam outras normas de atuação do Título I, do Livro I, do Código de Processo Penal.

O efetivo e honesto cumprimento pela Autoridade Policial dos comandos legais citados ante a ocorrência de um crime, em linha de princípio, tão-só demandaria a atuação do Parquet quando do recebimento do inquérito. Mas todos sabem e, sobretudo, nós sabemos, que o concurso investigatório da polícia hoje encontra-se falido, haja vista a corrupção avassaladora existente, atuação criminosa que, pela inércia das instituições com obrigação de combatê-la, dia a dia transforma os agentes públicos em parceiros do crime organizado.

O mecanismo ordinário de combate exercido pelo Ministério Público através do controle externo da atividade policial, como estatuído legalmente, mostra-se inteiramente incapaz de produzir resultados positivos, não só pela ineficácia de seus instrumentos - *velhos remédios para abater a resistência de bactérias de última*

geração do crime organizado -, mas também pela individualidade solitária da atuação dos órgãos de execução, facilmente derrotada pelos empresários públicos do crime.

A jornada diária nos leva à conclusão que o Ministério Público tem ocupado a posição de mero repassador-exeqüente dos fatos delituosos que a polícia judiciária quer que sejam encaminhados a juízo, quase sempre refletindo um universo de delitos sem maior relevância penal no tocante ao potencial ofensivo, devendo ainda ficar ressaltada, a inexistência de inquisições versando sobre a macrocriminalidade, tais como aquelas relativas às quadrilhas (verdadeiros exércitos!) do tráfico de entorpecentes, do furto e roubo de automóveis, das instituições financeiras, e dos grandes estelionatários, entre outros.

Por outro lado, nossa experiência e a alienígena retratam, sem retoques, que o crime organizado somente consegue ter estrutura e expandir-se com o concurso do Estado, inclusive por omissão, relevando notar que, subitamente, há uma perigosa evolução dessa mera postura omissiva para uma efetiva sociedade com aquela espécie de criminalidade, deixando o cidadão incrédulo quanto à segurança exercida pelo poder público em face do quadro generalizado de impunidade dos criminosos.

V - A atividade investigatória do Ministério Público na fase pré-processual e sua instrumentalização

Não obstante, a criação, em vários Estados, de grupos especializados de Promotores de Justiça para atuarem em inquéritos relativos a certa categoria de delitos, que, via de regra, mais atendiam ao Poder Executivo, a primeira semente para um novo posicionamento do Ministério Público na investigação, sem dúvida foi plantada no Rio de Janeiro, no ano de mil novecentos e noventa e um, com a criação das Centrais de Inquérito, através da Resolução nº 438 da Procuradoria-Geral de Justiça.

O surgimento de Promotorias de Investigação Penal, longe de ser o ideal por nós previsto, vem conseguindo de uma forma satisfatória situar o Promotor de Justiça na área de atuação de uma Distrital.

Com a existência deste novo órgão de execução na Capital, tornou-se possível, ainda que acanhada e embrionariamente, a reprodução na grande cidade do papel desempenhado pelo Promotor de Justiça no interior, inclusive aproximando o cidadão do Ministério Público.

Como órgão centralizador da apuração das infrações penais perpetradas, notadamente em relação ao recebimento direto dos inquéritos policiais instaurados, estes investigatórios passaram a ser distribuídos, tão-somente nas hipóteses de ajuizamento de denúncia, arquivamento ou postulação de medidas de natureza cautelar penal, quando então se pode canalizar em Promotorias de Investigação Penal a verificação da criminalidade em determinadas regiões da própria Capital e área metropolitana, com a divisão das atribuições em conformidade às unidades policiais dis-

tritaís existentes.

Mais do que isso, hoje se tem Promotores de Justiça atuando junto às Delegacias Especializadas, em Promotorias Naturais, onde, sabidamente, situam-se de uma forma mais destacada os focos de criminalidade policial e do crime organizado.

A criação de Promotorias de Investigação Penal Naturais, sem dúvida, importou não só num avanço em relação ao controle externo da atividade policial, mas também na própria efetivação do controle do exercício da segurança pública pelo Estado.

A par disto, o recebimento de notícias de crimes e peças de informação, inclusive remetidas pelo Judiciário, ao lado do comparecimento diário de pessoas narrando a prática de delitos, exigiram mais do que a simples requisição de inquéritos policiais, reclamaram a feitura de investigações pré-processuais próprias, sobretudo porque em várias oportunidades, depois de estafantes cruzamentos de dados contidos em inquéritos e peças de informação, com a obtenção de medidas cautelares, tais como mandados e busca e apreensão e mandados de prisão, constatou o Ministério Público a impossibilidade, em alguns casos, de contar eficazmente com o trabalho investigatório da polícia judiciária.

Assim, cremos que o maior avanço no campo da investigação penal está se dando justamente naquelas hipóteses em que a polícia judiciária se mostra impotente para as investigações, seja pela complexidade do fato (como por exemplo em casos de erro médico), seja pelo desinteresse na própria investigação (crime organizado e corrupção policial).

Diante deste quadro, surgem duas situações distintas que merecem a devida análise: o acompanhamento dos Inquéritos Policiais pelo Ministério Público; e a instauração de procedimentos preparatórios de investigação penal pelo Ministério Público.

Assim, pelo que vimos não há como o *Parquet* enfrentar a problemática do crime organizado sem que se utilize dos instrumentos legais de investigação que lhe foram outorgados para o desempenho de suas atribuições.

Sustentam alguns autores⁽⁵⁾ que a criminalidade organizada - aquela que surge quando o braço com o qual pretendemos combater toda e qualquer forma de criminalidade seja tolhido e paralisado: quando Legislativo, Executivo ou Judiciário se tornem extorquíveis ou venais, compreendendo uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas (tráfico de drogas e corrupção) e portanto não é levada ao conhecimento da autoridade pelo particular -, é menos visível que criminalidade de massas - aquela que afeta a população sobressaltando-a ou atingindo-a como vítimas reais ou possíveis (roubo, furtos, etc...).

⁵ Winfried Hassemer, in "Segurança Pública no Estado de Direito" - Revista Brasileira de Ciências Criminaís, pág. 58, vol. 05, 1994.

Sem dúvida, aquele tipo de delinqüência tangencial ao cidadão - criminalidade de massas - durante muito tempo foi a sua maior causa de preocupação. Hoje, sem se esquecer dessa infeliz experiência, percebe este mesmo cidadão que a criminalidade organizada, que contamina as instituições, atingindo as raízes da estrutura do Estado, a longo prazo, e por não receber a devida resposta penal, o fere mais profundamente do que aquela primeira, a qual, num curto espaço de tempo, acaba por se tornar uma conseqüência inevitável desta última forma de desestabilização social, ou seja, o crime organizado.

Posto isto, e ciente da inexistência de uma profícua investigação pré-processual acerca dessa criminalidade organizada, necessário se torna o aparelhamento jurídico do Ministério Público para o eficaz combate a essas organizações criminosas de modo a permitir-se a conseqüente deflagração da ação penal.

Com a Lei nº 8.625/93⁶, no capítulo atinente às **Funções dos Órgãos de Execução**, o legislador, no art. 26, inciso I, autorizou o Ministério Público a instaurar procedimentos administrativos.

Antes que se diga que estes procedimentos administrativos referem-se apenas ao inquérito civil, relembramos por oportuno, como destacado em trabalho anterior⁷, que "...quando a lei se reportou aos *procedimentos administrativos pertinentes*, obviamente o fez em alusão a todos os outros que não se referissem ao inquérito civil, e dentre estes outros, as peças de informação penal preparatória no âmbito do próprio Ministério Público, isto porque, em relação aquele, ou seja, o inquérito civil, já havia se utilizado da fórmula genérica *outras medidas* para expressar os seus desdobramentos e aplicações múltiplas, uma vez que não poderia inserir na norma a totalidade dos casos que lhe fossem suscetíveis."

E mais:

"...Neste particular, cabe destacar que a referência feita a '*outras medidas*' diz respeito a qualquer procedimento administrativo inerente ao inquérito civil, já que toda providência ministerial neste sentido será sempre de natureza administrativa, à exceção de quando tiver que propor uma medida judicial.

Entendido isto, não se pode aceitar que a referência feita a procedimento administrativo toca direta e exclusivamente ao inquérito civil, sendo então de melhor doutrina admiti-la como alusão a toda e qualquer atividade administrativa *afeta às funções ministeriais*..."

⁶ Lei Orgânica do Ministério Público - Dispõe sobre normas gerais para organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências (D.O.U. de 15.02.93).

⁷ Walberto Fernandes de Lima, *in* "A quebra do sigilo bancário por ato do Ministério Público Estadual" - Tese aprovada por unanimidade no XIV Encontro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1993.

Com esta expressa autorização de instaurar procedimentos administrativos, inclusive no âmbito penal, tem-se, agora, a possibilidade de instrumentalizar-se a persecução pré-processual pelo próprio Parquet, independentemente das atribuições de polícia judiciária afetas à polícia civil dos Estados.

Estes procedimentos administrativos admitidos na nova lei, se devidamente analisados no campo processual-penal, nada mais irão importar do que o aperfeiçoamento daquelas peças de informação de que trata, ainda que de uma forma acanhada, o Código de Processo Penal nos seus artigos 28, 39, § 5º, e 46, § 1º, e que de há muito não impediam uma investigação ministerial própria na fase pré-processual.

VI - Órgãos de execução e atribuições relativas a atuação em matéria criminal

A estrutura dos órgãos de execução do Ministério Público em matéria criminal sempre se norteou para estabelecer as atribuições em consonância com o órgão judiciário competente, fazendo com que a atuação ministerial fosse sempre realizada de forma difusa, impedindo, conseqüentemente, uma visão global a permitir o efetivo controle sobre o real exercício da segurança pública pelo Estado.

No Estado do Rio de Janeiro, como já vimos, com a criação da Central de Inquéritos, conseguiu-se, através da concentração das investigações pré-processuais, apenas atenuar este quadro, pois a atribuição do Promotor de Investigação Penal encerra-se com o ajuizamento dos investigatórios.

O estágio avançado que atingiu a atividade criminosa reclama um aperfeiçoamento dos instrumentos legais afetos ao Ministério Público, notadamente no seu aspecto estrutural, porquanto a criminalidade, antes resumida a fatos isolados, hoje atinge os mais variados segmentos da sociedade de forma organizada.

É necessário assim, que haja uma reestruturação dos órgãos de execução em matéria criminal, de sorte que o Promotor de Justiça não tenha sempre a sua atribuição vinculada a um único juízo, mas sim a apuração de uma infração penal.

Dessarte, entendemos que somente com a criação de Promotorias de Justiça com atribuição para atuar desde a investigação das infrações penais até o julgamento em primeiro grau de jurisdição será possível efetivar o direito constitucional do cidadão à segurança.

Por outro lado, estes órgãos de execução a serem criados, deverão abranger mais de um cargo de Promotor, de modo a permitir o total acompanhamento das investigações e atos judiciais e evitar a indesejável personificação solitária do membro do Ministério Público.

Finalmente, diante de tudo que foi exposto, temos que pensar num Ministério Público moderno, verdadeiramente cômico da finalidade de suas atribuições, tidas não só pelo aspecto literal, mas sim como reflexo dos inadiáveis anseios do povo por uma sociedade mais justa e capaz de propiciar a todos o mínimo que uma Constituição pode e deve assegurar: o cumprimento e respeito aos direitos e garantias individuais.

**VII - Conclusões a serem submetidas à discussão e votação pela
Comissão Técnica, Grupos de Trabalhos Setoriais e pelo Plenário
do X Congresso Nacional do Ministério Público**

1 - O Ministério Público Estadual, com fundamento no art. 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, está autorizado a instaurar *procedimento administrativo*, como investigação penal preparatória própria, no qual poderá se valer dos instrumentos persecutórios previstos no citado dispositivo legal, sendo esta a melhor forma de poder exercer com plenitude o combate ao crime organizado;

2- Para o eficaz controle do exercício da segurança pública pelo Estado, é necessário o Ministério Público reestruturar seus órgãos de execução em matéria criminal, desvinculando-os do órgão judiciário competente, dotando-os de atribuições para atuar desde o início da apuração das infrações penais até o julgamento em primeiro grau de jurisdição, sendo certo que os órgãos a serem criados deverão abranger mais de um cargo de Promotor, de modo a permitir o total acompanhamento das investigações e atos judiciais e evitar a indesejável personificação solitária do membro do Ministério Público.

* Walberto Fernandes de Lima e Mendelsohn Erwin K. Cardona Pereira são Promotores de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Titulares de Promotorias de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos.

Responsabilidade civil, Juízo de rito administrativo

Apresentação de Carlos de Azevedo de Almeida e José
de Faria Pereira

Tradução de Carlos de Azevedo de Almeida

Apresentação de José de Faria Pereira

PARECERES E RAZÕES

1962-63

1ª edição

Este livro de pareceres e razões, publicado em 1962, contém os pareceres e razões emitidos pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) em 1962 e 1963, relativos a recursos fiscais de natureza administrativa. O livro é dividido em duas partes: a primeira contém os pareceres e razões emitidos em 1962 e a segunda contém os pareceres e razões emitidos em 1963. O livro é destinado aos advogados, aos contribuintes e aos funcionários do CARF.

Este livro contém os pareceres e razões emitidos pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) em 1962 e 1963, relativos a recursos fiscais de natureza administrativa. O livro é dividido em duas partes: a primeira contém os pareceres e razões emitidos em 1962 e a segunda contém os pareceres e razões emitidos em 1963. O livro é destinado aos advogados, aos contribuintes e aos funcionários do CARF.

Este livro contém os pareceres e razões emitidos pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) em 1962 e 1963, relativos a recursos fiscais de natureza administrativa. O livro é dividido em duas partes: a primeira contém os pareceres e razões emitidos em 1962 e a segunda contém os pareceres e razões emitidos em 1963. O livro é destinado aos advogados, aos contribuintes e aos funcionários do CARF.

Responsabilidade civil. Teoria do risco administrativo.

Sétima Câmara do Tribunal de Alçada Cível Apelação nº 5192/95

Apelante: Expresso Pégaso Ltda.

Apelados: Ana Cristina dos Santos por si e representando seus filhos

Ação de responsabilidade civil. Teoria do Risco Administrativo. Inteligência do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Prova robusta do preposto da vítima para a ocorrência do evento letal. Inexistência de prova, por parte da empresa, da culpa exclusiva da vítima para o acontecimento. Verbas indenizatórias devidamente fixadas. Reparo apenas no tocante à fixação da honorária advocatícia. Parecer no sentido do provimento parcial do recurso tão somente para a correção desse ônus sucumbencial.

PARECER

Egrégia Câmara:

Cuida-se de ação de indenização pelo procedimento sumaríssimo julgada procedente pela r. sentença de fls. 81/90 da lavra do douto Juiz Dr. Fernando Foch de L. Arigony. Razões às fls. 94/97. Contra-razões não apresentadas. Parecer do Ministério Público da lavra da douta Promotora de Justiça Dra. Maria Lúcia Farrulla às fls. 100/102 prestigiando o *decisum* no mérito, pleiteando-lhe a reforma apenas no tocante à fixação dos honorários sucumbenciais.

Nenhum reparo há que ser feito na decisão monocrática, no tocante ao *meritum*. A análise da prova foi feita de forma cuidadosa pelo digno Magistrado *a quo*. A hipótese em tela se subsume à teoria do risco administrativo consagrada no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Caberia, portanto, à empresa Apelante comprovar a culpa exclusiva da vítima para o trágico evento e não o fez. Na verdade, a prova da culpa de seu preposto é, ao nosso ver, contundente. A testemunha presencial Luci Desiderati de Amorim, cujo depoimento se acha acostado às fls. 40 detalhou o acidente:

“que um ônibus da ré, vindo em sentido contrário e em alta velocidade, logo após a saída de uma curva, teve de dar uma guinada na

direção para não atingir o segundo ônibus parado, com o que rabeou em razão de qualquer manobra para evitar outra colisão, mas derrapou em virtude mesmo da curva; que a vítima estava em pé sobre a calçada que separa as pistas... que a calçada em que estava a vítima é oposta aquela outra onde há o ponto de ônibus no qual os dois coletivos já mencionados estavam parados...” (g.n.)

Outra testemunha presencial, Deonézio da Cunha Andrade, cujo depoimento encontra-se às fls. 42, dá-nos uma idéia da frieza, do descaso, do condutor do veículo:

“que o motorista atropelador parou o coletivo um pouco adiante, veio a pé até a vítima e foi, digo, olhou-a rapidamente e foi-se embora; que a vítima estava sobre a calçada.”

O subdesenvolvimento é uma tragédia. Nesse país de trágicos contrastes, onde o pobre é tratado como mercadoria (de segunda), a morte de mais um infeliz não acarreta verdadeiramente uma perda. A classe, dita baixa, tornou-se descartável inclusive para programas televisivos de mau gosto. A exploração da mão-de-obra do pobre é desumana, cruel, escravagista. Hipocrisia falar-se em libertação dos escravos no nosso país. Trata-se de piada de humor negro! O retrato da escravidão se revela, por exemplo, no assardinhamento desses trabalhadores sofridos nesses ônibus lotados dirigidos, muitas vezes, por desequilibrados, onde o lucro está acima de tudo. Pode-se imaginar a tragédia, sim, tragédia, de um trabalhador que é obrigado a enfrentar um transporte ultrapassado, insuficiente, todos os dias, para receber ao final do mês um salário de fome. Mas no capitalismo selvagem as coisas funcionam assim. Quanto mais miséria melhor porque mais barata se torna a mão-de-obra. Eugênio Raul Zaffaroni, no seu genial livro *Em busca das Penas Perdidas*, enfrenta o número absurdo dos acidentes de trânsito que ocorrem nos países latino-americanos, deixando clara a inocuidade das penas criminais (daí penas perdidas). Para resumir nosso desabafo, cremos que a sede da RESPONSABILIDADE CIVIL reúne os elementos básicos para uma revolução contra a impunidade. E a responsabilidade de nossos Tribunais na reversão desse quadro é enorme. Os donos do poder têm uma sensibilidade extremamente apurada na área dos bolsos e da Bolsa. Portanto, a indenização age como força propulsora de providências renovadoras por parte do empresário no sentido de corrigir distorções e melhorar os serviços. Não por compaixão mas por ambição ou medo de maiores perdas.

Conforme salientado pela Dra. Curadora de Ausentes, às fls. 76:

“Quanto aos depoimentos das testemunhas da ré, verifica-se que os mesmos são contraditórios, em nada esclarecendo sobre a mecânica do evento.”

E a ilustre Promotora de Justiça Dra. Maria Lúcia Farrulla, no seu douto parecer de fls. 100/102, o qual incorporamos ao presente, sustenta que:

“Quando em juízo, conforme assentada de fls. 39, a Apelante desistiu da oitiva do condutor do veículo, seu preposto, não cuidando, assim, de melhor comprovar os argumentos de sua contestação. Nessa oportunidade, foram ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, sendo que as dos autores, fls. 40 e 42, confirmaram, sem qualquer discrepância, os depoimentos prestados anteriormente, com riquezas de detalhes, sendo de se salientar que são testemunhas visuais do fato. Quanto às testemunhas da ré, de fls. 43 e 44, a primeira afirma não ter visto o acidente, embora viajasse no ônibus da ré e, a segunda, assevera que a vítima não foi atropelada, tendo caído na calçada após tropeçar no meio-fio.”

Concordamos que o único reparo que está a merecer o *decisum a quo* diz respeito à verba honorária, transcrevendo-se assim a jurisprudência mencionada no penúltimo parágrafo do parecer supra-citado:

“Tratando-se de ação indenizatória por ato ilícito, os honorários advocatícios devem ser fixados com base na soma das prestações vencidas e de doze das vincendas” (Ac. unân. da 2ª T. do STF no RE 91172-RJ, rel. Min. Moreira Alves; DJ 10.9.79, pág. 6681).

Do exposto, o parecer da Procuradoria de Justiça é no sentido do provimento parcial do recurso tão-somente para estabelecimento dos limites de incidência das verbas honorárias.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 1995.

Adolfo Borges Filho

Procurador de Justiça

*Legítima defesa da honra.
Inadmissibilidade em caso de adultério*

*Tribunal de Justiça
4ª Câmara Criminal
Apelação Criminal nº 1639*

Apelantes: O Ministério Público e outro

Apelados: Os mesmos

Apelação. Réu que noticiadamente pilhou sua esposa de madrugada em colóquio com outro homem no interior de um caminhão estacionado nas proximidades de sua residência e, então, assassinou-a com três tiros, um dos quais atingindo-a pelas costas. Reconhecimento pelo Conselho de Sentença de sustentada tese de legítima defesa da honra. Recurso ministerial visando a cassação do veredicto popular por manifestamente afrontoso à prova dos autos. Procedência. “Nem a lei nem a moral asseguram ao marido traído o direito de matar a esposa ou o amante desta. Legítima defesa que, em tese, poderá resultar em privilégio que não conduz à absolvição mas à diminuição da pena. Decisão manifestamente ao divórcio da prova. Provimento da apelação do Ministério Público para que seja o apelado submetido a novo julgamento” (Apelação nº 3819, 1ª Câmara Criminal do TJRJ, rel. Des. Pires de Albuquerque). “Legítima defesa da honra. Novo julgamento pelo Júri. Veredicto sem o mínimo apoio na prova, pois constituindo a honra atributo pessoal, o pretenso adultério da mulher não pode evidentemente atingir a honorabilidade do marido. Provimento do apelo” (Apelação Criminal nº 12485, 1ª Câmara Criminal do TJRJ, rel. Des. Nicolau Mary Júnior). II - Parecer da Procuradoria de Justiça em comunhão com os precedentes citados que se orienta no sentido do conhecimento e do provimento do apelo ministerial, anulando-se o hostilizado veredicto popular de forma a propiciar a oportuna renovação do julgamento do réu pelo Tribunal do Júri, conhecendo-se também o recurso manifestado pelo réu, mas considerando-o prejudicado por falta de objeto.

PARECER

Egrégia Câmara:

1. *Antonio dos Santos* foi submetido a julgamento pelo Júri Popular reunido na Comarca de São João da Barra sob a increpação, consubstanciada no respectivo libelo, de haver afrontado o artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal. Segundo a notícia constante do processo, reproduzida com fidelidade na mencionada peça acu-

satória, o réu veio a surpreender durante a madrugada sua esposa dentro de um caminhão e então em pleno colóquio com outro homem. Nessa ocasião, armado de revólver, veio a assassiná-la com três tiros, um dos quais atingindo-a pelas costas. Em Plenário a defesa técnica do réu sustentou em prol do mesmo as teses relacionadas com a legítima defesa da honra e com o homicídio privilegiado (fls. 79). Concluídos os debates, os jurados se inclinaram por acolher a primeira delas por maioria de 6 votos a 1 (fls. 73). Outrossim, o Conselho de Sentença também reconheceu que o réu se excedeu culposamente nos limites da reconhecida excludente (fls. 74). Então, em consonância com o pronunciamento popular, a ilustre juíza Aidée Amazoni Maciel Van Horen fez editar a sentença de fls. 75/76, concluindo por impor ao mesmo, sob o regime inicial semi-aberto, pena detentiva fixada definitivamente no montante de 03 anos. Inconformados, apelaram o órgão acusatório e a defesa do réu. O primeiro proclamando que a decisão do tribunal leigo contrariou manifestamente a prova dos autos e o segundo alegando existência de erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena. Os recursos foram devidamente arrazoados (fls. 85/92 e 94/96), constando, outrossim, dos autos as respectivas respostas ofertadas a respeito dos mesmos (fls. 98 e 101).

2. Compreende-se a irresignação ministerial. Ainda que contando com o endosso de algumas decisões admitindo que o uxoricida possa, em tese, invocar legítima defesa da honra ultrajada pelo adultério, é certo que a jurisprudência esmagadoramente vencedora não a admite. É como esclarece oportunamente em seu magistério o Professor Damásio E. de Jesus (*v. Código Penal Anotado*, editora Saraiva, 1991, pág. 25). Aliás, a posição minoritária de reconhecimento da considerada excludente vem cada vez mais se enfraquecendo até mesmo no âmbito dos tribunais populares como registra o professor Julio Fabbrini Mirabete (*Manual de Direito Penal*, Atlas, volume 2, 6ª edição, 1991, pág. 52/53). Os tribunais vêm entendendo que “o homicídio por defesa da honra pela infidelidade do cônjuge é inadmissível no estado atual da civilização e não encontra respaldo no ordenamento jurídico-penal”, que “repugna a consciência jurídica o reconhecimento em favor do marido enganado o *ius vitae et necis*” (RT volume 452/355), uma vez que “a honra é atributo pessoal e não se desloca para o corpo de terceiro, mesmo que esta seja esposa ou marido adúltero” (RT 549/304). Sob essa mesma linha de compreensão a construção tradicionalmente formada no âmbito do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro corre no sentido de reconhecer que nem a “lei nem a moral asseguram ao marido traído o direito de matar a esposa ou o amante desta” (1ª Câmara Criminal, Apelação nº 3819, rel. des. Pires de Albuquerque, Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, volume 1, nº 225, pág. 343), e de proclamar que, “constituindo a honra atributo pessoal, o pretense adultério da mulher não pode evidentemente atingir a honorabilidade do marido” (1ª Câmara Criminal, Apelação nº 12485, rel. Des. Nicolau Mary Júnior, Ementário citado, volume 7, nº 3451, pág. 312). Na doutrina é sempre lembrada pela beleza incomparável de seu estilo a conhecida exposição do saudoso ministro Nelson Hun-

gria argumentando que “o verdadeiro amor é timidez e mansuetude, é resignação, é conformidade com o insucesso, é santidade, é auto-sacrifício, não se alia jamais ao crime. O amor que mata, o amor-Nemesis, o amor açougueiro é uma contrafação monstruosa do amor: é o animalesco egoísmo da posse carnal, é o despeito do macho preterido, é a vaidade malferida da fêmea abandonada” e, por fim, conclui: “aquele que, por simples ciúme ou meras suspeitas, repete o gesto bárbaro de Otelo terá que sofrer a pena inteira dos homicidas vulgares” (v. *Comentários ao Código Penal*, 1942, volume V, págs. 129 e 139). No caso vertente, o apelado desde a fase inquisitorial admitiu que “matou Teresa porque ela estava traindo o depoente” (fls. 08). Interrogado pelo magistrado, o réu foi mais detalhado ao esclarecer: “pôde ouvir a vítima dizer para o motorista olha ele aí, que com isso o depoente não sabe explicar o sentimento que lhe acometeu, se de ciúmes ou de raiva e, puxando o revólver, atirou mais de uma vez em sua esposa” (fls. 37/37v.). Tal versão foi, em substância, reiterada diante dos jurados que julgaram o réu (fls. 71/72). É certo, além do mais, que a infeliz mulher foi abatida com três tiros, um dos quais atingindo-a pelas costas e endereçado à região dorsal da mesma, como se vê pelo orifício de entrada assinalado no esquema de fls. 16. O ciúme, a raiva, o despeito, o ódio ou a vingança são sentimentos que, por si sós afastam a justificativa invocada e com ela não se compadecem. Da mesma forma a emoção e a paixão, como é elementar, não excluem a responsabilidade penal do agente. As características de brutalidade e de impiedade com que agiu o réu, arvorando-se de acusador, julgador e carrasco são inadmissíveis, mormente nos dias de hoje em que a consciência jurídica vem reclamando a descriminalização do crime de adultério. A decisão popular majoritária pondo o réu imerecidamente ao abrigo da excludente da legítima defesa da honra configura evidente erro substancial. Assim considerando, o parecer da Procuradoria de Justiça se orienta no sentido de recomendar que o recurso ministerial seja conhecido e acolhido para anulá-la por manifestamente contrária à prova dos autos, de forma a propiciar que em novo e oportuno julgamento possa o Tribunal do Júri dar a última palavra a respeito. De conseqüência, o apelo interposto pelo réu deve ser conhecido, mas considerado prejudicado por falta de objeto.

Rio de Janeiro, 19 de setembro de 1996.

Adolpho Lerner
Procurador de Justiça

Provido o apelo ministerial para anular a decisão recorrida, submetendo-se o réu a novo julgamento. Prejudicado o apelo da defesa. Unânime.

***Eleitoral - Intimação do Ministério Público para recorrer
(LC 75/95 - art. 18, II, letra "h"). Embargos de declaração***

***Exmo. Sr. Relator do Processo nº 904/96
Tribunal Regional Federal - RJ
Desembargador Paulo Barata***

RAZÕES

O Ministério Público Eleitoral, por intermédio do Procurador Regional Eleitoral, vem, nos autos do processo em referência, em que foi concedida medida liminar, por V. Exa., no sentido da diplomação de 33 vereadores à Câmara Municipal de Nova Iguaçu, em epígrafe, com fulcro no art. 7º da Lei 1.533/51 vem requerer a revogação da medida, nos termos seguintes:

Esta PRE, já interpôs Embargos de Declaração

ao v. acórdão deste egrégio Tribunal, em que foi Relator o E. Des. ENÉAS MACHADO COTA, Proc. nº 904/96, o que fez pelos fundamentos a seguir expostos:

I. Da Tempestividade

Preliminarmente, cumpre ressaltar a tempestividade do presente recurso.

De acordo com o texto do art. 83 do Código de Processo Civil, aqui aplicado subsidiariamente, o Ministério Público, como fiscal da lei, "terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo."

Impende salientar que o prazo para o Ministério Público recorrer começa a contar de sua intimação pessoal (letra "h" do inciso II do art. 18 da LC 75/93 e § 2º do art. 236 do CPC). Ocorre que a sua intimação, quando na função de custos legis, deve ser efetuada após as partes (*in casu*, após a publicação), tendo em vista que até a regularidade da intimação é objeto de fiscalização pelo órgão do *Parquet*.

A assinatura do acórdão é ato meramente administrativo que não pode fixar o termo *a quo* para a contagem do prazo para interposição do recurso, mormente porque a data consignada no acórdão é, em regra, a data do julgamento e, ademais, não é comum que o Ministério Público aponha sua assinatura na mesma data que o nobre Presidente e o eminente Relator.

Ora, a intimação pessoal implica em vista do processo para exame e existe como prerrogativa funcional do Membro do Ministério Público. A sua razão de ser reside na necessidade de garantir ao *Parquet* o mais amplo exercício de suas vastas atribui-

ções e não pode tal prerrogativa se transformar em restrição ao seu mister sob pena de alcançar a lei o reverso do efeito a que esta se destina.

2. Da Contradição

O v. acórdão embargado foi resultado de um julgamento em que se decidiu pelo Arquivamento da comunicação do número de vereadores da Comarca de Nova Iguaçu.

Ocorre que, tanto esta PRE, quanto essa Corte Reg. Eleitoral, foram induzidas em erro, pelo comunicante do ofício de fls. 02, que deixou de informar que, em decorrência da emancipação dos Municípios de Japeri, Queimados e Belfort Roxo, a população de Nova Iguaçu, em verdade, é hoje inferior a 1.000.000 de habitantes, o que afasta a possibilidade de diplomação de um número de vereadores, em quantitativo superior a 21, nos termos do art. 29 inciso IV, alínea "a" da Constituição da República.

Por esta razão e procurando impedir o exaurimento de um erro, a que foi levada a Corte e esta PRE, o MPE, em primeiro grau, requereu o ofício de fls. 23 que foi deferido e expedido às fls. 37, - nº 990/96, no sentido de que o IBGE, respondesse, informando, corretamente, a população atual do Município, evitando, não só ofensa à Constituição, como vigilante desta e da Lei, mas também, a sangria dos cofres públicos da Municipalidade.

Pelo exposto é o presente requerimento, no sentido daquela medida, posto que ausentes os seus pressupostos, ao contrário, ao fixar em 33 a Corte foi induzida em erro, como se constata com o ofício resposta do IBGE, onde está atestado que a população de Nova Iguaçu é de cerca de 803.000 habitantes, diplomados, os 21 (vinte e um) vereadores, observada a urgência que o caso requer, tendo em vista a data limite para a diplomação, dia 19 deste.

É o que se espera e se requer como medida garantidora da boa aplicação da Lei, atendendo essa Corte aos fins sociais a que se destina e às exigências do bem comum.

Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 1996.

Alcides Martins

Procurador Regional Eleitoral

*Fiança. Exame do thema em caso de concurso material.
Mandado de segurança no sentido de obter efeito
suspensivo contra a decisão concessiva da caução.*

*Tribunal de Alçada Criminal
Mandado de Segurança*

Impetrante: Ministério Público Estadual

Impetrado: Juízo da 36ª Vara Criminal da Capital

O **Ministério Público Estadual**, através de seu Promotor de Justiça, no uso de suas atribuições, vem propor a presente **Ação de Mandado de Segurança** a fim de que seja atribuído *efeito suspensivo* ao Recurso em Sentido Estrito interposto no Juízo da 36ª Vara Criminal contra a decisão que arbitrou fiança nos autos da ação penal proposta em face de **Paulo Garcia de Oliveira**, por infringência ao artigo 180 do Código Penal (três vezes), na forma do artigo 69 do citado estatuto repressivo, pelos fatos que ora se passa a expor:

Conforme é possível verificar pelos documentos que instruem a presente ação, o Ministério Público Estadual ofereceu denúncia contra Paulo Garcia de Oliveira pelo crime de receptação (três vezes), em concurso material, no Juízo da 36ª Vara Criminal.

Inobstante encontrar-se o réu preso há menos de sessenta dias e com a prova da acusação já praticamente finda e sem que se encontre nos autos a folha penal, o ilustre Juiz em exercício na mencionada Vara houve por bem conceder liberdade provisória mediante o arbitramento de fiança, o que ensejou a interposição de tempestivo Recurso em Sentido Estrito cuja cópia se encontra em anexo, visando a cassação da fiança, *data venia*, irregularmente arbitrada, pelos motivos ali elencados.

Sem embargo, tratando-se de decisão proferida em 16 de setembro de 1996 e encontrando-se próximo o recesso forense, inclusive dentro deste Egrégio Tribunal, inócuo será o referido Recurso, desacompanhado do efeito suspensivo que ora se pretende obter, considerando-se que até o provável e efetivo julgamento já haverá Sentença de mérito na ação penal em andamento.

Com efeito, o Dr. Juiz *a quo*, em exercício no Juízo da 36ª Vara Criminal, Dr. **Luiz Gonzaga dos Santos**, de forma inesperada e inusitada, sem que se pudesse

cogitar de excesso de prazo na prisão do acusado e sem que procurasse tomar as providências necessárias no sentido de *requisitar* em vinte e quatro horas, por exemplo, a FAC, houve por bem proferir a seguinte decisão:

“Defiro o pedido de liberdade provisória do Réu, notadamente porque ao contrário do que supunha o Magistrado, a prova da acusação não se encerrou nesta data; também considero que não pode o réu arcar com os ônus da demora do Estado em informar no procedimento Criminal os assentamentos constantes na folha de antecedentes; demais, delito imputado ao Réu é afiançável, não tendo a Douta acusação até a presente data conseguido elidir a presunção de inocência que milita em favor do acusado. Assim determino que se expeça a seu favor o Alvará de Soltura, sobre o compromisso e mediante o pagamento de fiança que arbitro em R\$500,00 (quinhentos reais).”

Permissa venia, o despacho acima encontra-se eivado de argumentos frágeis e equivocados.

A uma, porque, não existe ainda, conforme já asseverado, excesso de prazo, máxime quando seria possível ao Magistrado determinar a conclusão da prova de defesa para o início do mês de Janeiro do próximo ano.

A duas, porque, também como já foi realçado, poderia ter o Dr. Juiz *requisitado* a FAC do Recorrido, inclusive, determinando a sua busca e apreensão através de Oficial de Justiça, sendo que certo que, como é do conhecimento geral, existe realmente certa demora na apresentação da folha penal, o que, *in casu*, já ultrapassou pouco mais de um mês.

Averbe-se, ainda, por oportuno, que este não é o único caso na Justiça e tampouco no Juízo da 36ª Vara Criminal em que acusados encontram-se presos aguardando a chegada da FAC para que se possa decidir com segurança a respeito da liberdade provisória.

A três, porque, não seria cabível o arbitramento de fiança, na medida em que, embora em tese afiançável o delito de receptação, conforme já se demonstrou, a imputação que consta na inicial foi de três receptações em *concurso material*, o que, por si só, já seria suficiente para que não fosse concedida a liberdade provisória com fiança.

Nesse sentido a lição do Excelso Pretório:

“Dispondo o art. 323 do CPP que a fiança não será concedida se a pena privativa de liberdade for fixada em mais de dois anos, não há de ser a fiança admitida se houver concurso material e a soma das penas excede de muito aquele tempo” (RT 603/464-5).

No mesmo sentido, veja-se ainda STF, RTJ-102/624, 116/511.

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que, inclusive, consagrou a mesma opinião, ao editar a Súmula 81 que reza:

“Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão.”

Todavia, surpresa maior causou a decisão liberatória após a realização do sumário, onde a prova produzida demonstrou sem sombra de dúvida que o crime do acusado foi extremamente grave, indicando que não se tratou de uma simples recepção, porém, ao revés, de um crime em atividade típica de quadrilha, face não só ao *modus operandi*, mas, principalmente, e pelo número de veículos envolvidos e documentação já adremente preparada para “esquentar” os automóveis. Nesse sentido, vale a pena transcrever pequenos trechos dos depoimentos colhidos:

“Que no local onde estava apenas o gol o depoente e colega ficaram na espreita e, depois de alguns minutos, chegou um auto táxi, do qual desceu o acusado aqui presente que se dirigiu ao veículo Gol, abrindo-o com chave; que o acusado entrou no carro e o pôs em movimento, sendo seguido pelo depoente até um posto de gasolina em Santo Cristo; que o Gol foi deixado no box e o acusado desceu e se dirigiu a traseira do veículo e, quando iniciava a troca de placas foi abordado pelo depoente e colega que lhe deram voz de prisão; que em poder do acusado, o depoente recuperou as placas que seriam substituídas, um DUT referente a Gol com a indicação da nova placa em nome de RENY e o chaveiro utilizado para abrir o carro;...que quando da detenção o acusado informou que quem legalizava os documentos para o acusado era o despachante Pedrinho;” (*João Luiz da Silva*)

“que minutos depois o Auto Gol saiu dirigido por uma pessoa que o depoente não identificou no início, sendo seguido; que em Santo Cristo o Gol parou num Posto de Gasolina precisamente num box, ocasião em que o acusado saiu do carro e foi trocar a placa traseira, momento em que o depoente e o colega o abordaram, indagaram da situação do carro; que o acusado confessou que o carro era produto de furto...que em poder do acusado foram encontrados um chaveiro e documentos; que no chaveiro havia uma chave de um auto Tempra e de uma motocicleta e tinha também um DUT do Gol com a nova placa já indicada;” (*Sylvio Ney de Lucas*)

Corroborando o depoimento dos policiais, os lesados afirmaram que:

“que segundo os policiais, o acusado teria sido interceptado quando estava de posse de um outro carro furtado; ...que o acusado estaria realizando a troca de placas no veículo do declarante, o que provocou a denúncia anônima;” (*Márcio Rocha Porto*)

“que segundo soube a declarante, os Policiais teriam visto o acusado

se aproximar do seu veículo e nele entrar, ocasião em que efetuara a prisão." (*Simone Moll Damazio de Carvalho*)

Portanto, a liberdade provisória do acusado apresenta-se como indevida, em virtude não só da contundente prova que foi contra o mesmo produzida, mas, especialmente, porque crimes desta natureza, conquanto não sejam praticados com violência ou grave ameaça constituem a verdadeira razão do enorme volumes de furtos e roubos de automóveis. Não fosse a figura nefasta do receptor e não haveria o incentivo a estes delitos patrimoniais, considerando-se, o estímulo que a figura do receptor é para o ladrão de veículos.

Por conseguinte, há evidente abalo na ordem pública quando se devolve ao meio social o indivíduo que é o real e direto culpado: pelo cada vez mais crescente número de subtrações de automóveis, isto a par do descrédito na justiça e o desestímulo a ação policial que, pouco tempo após prender perigoso bandido, o vê solto por obra do Poder Judiciário.

A conseqüência inarredável é que a decisão que determinou a liberdade do Recorrido merece reforma, o que se pretende obter através do Recurso já interposto, uma vez que não é cabível a liberdade provisória com ou sem fiança quando presentes os motivos que autorizariam a custódia cautelar de um acusado, caso estivesse solto, o que, saliente-se, já se demonstrou à sociedade, máxime quando as penas mínimas somadas, em cúmulo material, sequer autorizarão a suspensão condicional da pena ou mesmo um regime prisional mais favorável como o aberto.

Do cabimento da presente medida

Como é do conhecimento geral, é cabível o Mandado de Segurança quando, no caso de ilegalidade for violado direito líquido e certo não protegido por *habeas corpus*.

In casu, a eventual não concessão do *mandamus* trará enorme prejuízo para a justiça, pois, como já foi salientado, em um crime extremamente grave, face à demonstração de que se trata de acusado com características de estar ligado a uma quadrilha de receptadores de automóveis, o que acarreta um abalo à ordem pública, responder ao processo em liberdade em casos como o este *sub examen*, configura uma negação do texto legal que veda a liberdade provisória nas hipóteses em que se encontram presentes os motivos autorizadores da prisão preventiva, isto a par de que, conceder fiança em crimes cujas penas mínimas ultrapassem dois anos constitui a violação de um direito líquido e certo do Estado de manter custodiado um perigoso bandido que, solto, mormente em virtude da prova produzida, além de provavelmente retornar ao mundo do crime, poderá subtrair-se à aplicação da lei penal, o que certamente constituirá um enorme dano para a administração da justiça.

Em conseqüência, procurando não ser repetitivo, mas, em especial, ante a possi-

bilidade do Recurso já interposto só vir a ser julgado quando já se encontrar finda a ação penal em andamento no Juízo da 36ª Vara Criminal, outra alternativa não resta senão pleitear a extensão do efeito suspensivo, a fim de que futura decisão deste Egrégio Tribunal no sentido de cassar a concessão de uma fiança indevida não se torne inócua, com o risco do não cumprimento de uma ordem judicial.

Portanto, presentes os requisitos indispensáveis para a concessão do *writ*, ou seja, o *fumus boni juris*, consistente na firme e coerente prova produzida contra o acusado demonstrando a sua culpabilidade no delito em questão, e, no entanto, principalmente, face à negação do texto legal, já que concedida uma fiança totalmente sem aparo na legislação em vigor e, ainda, configurado o *periculum in mora* que a soltura do acusado poderá causar caso seja o mesmo mantido solto, acrescido da circunstância de que só há previsão de julgamento do Recurso quando o processo encontrar-se definitivamente julgado, demonstrado está que o retardo da medida poderá acarretar sérios e irreparáveis danos para os que acreditam na justiça.

Ante o exposto, requer o Ministério Público que seja julgado procedente o pedido que se formula, no sentido de ser atribuído *efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito, a fim de que seja cassada a fiança, requerendo, outrossim, que seja concedida liminar, determinando-se imediatamente a custódia do acusado Paulo Garcia de Oliveira, expedindo-se mandado de prisão.*

Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 1996.

Claúdio Soares Lopes
Promotor de Justiça.

* Deferida a liminar. Relator: Juiz Eduardo Mayr.

Imóvel foreiro. Recolhimento de laudêmio

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

2ª Câmara Cível

Apelação Cível nº 6049/94

Apelante: Geny Reis
Apelado: David Kupfer

Apelação cível. Ação ordinária de nulidade de escritura pública de compra e venda de imóvel foreiro, proposta por sucessora do vendedor contra o comprador, por falta de recolhimento de laudêmio, sem que a enfitese tenha sido declarada no título aquisitivo e sem haver o comprador assumido a obrigação de pagamento. Ilegitimidade ativa *ad causam* da sucessora do vendedor. Interesse processual exclusivo da União Federal, se fosse o caso, em decorrência da nulidade alegada. Eficácia remanescente da escritura, entre as partes. Parcer pelo desprovimento do recurso.

PARECER

1. Geny Reis, afirmando-se sucessor universal de Djalma Reis, titular da firma comercial "Vila Geny", propôs ação ordinária declaratória de nulidade da escritura pública de compra e venda, por cópia a f. 10/13, que, em 22/01/53, dita firma fizera ao réu, David Kupfer, dos lotes nº 16 e 17, da quadra 1, gleba 1, do Loteamento Vila Geny, Coroa Grande, em Itaguaí, neste Estado.

2. A causa de pedir, exclusivamente, é a de que a compra e venda se referiu a terreno de marinha, imóvel portanto foreiro à União, e que o Tabelião responsável pela lavratura do ato não cuidou de atender aos requisitos legais para isso, desobedecendo ao Decreto-Lei nº 9760/46, eis que, conforme seu art. 112, não houve a licença prévia da União Federal para a compra e venda, nem o recolhimento do devido laudêmio para isso exigível, daí a decorrente nulidade prevista no art. 102 daquele diploma legal.

3. Pediu ainda o cancelamento dos registros imobiliários original e decorrentes do título e a reintegração dela, autora, na posse dos lotes, como depositária, até final da lide, visto ser titular do domínio útil, e responsável, como foreira, perante o senhorio direto, a União Federal.

4. A r. sentença apelada, de f. 15/19, indeferiu, de plano, a petição inicial, sob os fundamentos centrais de que a declaração de nulidade pleiteada somente interessa à União Federal, dela não se podendo valer a autora, que lhe deu causa, ao omitir na escritura que agora quer anular a condição enfitêutica do imóvel, recebendo todo o preço e dando quitação, além de exigir do comprador, para obviar a nulidade, prova de que ele, comprador, teria recolhido o laudêmio, quando isso é ônus do alienante, conforme o art. 686 do Código Civil.

5. Acentua o douto *decisum* apelado que falta legitimidade ativa *ad causam* à apelante, por falta de interesse processual, ainda porque, à toda evidência, pleiteia ela direito alheio - da União Federal -, em nome próprio, e assevera que, se conforme a inicial a autora foi advertida pelo Serviço de Patrimônio da União para a falta cometida, a este órgão cabiam, na forma da lei, as providências regularizadoras, conforme os arts. 61 e 63 do Dec.-Lei nº 9760/46. Observa, ainda, a r. sentença apelada, que, após a edição do Dec.-Lei nº 2388/87, modificativo do Dec.-Lei nº 9760/46, não mais se pode exigir alvará do SPU para alienação de terras foreiras, senão o pagamento do laudêmio, sob pena de responsabilidade administrativa do Titular do Registro de Imóveis.

6. Inconformada, apela a autora, à f. 24/38, reiterando razões da exordial e rebatendo detalhadamente os fundamentos da r. sentença em exame.

7. Promoveu-se a citação por via postal do réu, para a defesa nesse recurso, tendo sido a mesma recebida por terceiro (f. 42), sem efetiva comprovação de ciência do réu, inobstante a certidão de f. 43.

8. A douta Curadoria de Justiça, pelo Ministério Público em primeira instância, através da douta promoção de f. 45/47, opina pelo desprovimento do recurso.

9. Assim relatada a hipótese, é o parecer pelo desprovimento do recurso.

10. Adotamos, como razões deste parecer, as da r. sentença apelada, que esgotam verdadeiramente a questão, e as da douta promoção de f. 45/47, pouco havendo a aduzir a elas.

11. Somente a União Federal tem interesse processual na declaração da nulidade alegada, que somente a ela aproveita, por suscitada falta do recolhimento do laudêmio e expedição de alvará respectivo.

12. Isso nem mesmo excluiria a eficácia relativa e subjacente, do título, entre autora e réu, pois aquela, por sua antecessora, recebeu a integralidade do preço, imitando este na posse plena dos lotes, sem haver a antecessora da autora, como de seu dever, informado, na escritura de compra e venda, a agora alegada situação de imóveis foreiros dos lotes de terreno, e menos ainda tendo a antecessora da autora cumprido obrigação que é e era dela de recolher o laudêmio devido.

13. Tendo dado causa à nulidade arguída, não se pode valer dela a autora, em

seu próprio proveito, mais de trinta anos decorridos da escritura, tanto mais que tal direito, mesmo em tese, somente se admitiria à União Federal, por força da legislação mencionada.

14. A lição do saudoso Professor SAN TIAGO DANTAS, bem colacionada à f. 17, na r. sentença apelada, bem adverte para a exclusiva legitimação ativa, neste caso, do senhorio - a União Federal -, pelo direito de seqüela contra o terceiro adquirente, no caso, o ora apelado, dele podendo, se for o caso, pleitear a coisa, pagando-lhe o prazo pelo qual a adquiriu.

15. Valiosa, por fim, a notícia trazida pelo ínclito magistrado prolator da r. sentença recorrida, à f. 18, no sentido de que iniciativas repetitivas da ora apelante, dado o número grande de lotes de terreno antes negociados, tem gerado perplexidade e temor nos demais adquirentes, máxime diante de propostas para "regularização" da situação, com essas pessoas pagando altas somas, para cumprir obrigações que sempre foram da autora e de seu antecessor.

Por tais motivos, é o parecer por que se negue provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 16 de novembro de 1994.

Elio Fischberg
Procurador de Justiça

A sentença concessiva de alimentos torna certa a filiação e autoriza o registro, dispensando a ação de investigação de paternidade

Procuradoria de Justiça
Tribunal de Justiça
1º Grupo de Câmaras Cíveis

Embargos Infringentes nº 223/93 (Apelação Cível nº 1964/92)

Embargante: A., representada por sua mãe

Embargado: V.G.R.

PARECER

1. Trata-se de Embargos Infringentes tempestivamente interpostos contra o v. acórdão de fls. 69/70, proferido por maioria de votos pela E. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, no julgamento da Apelação nº 1964/92.

2. A situação submetida a julgamento é a que, a seguir, se expõe.

Em 1984, a A., ora Embargante, representada por sua mãe, propôs, em face de V.G.R., *ação de alimentos* fundada no art. 4º da Lei 883/49, alegando ser filha *ilegítima* do R., que era casado.

O pedido foi acolhido, por sentença confirmada por v. acórdão datado de 1986 (fls. 53), que transitou em julgado.

O pedido foi de alimentos, mas para concedê-los, teve necessariamente o órgão julgador de afirmar, posto que em caráter incidental, a existência da relação de filiação entre a A. e o R. - como efetivamente ocorreu.

Na época do encerramento do processo, não pôde ser aplicada, possivelmente em função do estado civil do R., a norma constante do parágrafo único do art. 4º da Lei 883/49 - que a sentença e o v. acórdão recorrido não consideraram:

“Dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ação de investigação de paternidade para ser reconhecido, cabendo, porém, aos interessados o direito de impugnar a filiação.”⁽¹⁾

Em 1993, a A., baseada no fato de a Constituição Federal de 1988, e, na sua esteira, o Estatuto da Criança e do Adolescente haverem abolido a proibição de reconhecimento de filhos adulterinos, pleiteou ao Juízo de Direito em atuação junto

1 O dispositivo foi acrescentado pela Lei 6.515/77.

ao Registro Civil de Pessoas Naturais que procedesse à retificação de seu assento de nascimento, para que nele passasse a figurar o nome do pai, e para que se acrescentasse ao seu próprio nome o apelido de família deste último.

Este pedido foi julgado improcedente pela sentença de fls. 30, mantida, por maioria, pela E. 3ª Câmara, através do acórdão embargado.

3. Os embargos são admissíveis, e, com a devida vênia à douta maioria formada no órgão *a quo*, fundados.

A decisão proferida na ação de alimentos apresentava *potencialmente*, desde a sua origem, por força do parágrafo único do art. 4º da Lei 883/49, o efeito de fazer certa a existência da filiação - ao menos em relação ao pai, que participou do processo e ficou vinculado ao seu resultado -, dispensando a propositura da ação de investigação de paternidade, para que se produzissem os efeitos do reconhecimento, e autorizando, por conseguinte, fosse efetuado o registro, que nada mais é do que consequência da filiação.

Este efeito permaneceu *suspense*, pela circunstância de ser caçado o pai, mas estava desde então presente, apto a produzir-se tão logo o óbice fosse superado, com a dissolução, por qualquer causa, da sociedade conjugal do pai.

O obstáculo terminou por desaparecer, embora por outro motivo: haver o direito brasileiro passado a admitir o reconhecimento de filhos adulterinos.

Daí resulta, salvo equívoco, que o efeito da sentença concessiva de alimentos, que ficara desde o início em estado, por assim dizer, *de latência*, adquiriu condições de manifestar-se, autorizando, agora, que se proceda à retificação do registro, nos termos pleiteados.

4. É possível que tenha razão a E. Câmara ao proclamar que o registro deveria ser objeto de mandado, a ser expedido pela Vara de Família perante a qual tramitou a ação de alimentos.

Creio, contudo, que, em atenção à economia processual, o ponto pode ser deixado de lado, considerando-se que ali, como aqui, não haveria lugar para contraditório, avaliação de provas e julgamento, e que as dúvidas que porventura aflorassem seriam necessariamente dirimidas por esse E. Tribunal, tal como ora se faz neste recurso.

Parece-me, por isto, deva conceder-se aqui à Embargante o que pleiteia.

Opina-se, em face do exposto, no sentido do provimento dos embargos infringentes.

É, *sub censura*, o parecer.

Rio de Janeiro, 02 de fevereiro de 1994.

Helcio Alves de Assumpção

Procurador de Justiça

***Pedido de Antecipação de Tutela - Forum Shopping.
Indeferimento (arts. 269, I, CPC,
e 37, § 6º, da Constituição Federal)***

Autos nº 3.746/92

Procedimento Comum Ordinário

Autor: Elizane Pereira da Silva e outros

Réu: Estado do Rio de Janeiro

A. Relatório

01. Elizane Pereira da Silva, Angélica de Sena Nery, Alexandre Dias Nogueira e Roberto Luiz Dias Nogueira propuseram a presente ação de indenização por desaparcimento de prova judicial causadora de danos morais e materiais, pelo rito ordinário, em face do Estado do Rio de Janeiro com base nos seguintes fatos e fundamentos:

I. Os autores sofreram danos à sua integridade física e moral em razão do incêndio ocorrido no Edifício Andorinhas, nesta cidade, em 17 de fevereiro de 1986.

II. Em outros procedimentos instaurados a partir do ocorrido, a Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconheceu que a tragédia teve início na tomada elétrica da sala do Presidente da General Electric Company.

III. Após o ocorrido, a referida tomada elétrica encontrava-se em depósito no Instituto de Criminalística Carlos Éboli, quando os autores requereram lhes fosse a mesma entregue a fim de que fosse procedida a complementação de perícia científica com o fim de serem admitidos em ação ressarcitória perante a Justiça dos Estados Unidos.

IV. Tal requerimento se deu porque era impossível determinar-se cientificamente no Brasil se o incêndio havia se originado de defeito de fabricação da tomada elétrica. A perícia teria que ser realizada nos Estados Unidos, em laboratórios especializados, a fim de que fossem analisadas questões específicas de cuja resposta dependeria o bom êxito da pretensão, daí advindo grande prejuízo para as vítimas do incêndio.

V. Ocorre que a tomada foi extraviada na fase de exame pericial, impossibilitando o ingresso na Justiça Americana ante a falta da prova de objeto quanto ao início do incêndio.

VI. O Estado não teve a elementar cautela necessária ao caso, o que acabou por

configurar-se em grosseira negligência acerca dos direitos indenizatórios das vítimas. Estabelecida está a culpa *in vigilando*.

VII. O desejo de acionar a General Electric em sede jurisdicional americana se devia ao fato de lá as indenizações serem mais vultosas.

VIII. Requerem, pois, seja o Estado do Rio de Janeiro condenado ao pagamento de indenização pelo impedimento, face a conduta negligente, da propositura de ação ressarcitória nos Estados Unidos.

IX. Pedem ainda o benefício da gratuidade de justiça e dão à causa o valor de CR\$ 100.000.00.

02. Com a inicial vieram os documentos de fls. 14/262, onde se salienta o laudo pericial complementar (fls. 19/20), a informação de fls. 24/25 e o laudo de exame de local (fls. 152/159).

03. Recolhidas as custas, o Estado foi regularmente citado (fls. 267, V^o) e apresentou sua resposta (fls. 272/280), aduzindo para tanto o seguinte:

I. A pretensão é infundada já que os autores carecem da necessária prova do dano e do nexo de causalidade direto entre o ato praticado pelo agente do Estado e o dano alegado.

II. A conclusão do laudo pericial afirma que o incêndio teve origem devido a um acidente elétrico decorrente de mau contato na tomada em questão.

III. Em razão dessa conclusão a empresa General Electric do Brasil S/A vem sendo processada e condenada a pagar indenizações na Justiça Brasileira.

IV. Não há pois prejuízo aos autores, já que podem deduzir, com boa perspectiva de sucesso, sua pretensão perante órgãos jurisdicionais nacionais.

V. O que os autores perseguem na verdade é a possibilidade de demandar na justiça americana para aí tentar obter uma indenização. O ressarcimento não é, pois, garantido.

VI. A tomada extraviada encontrava-se completamente destruída pela ação do fogo e do calor, sendo impossível identificar sua marca e origem de fabricação, sendo pois difícil determinar-se que tais dados pudessem ser obtidos em exames periciais realizados nos Estados Unidos.

VII. Como se vê, a hipótese dos autos é de dano eventual, não acolhido pelo ordenamento pátrio para casos de ressarcimento.

VIII. Também é de se notar que não é pacífico o entendimento de poder-se no caso em tela ingressar com ação ressarcitória nos Estados Unidos contra uma empresa brasileira. Assim, segundo a doutrina denominada *minimum contacts*, tal pretensão só seria conhecida pela Justiça Americana na hipótese de ser provada a origem americana da tomada, e mesmo assim outros fatores deveriam ser evidenciados, tais como o defeito de fabricação (se é que poderia ser este provado).

IX. De se salientar ainda que é improvável fosse a tomada em questão de origem americana já que trata-se de produto facilmente encontrado no Brasil e de importação incomum.

X. O grande interesse no ajuizamento do feito nos EUA se deve ao fato de ser comum naquele país a adoção, no cálculo, do fator denominado *punitive damages*, o que eleva substancialmente o valor das indenizações. Entretanto, para que tal fator seja aplicado, é necessário estar comprovado flagrante e completo desrespeito pelo produtor quanto à segurança do produto para o consumidor, o que não está evidenciado nesses autos.

XI. Pugna, pois, pela extinção do feito sem apreciação do mérito, ante a impossibilidade jurídica do pedido.

04. Com a contestação foi acostado o laudo de local de incêndio (fls. 281/288).

05. Réplica às fls. 290/299, onde o autor acentua não ter o Estado negado a negligência que lhe é imputada e ainda ser inconveniente a discussão nesses autos acerca das reais possibilidades de êxito de uma ação ajuizada perante a Justiça Americana.

06. Às fls. 316, Vº consta Certidão emanada do Oficial do 9º Ofício de Registro de Distribuição afirmando que os autores não ajuizaram ação indenizatória no Rio de Janeiro em razão do incêndio em questão.

07. Às fls. 324/330 novas respostas a comunicações enviadas aos Ofícios de Registro de Distribuição constatando a não propositura de qualquer ação, mesmo em face apenas de General Eletric do Brasil.

08. Promoção do Ministério Público às fls. 334/337, onde minha ilustre antecessora acentua tratar-se de pretensão ao chamado *forum shopping*, ou seja, ter direito de escolher a jurisdição internacional que lhes pareça mais propícia a obter a indenização pelo dano decorrente do incêndio.

09. No que toca à preliminar argüida pela Ilustrada Procuradoria do Estado, manifesta-se pelo seu não acolhimento, tendo em vista o teor da prova documental acostada aos autos. Requer providenciem os autores a tradução dos documentos em língua estrangeira a ser efetivada por tradutor público juramentado, e o réu, a prova do direito estrangeiro invocado na forma do artigo 337 do C.P.C.

10. Despacho Saneador às fls. 341.

11. Suspenso o feito a requerimento dos autores por sessenta dias (fls. 344).

12. Às fls. 350, tendo em vista a inércia autoral quanto a necessidade de provi-

denciar a tradução, foi determinado o desentranhamento de todos os documentos não vertidos para o vernáculo, sendo ainda deferida a diligência requerida pelo *Parquet* e incumbente ao réu.

13. Às fls. 354, vêm os autores requerer lhes seja concedida a antecipação da tutela pretendida nos moldes da nova ordem jurídico-processual, acostando aos autos os documentos de fls. 355/357.

14. Às fls. 366/385 o Estado juntou a prova do direito estrangeiro invocado e a respectiva tradução juramentada. Em seguida (fls. 386/387) manifestou-se contrariamente ao pedido de antecipação de tutela, pugnando novamente pela improcedência do pedido tendo em vista que a pretensão das autoras é “fundada em eventualidades seqüenciais que não se amoldam ao sistema do dano direto e imediato adotado pela legislação civil - extensiva à responsabilidade objetiva - para o estabelecimento do dever de indenizar”.

15. Às fls. 391/392, manifestou-se o Ministério Público pelo indeferimento da provisional requerida.

16. Atendendo a Despacho do Dr. Juiz, os autores insistiram na produção de prova oral, justificando-a às fls. 399, tendo o réu dispensado provas adicionais.

17. Às fls. 402/405, manifesta-se o Estado no sentido de ser indeferida a prova oral requerida pelos autores, já que o depoimento nada tem a ver com o direito estrangeiro em questão.

18. Acentua ainda o Dr. Procurador do Estado que não existe nos autos técnico capaz de identificar o fabricante de uma tomada praticamente destruída e que em outra ação em curso na Justiça deste Estado, ficou demonstrado, através da prova pericial que o incêndio não se deu apenas em razão da tomada, mas também devido a inadequabilidade das instalações e de sua incorreta utilização. Anexa às fls. 406/434 o Laudo Pericial mencionado, da lavra do Dr. Júlio César Ribeiro de Barros.

19. Às fls. 435 manifestou-se o *Parquet* no sentido da improcedência do pedido, reiterando a promoção de fls. 396/397.

20. Às fls. 442 consta agravo de instrumento interposto pelo réu contra a decisão que deferiu a produção de prova oral; outrossim, restou indeferido pelo órgão *ad quem* o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso (fls. 440).

21. Realizada a Audiência (fls. 50/62), foram colhidos os depoimentos pessoais de ELIZANE PEREIRA DA SILVA e ANGÉLICA DE SENA NERY e ouvidas duas testemunhas. Foi deferida a juntada de parecer traduzido para o inglês da lavra do

Dr. Reginaldo de Souza Aguiar e confirmado pela primeira testemunha, Dr. Laércio Pellegrini Filho. Desta decisão agravou oralmente a ilustre Procuradora do Estado na forma do art. 523, parágrafo 3º do C.P.C.

22. Dada a palavra ao patrono dos autores manifestou-se este em alegações finais pela procedência do pedido, insistindo na concessão da antecipação de tutela. A seu turno a ilustrada Procuradora do Estado reportou-se às suas peças constantes dos autos, frisando ter a prova oral reforçado a improcedência do pedido, tendo em vista que a primeira testemunha deixou claro que um dos sócios do escritório Ulhoa Canto foi vitimado pelo incêndio, tendo sua família ajuizado ação no Brasil.

23. Após isso vem o Réu a acostar Acórdão proferido pela 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado comprovando a viabilidade de responsabilizar a empresa brasileira General Eletric do Brasil S.A. pelo incêndio no Edifício Andorinhas.

24. Vêm então os autos a esta Curadoria para o oferecimento de seu derradeiro arazoado. Eis o longo, mas indispensável relato.

25. Passamos à fundamentação do parecer.

B. Fundamentação

26. Inicialmente, antes de aduzir qualquer consideração, requer o Ministério Público sejam os autos reenumerados a partir de fls. 451 a fim de que possa o eminente Julgador, ou a Superior Instância, em hipótese de recurso voluntário ou oficial, apreciar a hipótese de forma segura, sem laborar em equívoco quanto a posição das peças nos autos.

27. No que pertine à preliminar argüida pelo Estado, não foi ela acolhida pelo Dr. Juiz ao declarar saneado o feito (fls. 341), restando a decisão irrecorrida.

28. O primeiro agravo interposto, pela via instrumental, já foi liminarmente apreciado na sede apropriada, tendo sido indeferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo. O segundo, interposto de forma retida na Audiência de Instrução e Julgamento, só será apreciado como preliminar de eventual recurso voluntário a ser interposto pelo Estado.

29. Nesses termos, passa-se à análise do mérito da causa.

30. Realmente a pretensão nesses autos é assaz singular. Não é incomum, em pesquisa jurisprudencial, encontrar-se precedentes de ações ajuizadas em face do Estado, General Eletric do Brasil e Condomínio do Edifício Andorinhas no âmbito

judiciário deste Estado. Ocorre que naqueles procedimentos discutia-se justamente um *quantum* indenizatório a ser pago às vítimas ou seus parentes. O próprio réu traz à colação um desses precedentes.

31. Nesses autos, ao revés, a pretensão, embora indenizatória, é dirigida apenas contra o Estado do Rio de Janeiro e por motivos diversos.

32. Pretendem os autores obter nesses autos o pagamento de uma indenização em razão do desaparecimento de uma prova judicial que lhes serviria de base para ingressar com ação ressarcitória na Justiça dos Estados Unidos da América, em face da General Electric Company.

33. Alegam que o Estado não manteve a apropriada e indispensável vigilância sobre esta prova, a saber, uma tomada elétrica parcialmente decomposta, que segundo a perícia realizada no Brasil, seria a causadora do incêndio.

34. Com o desaparecimento da prova, inviável restou a tentativa de deduzir sua pretensão em território estrangeiro já que o Poder Judiciário daquele país, em casos semelhantes, exige que com a petição inicial seja apresentada a prova material da alegação.

35. Esta é a pretensão que está por ser analisada nesses autos, e é isso que se passa a fazer a partir de agora.

36. Quanto a indigitada tomada, algumas considerações se impõem:

I. Como referido no laudo pericial acostado aos autos, não é possível precisar-se nem a origem da tomada e nem qual foi o exato fator que ocasionou o incêndio; em outras palavras, não é possível determinar se houve um curto circuito na tomada ou se as instalações do prédio apresentaram algum defeito. O que se sabe apenas é que o fogo teria começado nesta tomada.

II. Em razão do adiantado estado de decomposição da tomada, a análise desta tornou-se tarefa bastante difícil, razão pela qual os próprios peritos afirmaram que não tinham elementos para responder a alguns dos quesitos.

III. Nesse passo, alegam os autores que pretendiam levar a tomada para um laboratório científico dos Estados Unidos a fim de que fosse ela submetida a um minucioso exame. Aqui duas considerações se impõem; primeira: não está escrito no laudo pericial que a origem da tomada é americana ou mesmo que há possibilidade de tal origem ser determinada em algum laboratório estrangeiro; segunda: não é possível determinar-se se haveria, mesmo nos EUA, país de festejado conhecimento tecnológico, condições para uma melhor análise da tomada, tendo em vista o seu reconhecido estado de deterioração.

IV. Ainda quanto a tomada, sabe-se, por regra de experiência (art. 335 do C.P.C.)

que as tomadas de origem americana possuem três entradas, sendo a terceira destinada ao chamado fio terra, utilizado para segurança de equipamentos elétricos e eletrônicos, no caso de instabilidade ou descarga elétrica. Ao contrário, as tomadas brasileiras possuem apenas dois orifícios. Em vista disso, concordo com a assertiva do Dr. Procurador do Estado ao afirmar que seria improvável a importação de tal tomada e sua utilização no Edifício Andorinhas, até mesmo em razão de seu alto custo frente aos similares nacionais.

V. Nesse diapasão, veja-se o que diz o laudo do Instituto de Criminalística Carlos Êboli, *verbis*: “*Quanto à tomada, observou-se ser a mesma do tipo universal (pinos redondos e pinos chatos), para 15 amperes, (...)*” (citado às fls. 421 no bojo do laudo do Dr. Julio César Ribeiro de Barros).

37. Feitas essas observações, admitamos, em tese, que pudesse ser determinada a origem americana da tomada. Mesmo assim, seria necessário convencer o Juízo da aplicabilidade, *in casu*, da denominada doutrina *minimum contacts*, segundo a qual a pretensão contida nesses autos só seria conhecida pela Justiça Americana na hipótese de ser provada a origem americana da tomada.

38. Prosseguindo em nosso raciocínio hipotético, após a admissão da tomada, seria necessário evidenciar no procedimento a efetiva ocorrência de outros fatores, tais como um defeito de fabricação, o que, voltamos a repetir, seria bastante improvável ante o estado material da tomada. Nessa esteira, ainda examinando o laudo do referido perito encontramos às fls. 423 o seguinte:

“24° Quesito

São Comuns incêndios decorrentes de mau-contato em tomadas do tipo utilizado no 9° andar?

R: A ocorrência de acidentes elétricos decorrentes de mau contato em tomadas pode ser considerada *freqüente*. *No entanto, para que esse acidente elétrico se transforme num incêndio há necessidade da conjugação de outros fatores, o que certamente não é comum de acontecer*”.

39. De se observar também que a conclusão do laudo é no sentido de que o incêndio teve como causa a conjugação de diversos fatores que, isoladamente, não ocasionariam a lamentável tragédia. Não foi por outra razão que as decisões proferidas em ações indenizatórias condenaram a General Electric, o Condomínio e o Estado, tendo este último sido excluído em alguns casos, como se afere do Acórdão acostado às fls.

40. Dessa forma, se a responsabilidade pelo evento danoso se divide em razão de condutas praticadas por pessoas distintas, sendo impossível determinar-se exatamente o grau de culpa de cada um, parece-nos inviável aferir, concretamente, tal

responsabilização em sede jurisdicional americana, como pretendem os autores.

41. Como bem salientou minha ilustre antecessora, Dr^a Vera Maria Barreira Jatahy, visam os autores ao exercício do direito de escolher em qual país deduzirão sua pretensão - *forum shopping*.

42. Vista a hipótese sob esse prisma, a questão que se põe a exame e de cuja resposta depende a parte dispositiva deste parecer é a seguinte: os autores sustentam que têm o direito de ingressar na Justiça Americana e que tal direito lhes foi obstaculizado pela negligência do Estado ao permitir o desaparecimento de uma prova judicial que lhes seria imprescindível, não sendo esses autos sede adequada para examinar-se o bom ou mau êxito da pretensão acaso deduzida no foro alienígena. O Estado, a seu turno, afirma que não há provas de que tal pretensão viesse a ser bem sucedida em razão da precariedade do estado da referida tomada, e dos laudos periciais que não apontaram no sentido da responsabilização individual da General Electric do Brasil. Nessa esteira é preciso aferir aqui se seria viável a dedução de tal pretensão lá, pois não se pode garantir uma indenização em razão da possibilidade (remota, frise-se) de sucesso em outra sede jurisdicional, sobretudo quando se pode ajuizar tal ação aqui e principalmente, quando o réu é o Estado, cujos recursos pertencem a coletividade.

43. Nessa esteira de entendimento, temos que a chave para a solução da controvérsia está nos exatos termos do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição da República, o qual pedimos *venia* para citar:

“Art. 37 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

.....
§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

44. Comentando este dispositivo constitucional, e mais, a intenção do legislador constituinte, assim se manifesta o eminente Desembargador Sergio Cavalieri Filho em sua magnífica obra *Programa de Responsabilidade Civil*, Ed. Malheiros, 1997, págs. 150/154:

“Em busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, valeram-se os juristas da teoria do risco, adaptando-a para a atividade pública. Resultou, daí, a teoria do risco administra-

tivo, imaginada originalmente por Léon Duguit e desenvolvida por renomados administrativistas, teoria essa, que pode ser assim formulada: a Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Conseqüentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes. (...)

Com efeito, a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexos causal (...).

Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado. (...) (grifos nossos)

45. Ainda neste ponto o douto Desembargador cita um precedente do Pretório Excelso (RTJ 51/704) onde o então Relator, Ministro Thompson Flores afirma que “*embora tenha a Constituição admitido a responsabilidade objetiva, aceitando mesmo a teoria do risco administrativo, fê-lo com temperamentos, para prevenir os excessos e a própria injustiça*” (op. cit., fls. 154).

46. Em vista disso, parece-nos extremamente pertinente a afirmação trazida aos autos pelo ilustre Procurador do Estado no sentido de que a hipótese em exame é de dano eventual, ou seja, fundada em eventualidades seqüenciais que não se amoldam ao sistema do dano direto e imediato adotado pela legislação civil - extensiva à responsabilidade objetiva - para o estabelecimento do dever de indenizar.

47. Quanto à esta assertiva temos a ponderar apenas que em tese é necessário verificar caso a caso a ocorrência ou não do nexos causal ou da cadeia lógica dos fatos. Entretanto, examinando esses autos, parece-nos claro não estar comprovado este nexos causal.

48. Em outras palavras, não está provado que o desaparecimento da tomada no Instituto Carlos Éboli é fator necessário e suficiente para, de per si, inviabilizar a pretensão dos autores frente a Justiça dos Estados Unidos.

49. Isto porque, mesmo que a tomada fosse localizada e enviada àquele país, diversos fatores deveriam concorrer a fim de que o pedido pudesse ser conhecido e julgado procedente.

50. Assim, seria necessário determinar se existe algum laboratório que dispusesse de recursos materiais para examinar a tomada. Feito isso, deveria-se proceder a uma análise da tomada, cujos resultados seriam questionáveis ante o estado de deterioração em que se encontrava. Após, seria necessário determinar-se a origem americana da tomada. Ainda assim, seria preciso convencer o Juízo de que deve-se aplicar ao caso a doutrina dos contatos mínimos, o que em tese autorizaria o ajuizamento da pretensão naquele país. Por fim, seriam necessários colher outros elementos caracterizadores de conduta culposa da General Eletric do Brasil a fim de que pudesse o pedido ser julgado procedente e os autores receberem a tão sonhada indenização.

51. Como se percebe facilmente, há uma série de “elos partidos” nesta hipotética corrente de acontecimentos, sendo impossível determinar-se a sorte desta ação que seria ajuizada nos EUA.

52. Ainda assim, mesmo que se admitisse a viabilidade de todos os requisitos serem atendidos e o pedido vir a ser julgado procedente, teríamos ainda um último obstáculo a ser vencido.

53. Como é cediço (foi reconhecido às expressas pelo réu e afirmado pelo patrono das autoras e por elas mesmas em seus depoimentos pessoais) já foram ajuizadas diversas ações indenizatórias em razão do incêndio no Edifício Andorinhas, perante órgãos jurisdicionais de nosso Estado, sendo certo que tiveram elas bom êxito. Ora, se há laudo pericial hábil, inclusive nesses autos, no sentido de que é cabível o pedido de indenização em face do Condomínio e da empresa brasileira, qual o motivo de se pleitear o ingresso na Justiça alienígena? Uma indenização maior, respondem claramente os autores.

54. Se estivéssemos diante de um conflito entre partes privadas, onde o Estado não estivesse envolvido, em princípio não haveria qualquer problema para a escolha da jurisdição e eventual ação ressarcitória na hipótese dessa escolha ser impossibilitada pela conduta da outra parte, já que temos dois interesses individuais contrapostos, sem relação direta com o interesse público. Tal cláusula poderia vir até prevista no contrato, o que de fato é bastante comum.

55. No entanto, se levarmos em consideração: a) que uma das partes nesta relação jurídico-processual é o Estado do Rio de Janeiro, pessoa jurídica de direito público interno, que representa um coletividade (cujo interesse se sobrepõe, em regra, aos interesses individuais em razão do Princípio da Supremacia do Interesse Público), aplicando-se-lhe então, *in totum*, o disposto no já citado artigo 37, parágrafo 6º

da Constituição da República; b) que não existe qualquer garantia de que a ação que seria ajuizada no exterior seria vitoriosa; c) e por fim, que essa ação pode ser ajuizada aqui no Rio de Janeiro, com excelentes chances de sucesso, concluimos, forçadamente que não existe nem o claro nexu causal e nem a comprovação do dano sofrido, requisitos esses exigidos pelo ordenamento jurídico para o acolhimento da pretensão nesses autos.

56. Condenar o Estado a pagar uma indenização porque se determinada prova não tivesse desaparecido haveria uma possibilidade (que consideramos bem remota) de sucesso em outro foro, sendo certo que aqui a pretensão tem grandes chances de ser acolhida, nos parece desvirtuar o sentido que o legislador quis imprimir ao texto constitucional, o que acarretaria a aplicação *in casu* do chamado "Risco Integral" expressamente desautorizado pela Carta de 1988, bem como por suas antecessoras.

57. Nesses termos, passamos então à parte dispositiva desta peça.

C. Dispositivo

58. Ante todo o exposto neste parecer, e ainda levando em consideração todos os elementos que constam desses autos, opina essa Curadoria, com base nos Artigos 82, Inciso III do Código de Processo Civil, e 43, Inciso III da Lei nº 8.625/93, no seguinte sentido:

I. Seja procedida a renumeração do feito, a partir de fls. 151 a fim de que equívocos futuros sejam evitados ao se compulsar as peças dos autos.

II. Seja indeferido o pedido de antecipação de tutela pelos argumentos já expostos.

III. Não seja acolhida a matéria concernente a carência de ação suscitada pelo Estado uma vez que a questão já foi apreciada na Decisão que saneou o feito e restou irrecorrida.

IV. Seja, afinal, julgado extinto este feito, com apreciação do mérito, na forma do Artigo 269, Inciso I da Lei de Ritos, rejeitando-se o pedido deduzido pelos autores em razão do não preenchimento dos requisitos exigidos pelo artigo 37, parágrafo 6º da Carta Magna, aplicável à espécie.

Rio de Janeiro, 25 de março de 1997.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Promotor de Justiça em exercício na

10ª Curadoria de Fazenda Pública

***Roubo agravado pelo concurso de pessoas.
A subtração da coisa, como fato transeunte, prescinde de
apreensão ou perícia para que se tenha como evidenciado
o crime. Cálculo de Pena. Exame do art. 68, CP.***

***4ª Procuradoria de Justiça junto à 4ª Câmara T.A.Cr/RJ
Apelação nº 58.187/96***

Apelante: George da Silva Lima
Apelado: Ministério Público

“Roubo qualificado pelo concurso de agentes. Subtração, no período da manhã, de pacotes de cigarro de diversas marcas pertencentes a Philip Morris. A subtração da coisa, constituindo-se em fato transeunte, prescinde da apreensão ou perícia da *res furtiva* para que se tenha como comprovada, bastando seja provada, por qualquer meio em direito permitido, a sua indubitosa existência. A palavra escoteira do apelante não pode prevalecer sobre os testemunhos do motorista do veículo assaltado (que o reconheceu, inequivocamente, em juízo) e dos detetives que investigaram o caso, que apresentam-se harmônicos e coesos com a realidade fática. No cálculo da pena (art. 68, C.P.), as causas de aumento ou diminuição (3ª etapa) incidem sobre a quantidade da pena resultante da operação anterior, como dispõe, explicitamente, a exposição de motivos da Parte Geral do Código Penal (item 51) e a doutrina dominante da matéria. Apelo que merece prosperar.”

PARECER

Egrégia 4ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal:

1) O Apelante foi condenado, pela r. sentença prolatada, às fls. 245 *usque* 250, pela operosa Dra. *Maria Zélia Procópio da Silva* (MMª Juíza de Direito da 30ª Vara Criminal da Comarca de Capital), à pena de 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser, inicialmente, cumprida, em Regime Fechado, bem como ao pagamento de 37 (trinta e sete) dias-multa fixados no valor unitário mínimo legal, bem como, ainda, ao pagamento das custas processuais, por infringência ao artigo 157, § 2º, II, CP., apresentando, por intermédio da Defensoria Pública Geral deste Estado,

as Razões de fls. 254/257, pretendendo a absolvição, por entender não restar provadas *quantum satis* a materialidade delitual, em face da imprestabilidade do laudo de avaliação indireta da *res furtiva* (fls. 27) e considerar, ainda, frágil o conjunto probatório para determinar a autoria do delito patrimonial e, alternativamente, se vencido em tais sustentações, a atenuação desta condenação. Contra-razões ministeriais ofertadas, às fls. 258/259, rechaçando o aduzido e pugnando pela manutenção do r. *decisum* apelado.

2) S.m.j., razão não assiste ao Apelante, seja na pretensão absolutória, seja na pretensão redutória do *quantum* da apenação, como se demonstrará abaixo.

3) No que toca à irresignação referente à prova de materialidade do roubo imputado ao Apelante, improcedente afigura-se, indiscutivelmente, a alegação formulada. Como se sabe, a subtração da coisa é, via de regra, um fato transeunte e, como tal, é prescindível, como prova da existência do fato, a apreensão e tampouco o exame pericial das coisas furtadas ou roubadas, bastando, para tanto, seja indubitosa, como *in casu*, a ocorrência da subtração, conforme preleciona o proficiente Desembargador *Weber Martins Batista*, em sua magnífica obra *O furto e o roubo no Direito e no Processo Penal*, Ed. Forense, 1995, págs. 445/447, citando, nesse sentido, acórdão deste E. Tribunal de Alçada Criminal em que funcionou como relator:

“O roubo, salvo as hipóteses de roubo com morte ou lesões corporais graves, é um delito de fatos transeuntes, motivo por que a prova da violência empregada, bem como a da existência das coisas subtraídas, se faz por qualquer meio em direito permitido, não necessariamente por auto de exame de corpo de delito. Como a ninguém é dado tirar vantagem da própria torpeza, seria não menos do que absurda a idéia de que a falta de apreensão e exame das coisas, por que foram escondidas ou destruídas pelo réu, impossibilitasse o reconhecimento de sua existência em face de outras provas” (Ac. un., 3ª Câm., DJ 25.02.1987, p. 64).

4) Em verdade, deseja o Apelante que sua escoteira palavra prepondere sobre a das demais testemunhas (o motorista rendido e os detetives que investigaram o roubo). Como é curial, não é pela qualidade de tais pessoas que os seus testemunhos, aprioristicamente, devem ser valorados como comprometidos ou frágeis. Nesse diapasão, com proficiência, preleciona *Fernando de Almeida Pedroso*, in *Prova Penal*, Ed. Aide, 1ª ed., 1994, pág. 118, que “a tônica do valor que se há de conferir a uma determinada prova está em ela, cotejada com os demais elementos instrutórios, formar com estes um todo coeso e harmônico na demonstração do fato.”

5) Ora, na hipótese destes autos, foi o Apelante, inequivocamente, em Juízo, reconhecido, pelo motorista do veículo assaltado, que, anteriormente, inclusive, já tinha sido, igualmente, pelo mesmo roubado (fls. 91). Os detetives ouvidos informa-

ram, também, as diligências encetadas para elucidar os inúmeros roubos de carga de cigarros acontecidos e conseguiram chegar até o veículo utilizado, pelo Apelante, em suas empreitadas criminosas. São depoimentos, por conseguinte, que refletem, notoriamente, a realidade fática! Destarte, ao revés do que aduz o Apelante (fls. 255), inexistente dúvida alguma acerca da autoria delitual, sendo o suporte probatório coligido robusto e suficiente o bastante para respaldar a condenação imposta!

6) Outrossim, desarrazoada mostra-se, também, a tese de que o aumento decorrente da qualificadora do concurso de pessoas deva incidir sobre a pena-base, para efeito de atenuação da apenação (fls. 256). Cumpre-nos salientar que o cálculo questionado apresenta-se em conformidade com a Lei Penal, posto que a pena-base (1ª etapa do art. 68, CP.) foi fixada, com fundamento no art. 59 do mesmo código, corretamente, acima do mínimo legal previsto (quatro anos e seis meses de reclusão), agravada de um ano, em função especificamente, da reincidência (2ª etapa do art. 68, C.P.), *para, em seguida, ser incorporado ao cálculo, como determina o item 51 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal*, o aumento de 1/3 relativo à qualificadora inserta no § 2º, inciso II do artigo 157, C.P. (concurso de pessoas), obtendo-se, então, sete anos e quatro meses de reclusão, cumprindo-se, assim, a 3ª e última etapa do cálculo penal, conforme determina o art. 68 citado. Inexiste, pois, qualquer errônia ou severidade na dosimetria penal a ser reparada.

7) A doutrina abalizada, textualmente, assim se manifesta sobre tal *vexata quaestio*:

“Encontrada a pena-base, havendo atenuantes e agravantes, elas incidem sobre a pena-base.

Já, se existir causa de diminuição ou de aumento, elas já não incidem sobre a pena-base, mas sobre o resultado da segunda fase” (Adalberto Dias Tristão, *Sentença Criminal*, Ed. Del Rey, 2ª ed., 1993, pág. 42).

“Havendo várias causas de aumento ou diminuição em quantidades fixas ou dentro de determinados limites, cada aumento ou diminuição se opera sobre a quantidade da pena resultante da operação anterior. Não pode prevalecer a tese de que cada aumento ou diminuição deve incidir sobre a pena-base. Isto porque, havendo duas diminuições, por exemplo de dois terços e de metade, a pena resultante seria inferior a zero, o que, evidentemente, é absurdo” (*Julio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal*, vol. 1, Ed. Atlas, 5ª ed., 1990, pág. 309).

8) No sentido acima destacado, posicionam-se, ainda, *Damásio de Jesus* (in *Código Penal Anotado*, Ed. Saraiva, 1991, pág. 174 e *Direito Penal*, 1º vol, mesma editora, 10ª ed, pág. 504). *Luiz Regis Prado* e *Cezar Roberto Bitencourt* (in *Elementos de Direito Penal - Parte Geral*, Ed. RT, 1995, págs. 150/151) e outros autores de

renome.

9) Por conseqüência, bem analisada e sopesada a conduta delituosa perpetrada pelo ora Apelante. Apenação imposta de maneira correta em sua dosimetria e adequadamente justificada, inclusive no que toca ao regime inicial de cumprimento da sanção privativa de liberdade fixada como resposta penal para o delito perpetrado.

10) *Ex positis*, s.m.j., opina o Ministério Público, por seu Procurador de Justiça com tal atribuição, **pele improvimento do presente apelo e, por conseqüência, pela integral manutenção da r. sentença monocrática**, como medida da mais sagrada, universal e salutar Justiça Social!

Rio de Janeiro, 08 de março de 1996.

José Roberto Paredes

Procurador de Justiça

*Pedido de interrupção de gravidez - Anencefalia do feto.
Inviabilidade de vida extra-uterina.
Deferimento da pretensão. (*)*

34ª Vara Criminal
Processo nº 591

Requerente: Rosana Gomes do Nascimento

PARECER

MM. Dr. Juiz:

Trata-se de requerimento formulado por Rosana Gomes do Nascimento, em que pretende obter alvará de autorização para interrupção de gravidez, ante o diagnóstico de anencefalia apresentado pelo feto, que consiste em uma malformação congênita, ocasionando um defeito de fechamento da porção anterior do tubo neural, levando a não formação adequada do encéfalo e da calota craniana. O pedido tem por fundamento o fato de ser a anencefalia **incompatível com a vida em 100% dos casos**, o que leva ao óbito intra-uterino ou no período neo-natal precoce, conforme os laudos médicos acostados às fls. 15/20.

As informações médicas prestadas às fls. 18, pela médica do Centro de Genética Humana do Instituto Fernandes Figueira, instituição idônea e reconhecida, revelam que bebês com este tipo de malformação *“não têm possibilidade de vida extra-uterina pois as funções vitais como a respiração e batimentos cardíacos não são comandadas normalmente; quando nascem vivos, a morte sobrevém em minutos ou em algumas horas. Nenhum tipo de tratamento pode ser oferecido para esses fetos, dentro ou fora do útero; o diagnóstico de certeza de tal patologia é feito por ultrassonografia durante a gravidez.”*

O diagnóstico de anencefalia do feto tem suscitado grandes debates quanto à possibilidade de interrupção de gravidez, tendo em vista a inviabilidade de vida, o que conduz a uma gravidez tormentosa para a gestante.

E com efeito, seria por muito insensível não reconhecer a dor e o sofrimento da mãe que carrega em seu ventre durante toda a gestação, um ser que sabe que jamais poderá sobreviver.

Em defesa da possibilidade de interrupção da gravidez tem se levantado a doutrina, havendo decisões judiciais permitindo a sua realização quando se verificar, através de diagnóstico médico, que o feto apresenta anomalia que impede a possibilidade de vida extra-uterina, a fim de poupar o sofrimento da gestante.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, consagrou o direito à vida, entendido em sua maior amplitude, para abranger também a vida ainda em seu estado intra-uterino. Entretanto, no dizer de Alberto Silva Franco, em parecer intitulado "Aborto por indicação eugênica",

"o direito à vida, garantido em nível constitucional, não pode ser encarado como um direito absoluto, que não dá espaço a nenhuma situação de exceção. Ninguém se arvoraria em afirmar que lesa a Constituição da República a atitude de quem, em situação de legítima defesa, tira a vida de seu agressor ou mata seu inimigo na guerra. Da mesma forma, em relação ao direito à vida intra-uterina, de igual embasamento constitucional, a destruição do embrião ou do feto não pode, em determinados casos, ser considerada ilícita."

(RJTJESP Lex 132/9.)

A hipótese em exame, longe dos debates acerca de realização do aborto em si mesmo, que encontra as mais diversas posições éticas e religiosas a respeito, subsume-se ao fato de se saber, de antemão, que o feto não terá viabilidade de vida, por anomalia em sua formação, e daí argüir-se a possibilidade de interrupção dessa gestação.

Como acentua o autor supracitado, impõe-se uma harmonização entre os direitos da gestante e a proteção da vida do feto, ambos garantidos em sede constitucional, a possibilitar a realização de aborto dentro do sistema de indicações, no qual será o mesmo possível em circunstâncias excepcionais, tal como acolhido expressamente pela nossa lei penal, **quando houver risco de vida à gestante ou quando a gravidez resultar do crime de estupro** (art. 128, I e II, do CP).

No presente caso, a gestação parece não apresentar risco de vida imediato à gestante, o que autorizaria a interrupção da gravidez na forma prevista no art. 128, I, do Código Penal, o chamado aborto necessário ou terapêutico, ante os laudos médicos carreados aos autos, às fls. 15 e 18. A gestação nas hipóteses de feto portador de anencefalia evolui normalmente, todavia poderá apresentar algumas complicações no último trimestre, como indicam as informações médicas acostadas:

"A gestação é freqüentemente complicada por polidramnia importante no último trimestre podendo eventualmente causar complicações maternas".

"Uma mulher que esteja com gestação em andamento de feto

com anencefalia geralmente não difere das demais gestantes no aspecto clínico; a gravidez poderá evoluir até o final sem complicações. Eventualmente pode surgir a 'polihidramnia' ou excesso de líquido amniótico, aumentando os riscos para a gestante."

Em apresentando a requerente um quadro grave, que possa colocar em risco a sua vida, não há que se levantar dúvidas quanto à licitude da realização do aborto, que, ressalte-se, prescinde de autorização judicial. A conduta do médico, que pratique aborto em situações que tais, é atípica.

A hipótese de autorização para a realização do aborto, quando o feto apresentar sérias e graves anomalias físicas ou psíquicas, não encontra previsão expressa em nossa legislação, à semelhança do que ocorre no direito alemão, buscando a doutrina o fundamento legal a amparar a conduta, em causa excludente de culpabilidade e ilicitude, como salientado por Alberto Silva Franco, no já mencionado parecer, "*a maioria dos doutrinadores, levando em conta o fato de que todos que participam, atuam legitimamente, repele a hipótese de exigibilidade e se manifesta, abertamente, pelo reconhecimento de uma causa de justificação que apresenta similitude com o estado de necessidade.*"

De outro lado, não se questiona que as gestantes de fetos anencéfalos são atingidas por graves e fortes distúrbios psíquicos, que decorrem da própria dificuldade em gerar um ser que sabem, não poderá viver. Sua saúde psíquica é abalada, com a angústia e o desespero de se saber, de antemão, que o feto sofre de uma grave anomalia, que impossibilita a sua sobrevivência extra-uterina.

Há, pois, um perigo à saúde psíquica da gestante, que também guarda proteção do direito, sendo presente a probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado, não sendo razoável exigir-se o seu sacrifício, por demais prolongado, ante a total inviabilidade de vida do feto. Não é uma conduta injusta o aborto nestas condições, eis que o **feto não terá vida**.

No dispositivo legal que torna atípica a conduta abortiva quando a gravidez decorre de estupro, sem dúvida o legislador procurou preservar a saúde psíquica da gestante, vítima de um ato violento e repugnante, não se exigindo que venha a suportar uma gestação que rejeita, **independentemente de o feto formado ser perfeito e não apresentar anomalias**.

Nos casos em que se pretende a realização do aborto eugênico por impossibilidade de vida extra-uterina do feto, também se procura proteger a saúde física e psíquica da gestante, por demais abalada com a dor e o sofrimento de estar gerando um ser que não terá vida autônoma, acompanhando o desenvolvimento de uma gestação com o conhecimento de que seu filho não viverá. É sem dúvida viver com uma morte anunciada. Padecer de igual sofrimento, com um conflito entre o direito à vida do ser que gera e a sua própria saúde psíquica.

O mestre Nelson Hungria, em seus *Comentários ao Código Penal*, distante do desenvolvimento científico de nossos dias, repelia a legitimidade do aborto eugenésico, que consistiria num "amontoado de hipóteses e conjeturas, sem nenhuma base sólida e científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que o feto será, fatalmente, um produto degenerado".

Certamente que à época de nosso Código Penal, de 1940, não se poderia diagnosticar com a certeza de hoje que um feto apresentaria uma anomalia gravíssima, incompatível com a vida. A evolução da ciência médica permite, hoje, diagnosticar com a certeza reclamada pelo mestre Hungria, anomalias no desenvolvimento do feto. Lamentavelmente, a evolução não foi igualmente acompanhada por nossa legislação - não obstante a intensa produção legislativa que se verifica.

O que se pretende resguardar no tipo do aborto é a proteção da vida, e, no presente caso, urge indagar se haverá vida. Não pretende a requerente o aborto por uma deformidade qualquer do feto, o que se repele, mas um aborto pela total inviabilidade de vida. A vida tal, não pode ser considerada propriamente uma vida humana.

E nossos tribunais, sensíveis às peculiaridades desses casos, já têm decidido pela inexistência de conduta ilícita em tais hipóteses:

"Para que se caracterize o aborto, deve o feto expulso ser um produto fisiológico e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação de vida do feto." (TJSP - AC - Rel. Adriano Marrey - RJTJSP 22/487, apud Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial - Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, pág. 1653.)

"Não importa tenha havido prática tipicamente abortiva, para a configuração do delito do art. 124 do CP, se o laudo pericial conclui que a gravidez não é apta a produzir uma vida. Consoante os ensinamentos dos mestres da medicina legal, a formação de mole carnosa ocorre quando há concepção frustrada, gerando embrião degenerado, inapto a produzir uma nova vida. E nesse caso não pode haver aborto." (RT 397/101, apud Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial - Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, pág. 1654)

Não se pode, pois, ter como ilícita a realização do aborto quando se verificar que o feto apresenta anomalia incompatível com a vida, poupando uma gestação tormentosa para a gestante e sua família.

A lei penal impede a aplicação da analogia para criar novas figuras delitivas,

não havendo, porém, impedimento quanto à analogia *in bonam partem*, beneficiando o agente, que pode ser aplicada no presente caso, não prevalecendo uma interpretação restritiva do tipo permissivo, atento ao que dispõe, ainda, o art. 4º, da LICC.

Pelo exposto, opina o Ministério Público pelo deferimento do pedido de interrupção da gravidez postulado pela requerente.

Rio de Janeiro, 10 de junho de 1996.

Laura Cristina Maia Costa Ferreira
Promotora de Justiça

* O pedido foi deferido pelo Dr. Juiz de Direito da 34ª Vara Criminal com fulcro no art. 128, I, CP, c/c art. 49 da LICC.

Crimes de quadrilha e extorsão em cúmulo material.
Questões processuais variadas

Tribunal de Justiça
Apelação Criminal nº 1190/96

Apelantes: 1º) Victor Hugo Rodrigues do Rosário
2º) Cristóvão Reis da Silva
Apelado: Ministério Público.

I - Processual Penal - Razões recursais - Controle dos pressupostos de admissibilidade recursal. *Preliminar* de intempestividade na apresentação do arrazoado do 1º r. apelante suscitada pela Promotoria de Justiça. Alegação de todo improcedente. Se o acusado apelou, por termo, nos autos, ao ser pessoalmente intimado da sentença condenatória, a apresentação do arrazoado fora do prazo processual constitui mera irregularidade que não afeta a recepção do inconformismo. Nesse sentido é acalmada a orientação do direito pretoriano. RT 591:331, 574:325; 603:329; 612:295; 617:284, 622:268, 693:329; Jutacrim, 48:282; 54:155; 55:321, etc. É que sem as razões não se tem conhecimento exato da extensão e dos fundamentos da irrisignação do apelante, não se podendo, assim, desentranhar a peça recursal: RT, 512:393; 622:268; 693:329, etc. *Preliminar* que deve ser repelida, com a manutenção nos autos da digressão recursal da defesa. **Denúncia - Inépcia - Oportunidade para a alegação.** *Preliminar* de nulidade da denúncia agitada pelas defesas dos r. apelantes, por inépcia da inicial. Inadmissibilidade. Preclusão do direito subjetivo da parte em ver discutida, na Superior Instância, a questão da validade formal da denúncia. De há muito se firmou a jurisprudência da Corte Suprema no sentido de que, depois de proferida a sentença condenatória, não se há de cogitar de denúncia inepta, mas se deverá atacar a sentença a que o vício, se acaso existente, se transmitiu: RTJ, 64:344; 82:136; 88:86; 113:347; 138:807; 139:194; 141:877; 143:594; 144:261; 145:820; 149:518; 151:193; 152:880; 155:864; 157:143. *Preliminar* inconsistente e que demanda rejeição. **Sentença Criminal - Nulidade** - *Preliminar* de nulidade da sentença levantada pela defesa do 1º r. apelante porque condenado o réu pelo artigo 158 CP, sequer relatado na peça exordial e carente de fundamentação, com transgressão do art. 93, inc. IX, da CF de 1988 e art. 381, inc. III do CPP. Cuida-se de matéria que deverá ser transferida para o exame de fundo do processo, pois, como é de elemental sabença, o Tribunal não decreta nulidade quando decidir, *de meritis*, a favor da parte a quem aproveitaria a alegação. *Precedente*: RTJ 58/763. **Penal. Crimes de quadrilha e extorsão em cúmulo material.** Réus condenados pelos artigos 288 e 158, c.c. o art. 69, do Código Penal. Apelações objetivando a reforma do decisório para a absolvição dos imputados. A condenação dos r. apelantes pelo cri-

me de quadrilha ou bando - art. 288, CP - é de ser confirmada, mostrando-se incensurável a sentença no ponto de que se trata, porque exsurge da prova dos autos a certeza de que os recorrentes e outros comparsas se uniram em vínculo associativo estável para o cometimento de crimes. Para a configuração do crime do art. 288, do CP, segundo a lição do Excelso Pretório, dispensa-se o exame aprofundado da participação de cada um dos asseclas na ação delituosa. Basta o fato da integração comum na quadrilha para que se configure o acordo em torno do fim comum. (Cf. HC nº 63.609-RJ, 2ª Turma, 17.12.1985, rel. Min. Carlos Madeira, RTJ 116/964). Quanto ao crime de extorsão - art. 158, CP - existe prova suficiente para a condenação tão-somente do 2º r. apelante, com a obtenção por parte desse acusado de indevida vantagem econômica em prejuízo de traficante de tóxicos, com a entrega deste de certa importância em dinheiro para que o acusado deixasse de praticar ato de ofício. No que pertine ao 1º r. apelante, a denúncia não descreve conduta alguma do acusado visando a prática da extorsão, pelo que não poderia constar do processo pela prática dessa infração. Mas de nulidade da sentença não há que se cuidar porque no mérito o que se impõe é absolvição do réu porque não provada a autoria do crime, ou seja, de que ele houvesse concorrido para a infração penal, *ut* artigo 386, inc. IV, do CPP. Ausência completa de prova quanto à participação do 1º r. apelante no delito em referência.

II - Parecer da Procuradoria de Justiça direcionado no sentido da *rejeição da preliminar* arguida pela Promotoria de Justiça, *conhecendo-se* do primeiro apelo, *rejeitando-se a preliminar* de inépcia da denúncia formulada em ambas as irresignações e, quanto ao mérito, pelo *provimento parcial* do recurso do 1º r. apelante para absolvê-lo do crime previsto no art. 158, do CP, mantida, no mais, a r. sentença contestada, com o *desprovimento* do apelo do 2º recorrente.

PARECER

01. *Cristóvão dos Reis da Silva, Victor Hugo Rodrigues do Rosário, Marcus Vinicius Guglielmo Baptista e Sergio Augusto Guidugli* foram denunciados perante o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Ilha do Governador, nesta Cidade, pela prática dos crimes constantes dos artigos 158, 288, e 69, do Código Penal (Fls. 2/3).

Foi o processo *desmembrado* com relação ao último denunciado (v. fls. 225) e que tivera o seu nome retificado em termo de aditamento da denúncia para *Sérgio Augusto Faya* (fls. 316 e 319). No instante da prestação jurisdicional do Estado, foram os três réus remanescentes condenados às penas de 1 (um) ano de reclusão e 6 (seis) meses pelo crime do art. 288, do Código Penal e a 5 (cinco) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa, no menor valor diário pelo delito do artigo 158, do Código Penal, em sentença prolatada pelo eminente Juiz Dr. Luiz Gonzaga dos Santos (v. fls. 516 *usque* 529).

Os réus *Victor Hugo Rodrigues do Rosário* e *Cristóvão Reis da Silva*, intimados pessoalmente, apelaram da sentença condenatória (fls. 542 e 543), sendo o processo *desmembrado* em face do réu *Marcus Vinicius Guglielmo Baptista* encontrar-se foragido, providenciando-se a sua intimação do decisório mediante editais (fls. 545, 546 e 546 vº).

O d. patrono do réu *Victor Hugo Rodrigues do Rosário*, em razões recursais, levanta *preliminar* de nulidade da denúncia, por inépcia e, no mérito, postula a reforma da sentença para que seja o réu absolvido das imputações (fls. 555/565).

O advogado do réu *Victor Hugo Rodrigues do Rosário*, ao ensejo da digressão recursal, argüiu *preliminares* de nulidade da denúncia e da sentença, aquela por inépcia em sua formulação e esta, como se percebe, por carência de fundamentação. No mérito, protesta pela acolhida do inconformismo com a reforma total da sentença para ser absolvido o recorrente dos crimes por que foi condenado (fls. 574/614).

A Promotoria de Justiça, em resposta, preliminarmente entende que o recurso do 1º apelante *não pode ser conhecido* por que *intempestivas* as razões e, quanto ao mérito, posiciona-se pelo *improvemento* dos apelos (fls. 704/707).

Esses os fatos merecedores de enfoque à conta de relatório (Artigo 43, inc. III, da Lei nº 8.625/93 e artigo 158, II, da LC nº 28/82).

02. Como é sabido, a Superior Instância deve estabelecer o controle dos pressupostos de admissibilidade recursal, ainda quando não exercitado no âmbito do Juízo *a quo*. A *preliminar* de *não conhecimento* do apelo por *intempestividade* na apresentação do arrazoado do primeiro réu apelante, suscitada pela Promotoria de Justiça, é improcedente a todas as luzes, *data venia* do ilustre subscritor das contra-razões recursais. Na verdade, vê-se do processo que o acusado apelou, por termo, nos autos, ao ser intimado pessoalmente da sentença condenatória. Assim, a apresentação do arrazoado fora do prazo processual, pelo advogado, constitui mera irregularidade, *que não afeta a recepção do inconformismo*. Nesse sentido é acalmada a orientação do direito pretoriano. Cf. "Revista dos Tribunais" vols. 591:331, 574:325, 603:329, 612:295, 617:284, 622:268, 693:329; *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de S. Paulo*, Ed. Lex, 48:232, 54:155, 55:321; neste E. Colégio Judiciário, cf. Ap. Crim. nº 359/91, 3ª Câmara Criminal, 14.08.1991, rel. Des. Gama Malcher, in DOERJ de 03.10.1991, pg. 188, nº 10, Ementário nº 26/91, etc. É que sem as razões não se tem conhecimento exato da extensão e dos fundamentos da irrisignação do apelante, não se podendo, assim, desentranhar a peça recursal. Nesse diapasão, consultar decisões estampadas na "Revista dos Tribunais", vols. 512:393, 622:268, 693:329, etc. O recurso defensivo foi manifestado em tempo oportuno, motivo por que a preliminar deve ser repelida, com a manutenção nos autos da digressão recursal da defesa.

03. Há no processo *preliminar* de nulidade da denúncia agitada pelas defesas

dos r. apelantes, por inépcia da inicial. *Data maxima venia* dos ilustres e cultos patronos dos recorrentes, a postulação não merece prosperar. Ocorreu no caso preclusão do direito subjetivo da parte em ver discutida, na Superior Instância, a *questão da validade formal da denúncia*. De há muito se firmou a jurisprudência da Corte Suprema no sentido de que, depois de proferida a sentença condenatória, *não há de se cogitar de denúncia inepta*, mas se deverá atacar a sentença condenatória a que o vício, acaso existente, se transmitiu. Cf. Revista Trimestral de Jurisprudência, vols. 64:344, 82:136, 88:86, 113:347, 138:807, 139:194, 141:877, 143:594, 144:261, 145:820, 149:518, 151:193, 152:880, 155:816, 155:864, 157:143, etc. Forçoso reconhecer que a *preliminar* é de todo inconsistente e que está a demandar rejeição.

Há também *preliminar* de nulidade da sentença levantada pela defesa do 1º r. apelante porque condenado o réu pelo artigo 158 do Código Penal, sequer relatado na peça inicial e carente de fundamentação como transgressão do artigo 93, inciso IX, da CF de 1988 e artigo 38, inc. III, do Código de Processo Penal. Cuida-se de matéria que deverá ser transferida para o fundo do processo, pois, como é de elementar sabinça, o Tribunal não decreta nulidade quando decidir, *de meritis*, a favor da parte a quem aproveitaria a alegação. *Precedente* acerca do tema: "Revista Trimestral de Jurisprudência", v. 58:763.

Quanto ao mérito, devemos reconhecer inicialmente que a condenação dos réus apelantes pelo crime de quadrilha ou bando - art. 288 do Código Penal - é de ser confirmada, mostrando-se incensurável a sentença no ponto de que se trata, porque exsurge da prova dos autos a certeza de que os recorrentes e outros comparsas se uniram em vínculo associativo estável para o *cometimento de crimes*. Logo no início do processo *José Henrique dos Santos*, vulgo "Buíca", prestando declarações no Gabinete da Promotora de Justiça Dra. Ana Paula de Lima, na presença de seu advogado Dr. Roberto Neno Rosa, OAB nº 34.684, em 31 de agosto de 1995, disse que foi alvo de extorsão por parte de Cristóvão que lhe exigiu dinheiro para não ser preso, ocasião em que obteve com familiares a quantia de *dois mil reais* sendo posto em liberdade no dia seguinte (fls. 06). Convém deixar ressaltado que o Ten. Coronel *Marcos Antônio Paes*, depondo perante a Dra. Promotora de Justiça, revelou que sabia da detenção de um dos traficantes por policiais da 37ª DP e que essas pessoas eram liberadas posteriormente, ao depois de pagamento em espécie e que participariam desse expediente o acusado *Victor Hugo*, "Zulu", *Cristóvão* e *Marcus Vinicius* (v. fls. 07/08). Bastante sugestivo e sintomático se apresenta o depoimento de *Mauriney Kendrik dos Santos* que confirmou toda a "operação" posta em prática pelos componentes da quadrilha. Um equipamento eletrônico composto de um gravador e de uma "escuta" foi instalado em sua residência por *Cristóvão* a fim de rastrear conversas particulares de pessoas ligadas ao *tráfico de entorpecentes*, possibilitando a prática da extorsão. Toda a abordagem era instrumentalizada por *Cristóvão*, "Zulu" e *Victor Hugo*, sendo *Marcus Vinicius* participante na qualidade de facilitar as gravações e a ulterior entrega das fitas ao grupo. (v. fls. 11/12). No sentido da realização desse esquema para a prática de crimes por parte dos quadri-

lheiros se revestem os depoimentos do Ten. Cel. da PM *Marcos Antônio Paes* e do Sargento *Souza Lima* levados a efeito na fase inquisitorial do processo (fls. 07/08 e 09). *Adriana Kendrik*, amásia de *Marcus Vinicius* confirmou que houve instalação de equipamento eletrônico no apartamento de sua mãe (v. fls. 10). Na instrução criminal do processo a testemunha *Mariney Kendrik dos Santos* ratificou em todos os seus termos as declarações que prestou no Gabinete da Dra. Promotora de Justiça, arrematando que no Morro diziam que *Victor Hugo tomava dinheiro das pessoas* sendo que *alguém ia sempre levar dinheiro para eles* (fls. 249). Essa testemunha, em seu longo depoimento, refere a presença no contexto associativo de *Cristóvão*, *Victor Hugo*, *Marcus Vinicius* e o indivíduo alcunhado por “*Zulu*” (v. fls. 246 a 249). Ao revés do que sustenta a defesa do 1º r. apelante, o agrupamento de pelo menos 4 (quatro) pessoas não resultou de criação mental do órgão acusatório, mas de elementos probatórios sensíveis no processo. Por essa razão de nenhuma valia e credibilidade o depoimento de *José Henrique dos Santos*, o “*Buíca*” em juízo (fls. 253/254). Seria pueril acreditar que uma Promotora de Justiça fosse preparar um depoimento para o entrevistado apenas assinar, máxime quando ditas declarações foram prestadas na presença do Dr. *Roberto Nemo Rosa*, inscrição OAB nº 34.684, e que assinou o termo (V. fls. 06, *infra*). Esse causídico continua a patrocinar os interesses de *José Henrique* (fls. 254). Como referiu o eminente Dr. Juiz *a quo* na sentença, a retratação desse indivíduo em juízo não resiste a uma análise mais séria. A uma, porque mendaz a sua nova versão, quando chega a negar que era conhecido no local com o apelido de “*Buíca*”; a duas, porque o próprio *Cristóvão*, em seu interrogatório, disse conhecer o elemento *José Henrique dos Santos*, vulgo “*Buíca*”, como elemento ligado ao *tráfico de drogas no Morro do Dendê* (fls. 141), e por fim cabia à defesa trazer ao processo, como testemunha, o advogado, Dr. *Roberto Nemo Rosa* para atestar a veracidade dessa versão. Seria gratuita suposição acreditar que um criminalista de respeito se dispusesse a assinar o *termo* do qual não houvesse participado em sua inteireza. E *data maxima venia* da ilustrada defesa do 1º r. apelante, o dr. advogado não estava impedido de prestar os esclarecimentos necessários por força do disposto no art. 79, inc. XIX, da Lei nº 8.906, de 04. 07.1994 (EOAB). Em precedente a respeito do tema, o Col. STJ deixou assinalado que o advogado deve manter sigilo quanto aos pormenores próprios do segredo profissional, não àqueles que dizem respeito às confidências do cliente. O advogado pode recusar-se a responder sobre as minudências do segredo profissional, cumprindo, quanto ao mais, revelar o que sabe como testemunha (RHC nº 3.946-DF, 6ª Turma, em 13.12.1994, rel. Min. Anselmo Santiago, “*Revista dos Tribunais*”, v. 633/518). No caso dos autos, não se tratava de esclarecimentos prestados pelo cliente na qualidade de *réu* ou *indiciado*, mas sim na qualidade de testemunha informante. A prova da alegação incumbe àquele que a fizer (Cf. Artigo 156, do Cód. Proc. Penal). Assim, no processo há elementos probatórios suficientes no sentido da demonstração do vínculo associativo de pelo menos 4 (quatro) elementos conhecidos para a prática de crimes (Cf. fls. 06, 07/08, 09, 10, 11/12, 246/250, 295/298, etc.). O crime

de extorsão praticado pelo 2º r. apelante contra *José Henrique dos Santos*, o “Buíca”. foi reconhecido no âmbito administrativo da Polícia Militar, tanto que o acusado acabou punido por *falta grave* nos termos do art. 14, II, c/c o art. 21 e artigo 19, II e X, do RDPMERJ com *prisão por trinta dias* (v. fls. 424/246 e 429/430). Para a configuração do crime de quadrilha ou bando, em relação aos seus fundadores, a consumação ocorre com a *convergência de vontades* entre mais de 3 (três) pessoas, e quanto àqueles que venham posteriormente integrar-se ao bando. Sendo delito formal, independe a forma consumada de quadrilha de *ulterior realização de qualquer crime empreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas*, nem, conseqüentemente, a imputação de crime coletivo a cada um dos partícipes da organização. Segue-se que, à fundamentação da sentença condenatória por quadrilha ou bando, bastará, a rigor, a afirmação motivada de o denunciado se ter associado à prática ulterior de crimes: não é necessário se demonstre a sua cooperação na prática de delitos a que se destine a associação, aos quais se refira a denúncia a título de evidências da sua formação anteriormente consumada (STF, HC nº 70.919-RJ, 1ª Turma, em 14.12.1993, rel. Min. Sepúlveda Pertence, in “Revista Trimestral de Jurisprudência”, v. 154/154-155). Ao examinar a figura típica do artigo 288, do CP, o tratadista *Romeu de Almeida Salles Jr.* leciona que o crime de quadrilha ou bando está consumado quando se verifica a *associação efetiva das pessoas*, ainda que *não venham a praticar crimes*. É o momento associativo que cria o perigo apto para alarmar o público (*Código Penal Comentado*, Ed. Saraiva, SP, 1996, p. 802). Formada a quadrilha ou bando, se seus componentes vierem a praticar delitos deverão responder pelo do artigo 288 e pelos demais cometidos. A ação penal deverá ser promovida pela prática de todos os crimes, obedecendo à regra do *concurso material* (Artigo 69). Se por acaso os componentes simplesmente formaram a quadrilha ou bando com o correspondente vínculo associativo de caráter permanente, para o fim de cometer crimes, mas *não realizarem qualquer ilícito penal*, responderão apenas pelo crime do artigo 288 (A. e op. cit., pág. 802). Trata-se de delito autônomo que se aperfeiçoa no momento associativo, pois com este já se apresenta um perigo suficientemente grave para alarmar a paz ou tranqüilidade de ânimo da convivência civil (“Revista dos Tribunais”, v. 675/359-TJSP, Ap. Crim. nº 99.373-3/1, 1ª Câmara Criminal, em 2.12.1991, rel. Des. Jarbas Mazzoni). *Paulo José da Costa Júnior*, examinando o delito em referência, adverte que se distingue a quadrilha (*societas delinquentium*) da co-participação criminosa (*societas sceleris* ou *societas in crimine*). Esta pressupõe um crime realmente existente, consumado ou tentado. O bando ou quadrilha, ao revés, implica delitos intencionalmente existentes, com escopo a ser cumprido (*Comentários ao Código Penal*, Ed. Saraiva, SP, 1996, pág. 883). No crime de quadrilha ou bando há um *quid pluris* com relação ao mero acordo do concurso de pessoas. Tanto que para realizar um delito, que não venha a ser praticado, inexistente punição (*cogitatione nemo patitur*, ou no dizer dos italianos, *pensiero non paga gabella*). O ato associativo, por seu lado, é castigado sem a *realização de crime posterior (delictum no secutum)*(v. A. e op. cit., pág. 883). O crime de quadrilha ou bando se configura ainda que algum dos delitos seja cometido por somente 3

(três) executores. (V. "Revista dos Tribunais", vols. 581:287, 604:461 e 651:321). Assim, na formação da quadrilha de malfeitores, eventual abandono por um de seus elementos não exclui o delito, nem implica em desistência voluntária por parte daquele. A consumação ocorre com a formação da quadrilha ou bando ("Revista dos Tribunais", v. 440/395 e "Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de S. Paulo", Ed. Lex, v. 22:524, 75:334). Ainda que não se consiga identificar um dos integrantes da quadrilha ou bando, tal circunstância não impede o reconhecimento da figura delituosa, desde que presente a participação de mais de 3 (três) elementos ("Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de S. Paulo", Ed. Lex, v. 69/324). É crime que tem autonomia jurídico-penal independentemente dos delitos que a quadrilha ou bando venha a praticar ("Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de S. Paulo", Ed. Lex, v. 101/532; "Jurisprudência do Tribunal de Justiça", Ed. Lex, v. 156/331). O fato de participar da quadrilha e ser por esse crime condenado não leva automaticamente à condenação pelos crimes que o bando praticou se não há prova de que tenha participado dessas infrações (TJRJ, "Revista dos Tribunais", v. 608:365 - Ap. Crim. nº11.224, 3ª Câmara Criminal, em 17.06.1985, Rel. Des. Raphael Cirigliano Filho). Desta exposição chega-se à certeza inadversável de que a denúncia e a sentença mostram-se perfeitamente identificadas quanto ao crime de quadrilha ou bando (Artigo 288) imputado a ambos os r. apelantes e ao ilícito de extorsão (Artigo 158) relativamente ao 2º r. apelante. Em um ponto, entretanto, a r. sentença contestada está a merecer correção, sendo de todo procedentes as formulações contidas nas razões recursais produzidas pelo ilustre e culto advogado, Dr. *Mário Cyfer* no que pertine à condenação do 1º r. apelante pelo crime do artigo 158, do Código Penal. Com efeito, há total falta de correlação entre a peça exordial e a decisão condenatória, porque em nenhum momento a denúncia descreveu conduta do acusado que pudesse ser amoldada à figura típica em referência. O caso seria até de anulação da sentença porque condenado o réu pelo artigo 158 do Código Penal, crime sequer relatado na peça exordial e carente de fundamentação, com transgressão do artigo 93, inc. IX, da Constituição Federal de 1988 e art. 381, III, do Código de Processo Penal. Como já deixamos registrado em outra ocasião, podendo o Tribunal *ad quem* decidir o mérito em favor do recorrente, preferível emitir o juízo de conhecimento. Quando examina o conteúdo da denúncia o Prof. *José Frederico Marques* deixa acentuado que

"*Omissis*

Na acusação, o que deve ficar perfeitamente caracterizado é o fato delituoso, uma vez que a sanção a ser imposta depende da qualificação jurídica dada a esse fato. Segundo reza o art. 383 do Cód. Proc. Penal, pode o Juiz 'dar definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave'.

Isto significa que a acusação contém pedido condenatório não es-

pecífico no que tange com a graduação da pena (...) O acusador deve descrever o fato criminoso com todas as suas circunstâncias e, por outro lado, dar a classificação do crime (Cód. de Processo Penal, art. 41) (...)

Omissis

Uma vez que no fato delituoso tem o processo penal o seu objeto ou causa material, imperioso se torna que os atos, que os constituem, venham a ser devidamente especificados com a indicação bem clara do que se atribui ao acusado. A denúncia tem de trazer, de maneira certa e determinada, a indicação da conduta delituosa, para que em torno dessa imputação possa o juiz fazer a aplicação da lei penal, através do exercício de seus poderes jurisdicionais.

Os caracteres que a lei processual civil exige no *petitum* devem ser transportados, no processo penal, para a imputação.

No processo civil o juiz não pode pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido; no processo penal, impedido está o órgão judiciário de pronunciar-se sobre fato que não constitua objeto da imputação." (*In Elementos de Direito Processual Penal*, Ed. Forense, Rio. 1ª ed., 1961, v. II, págs. 152/153, nº 335-36). (Os destaques são da publicação.)

Pelo exame dos termos da peça exordial, a conclusão a que chegamos é da inexistência de acusação contra o 1º r. apelante pelo crime de extorsão. Depois de descrever os atos constitutivos deste evento danoso irrogado ao 2º r. apelante, a denúncia *sic et simpliciter* consigna que

"Estando assim os denunciados incurso nas penas dos arts. 288 e art. 158, *caput*, na forma do art. 29 e do concurso material, sendo o primeiro denunciado incurso duas vezes no art. 158 *caput*, todos do Código Penal." (Fls. 02, *infra*.)

A peça inicial não se presta à condenação de *Victor Hugo Rodrigues do Rosário* pelo tipo emoldurado no artigo 158, do código repressivo porque *inexiste acusação por fato certo e determinado*. Não há acusação implícita no processo penal brasileiro. E o Juiz se olvidou, quando do momento da prestação jurisdicional, da impossibilidade do procedimento *ex officio*. Cf. o Artigo 129, I, da CF de 1988 e artigos 24 e 41, do Código de Processo Penal. Desrespeitadas as balizas norteadoras do artigo 41 da codificação de ritos pela Dra. Promotora de Justiça, não poderia o magistrado, *concessa venia*, reconhecer contra o acusado o crime de extorsão, não descrito explícita ou implicitamente na denúncia. Com pertinência a essa figura delituosa é obrigatório ponderar a existência de prova suficiente para a acusação tão-somente do 2º r. apelante (*Cristóvão Reis da Silva*) com a obtenção desse acusado de indevida vantagem econômica em prejuízo de traficante de tóxicos, com a entrega deste de

certa importância em dinheiro para que o acusado deixasse de praticar ato de ofício. Quanto ao 1º r. apelante, (*Victor Hugo Rodrigues do Rosário*) a denúncia não descreve conduta alguma do acusado visando à prática da extorsão, pelo que não poderia constar do processo pela prática dessa infração e muito menos a imposição de pena pela sentença exarada pelo eminente Dr. Juiz *a quo*. O réu deve ser absolvido até porque não está provada a autoria do crime, ou seja, de que ele houvesse concorrido para a infração penal desencadeada pela conduta do 2º r. apelante, *ex-vi* do artigo 386, inc. IV, do Código de Processo Penal. No processo há ausência completa de prova quanto à participação do 1º apelante no delito em referência. Quanto à dosimetria das penas impostas aos r. apelantes, o 1º pelo crime do artigo 288, do Código Penal e o 2º pelas infrações dos arts. 288 e 158, do mesmo diploma legal, as objeções contidas nos arrazoados recursais - pretendendo a suavização do castigo - não merecer prosperar, *data respecta*. O Dr. Juiz *a quo*, na análise dos fatos, aplicou com absoluta adequação as penas reclusivas um pouco acima do mínimo legal, cominadas aos tipos, com fundamentação satisfatória (v. fls. 527/528), e nesse particular o *decisum* está em plena harmonia com a jurisprudência do Excelso Pretório. O Col. Supremo Tribunal Federal, ao examinar os parâmetros da pena criminal, decidiu, *verbis*:

“A primariedade do acusado não lhe confere o direito público subjetivo à fixação da pena-base em seu mínimo legal. Os Juizes e Tribunais podem exarcebá-la desde que motivem adequadamente o ato decisório, fundamentando-o em elementos existentes no processo que concretizem circunstâncias judiciais abstratamente referidas no art. 59 do Código Penal.” (HC nº 68926-4-MG, 1ª Turma, em 10.12.1991, rel. Min. Celso de Mello, *in* “Revista dos Tribunais”, vol. 692/343-4.)

“O simples fato de o apenado não possuir antecedentes criminais não induz, por si só, à fixação da pena no mínimo legal. Devem ser observados os demais aspectos que, previstos no artigo 59 do Código Penal, consubstanciam também circunstâncias judiciais.” (HC nº 71509-PR, 2ª Turma, em 30.08.1994, rel. Min. Marco Aurélio, *in* *Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Lex, v. 197/332.)”

“A primariedade e os bons antecedentes do réu não conferem, por si só, o direito público subjetivo à fixação da pena em seu grau mínimo, podendo o magistrado, desde que o faça em ato decisório plenamente motivado - e atendendo ao conjunto de circunstâncias referidas no art. 59 do CP - definir a pena-base em limites superiores ao mínimo legal.” (HC nº 72653-4-RJ, 1ª Turma, em 27.06.1995, Rel. Min. Celso de Mello, *in* *Revista dos Tribunais*, v. 734/620.)

E mais recentemente a Suprema Corte teve o ensejo de proclamar, *in verbis*:

“*Omissis*

III - Pena-base e pena concreta fixadas com observância das disposições legais pertinentes.

IV - O fato de ser o réu primário e de bons antecedentes não impede que o Juiz, em decisão fundamentada, com base no art. 59 do Cód. Penal, fixe a pena-base acima do mínimo legal.

Omissis

VI - H.C. indeferido.” (HC nº 72685-2-MG, 2ª Turma, em 31.10.1995, rel. Min. Carlos Velloso, *in Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Lex, v. 211/357).

Na mesma esteira de interpretação, consultar decisões estampadas na “Revista dos Tribunais”, vols. 483:358, 523:458, 550:406, 583:385, 636:325, 692:347, 692:343, 692:370 704:403, 727:420; “Revista Trimestral de Jurisprudência”, vols. 97:928, 135:1025, 138:190, 141:877, 142:582, 142:601, 146:835, 155:877, 157:185, etc. Não são justificadas, assim, as objeções postas em relevo pela defesa quanto à dosimetria encontrada pela sentença ao 1º r. apelante pelo delito do artigo 288 do Código Penal e ao 2º r. apelante pelas infrações dos artigos 158 e 288, do mesmo diploma repressivo.

Nessa ordem de idéias, e em face do que exposto ficou, o parecer da Procuradoria de Justiça está direcionado no sentido da *rejeição da preliminar* arguida pela Promotoria de Justiça, *conhecendo-se* do primeiro apelo, com *rejeição da preliminar* de inépcia da denúncia formuladas em ambas as irrisignações e, quanto ao mérito, pelo *provimento parcial* do recurso do 1º apelante para absolvê-lo pelo crime previsto no artigo 158, do CP, mantida, no mais a r. sentença contestada, com o *desprovemento* do apelo do 2º r. apelante.

Rio de Janeiro, em 24 de março de 1997.

Luiz Brandão Gatti
Procurador de Justiça

*Mandado de segurança sobre matéria institucional.
O fato de ser a ação civil pública intentada por um órgão
de execução do Ministério Público no primeiro grau não
impede, antes exige, a atuação da Procuradoria de
Justiça perante o Tribunal*

*Tribunal de Justiça
2º Grupo de Câmaras
Mandado de Segurança nº 375/96*

Impetrante: O Ministério Público
Impetrada: Egrégia 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Relator: Des. Lindberg Montenegro.

Mandado de Segurança sobre matéria institucional. O Ministério Público tem qualidade para defender suas prerrogativas institucionais em qualquer circunstância e, para tanto, pode valer-se dos remédios cabíveis. O fato de ser a ação civil pública intentada por um órgão de execução do *Parquet* no primeiro grau não impede, ao contrário exige, a atuação da Procuradoria de Justiça com assento perante o órgão jurisdicional de segundo grau a quem caiba apreciar e julgar qualquer recurso oriundo daquela demanda. Impedir essa atuação, além de se constituir em flagrante desrespeito às funções e prerrogativas da Instituição, ofende os mais comezinhos princípios constitucionais que regem a matéria.

PARECER

O Ministério Público, por órgão de execução de primeiro grau, ajuizou contra o Município da Capital uma ação civil pública, não importando aqui o objeto e conteúdo daquela demanda. Houve recurso de agravo, contra decisão do Juízo monocrático, distribuído à Egrégia 1ª Câmara Cível desse Tribunal, onde tomou o nº 2200/95. Os autos foram à Procuradoria de Justiça perante aquele órgão, que emitiu parecer, inclusive oferecendo documentos comprobatórios da tempestividade do agravo.

Acatando proposição do Município agravado, o Colegiado, ao julgar o recurso, embora o provendo, entendeu de, em preliminar, determinar o desentranhamento do parecer da Procuradoria de Justiça, muito embora mantendo nos autos os docu-

mentos com ele oferecidos.

Contra essa parte da decisão é que se impetra o presente, com pedido de se determinar a volta daquele parecer aos autos, bem como afirmar o direito líquido e certo do *Parquet* de oficiar naquele feito, em todo e qualquer outro recurso que venha a ser interposto no mesmo processo, uma vez que a referida Câmara tem sua jurisdição preventa para tais medidas, que certamente advirão.

Pedidas as informações, limitou-se o eminente e culto Presidente daquele órgão, que foi também o relator do apontado agravo, a transcrever pequeno trecho do aresto que, de resto, já fora oferecido na íntegra com a inicial (fls. 41/7).

De início cabe analisar o cabimento do presente e a legitimidade ativa da impetrante para a causa. A nosso ver, ambas as questões merecem decisão positiva.

Como bem lembrou a impetrante em sua inicial, embora muito se tenha discutido sobre o cabimento do mandado de segurança contra decisão judicial, o entendimento que vem sendo consagrado é o de que a medida tem cabimento sempre que ocorra a possibilidade de dano irreparável ao direito de alguém e o ato não desafia qualquer recurso previsto nas leis processuais.

Ora, no caso, parece-nos fora de dúvida que o dano é inegável, pois foi recusada ao Ministério Público a oportunidade de exercer suas atribuições regularmente, com grave ofensa à Constituição e às leis e prejuízo às prerrogativas da Instituição, que lhe foram atribuídas não em proveito próprio, mas para assegurar-lhe os meios necessários ao exercício de suas relevantes funções sociais.

É fora de dúvida, igualmente, que essa parte do decisório não comporta qualquer tipo de recurso processual.

Olhando a questão por outro ângulo, muitos autores têm proposto a distinção, quando da apreciação dos atos jurisdicionais, entre os erros de julgamento e os de procedimento, para admitir sempre o mandado de segurança contra estes e contra aqueles só em casos excepcionais. No caso, sem sombra de dúvida, o *writ* investe contra evidente erro de procedimento, pois a medida tomada pela Câmara nada tem a ver com o mérito da decisão que proferiu, importando apenas em ofensa às prerrogativas do Ministério Público.

Não se busca, portanto, como bem frisou a inicial, a reforma da decisão de mérito, mas tão-somente da nulificação daquela parte do *decisum* que determinou a medida de caráter procedimental, atingindo diretamente a atuação da Procuradoria de Justiça.

Sendo assim, tanto pelo ângulo da evidência do prejuízo e inexistência de recurso para sanar a erronina, como pelo aspecto de se tratar de *error in procedendo* e não *in judicando*, parece-nos inafastável a conclusão do cabimento da ação mandamental.

Não se diga, tampouco, que a matéria estaria superada, pelo julgamento proferido, ficando a impetração sem objeto. A verdade é que se trata de julgamento proferido em recurso de agravo, versando sobre liminar em ação civil pública, que tornou preventiva a Câmara para todo e qualquer outro recurso que venha a ser interposto daqueles autos e tudo está a indiciar, pelas características das partes e natureza da demanda que outros recursos deverão provir daqueles autos, o interesse portanto persiste e é bem atual.

De resto, em se tratando de matéria institucional, entendemos que não há que se falar em perda de objeto, pois a simples afirmação do princípio, de capital importância e irrecusável relevância jurídica, está a indicar a necessidade de manifestação dos órgãos jurisdicionais competentes sobre a questão.

O interesse do Ministério Público no reconhecimento e reafirmação de seus direitos e prerrogativas é impostergável, inextinguível e indisponível, devendo ser perseguido além e independente de qualquer decisão proferida neste ou naquele feito em particular, sob pena de se negar validade a todo o capítulo da Constituição Federal que definiu as funções, a estrutura e as finalidades sociais da instituição.

No que concerne à decisão impugnada, com todo o respeito e as vênias devidas, o equívoco é gritante. Independente de qualquer debate sobre a natureza da intervenção do *Parquet* no feito, se como parte ou fiscal da lei, o que se nos afigura fora e acima de qualquer dúvida, é que não se poderia apreciar e julgar um recurso oriundo de uma ação civil pública, sem a oitiva do Ministério Público.

O dispositivo invocado pelo Município e aceito pela Câmara, *data maxima venia*, recebeu interpretação absurda, para se chegar à conclusão exatamente oposta ao que quer a lei. O que ali está dito (art. 5º par. 1º da Lei 7347/85) é exatamente que o Ministério Público deverá atuar sempre e obrigatoriamente, em todos os trâmites e instâncias da ação civil pública e, por isso, determina que se ou quando não for parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. A decisão, portanto, negou vigência ao próprio dispositivo que invocou como suporte de seu entendimento, dando-lhe uma interpretação inaceitável, criando uma proibição, ou impedimento que a lei de modo algum prescreveu ou desejou.

É princípio elementar de hermenêutica, que as leis só podem ser interpretadas segundo seu espírito, dentro do sentido geral de seus dispositivos e sua finalidade, nunca de forma isolada e literal; para lhes negar os objetivos mais evidentes.

Ademais, mesmo que se concluísse, o que ora se admite apenas por absurdo e para argumentar, que o Ministério Público sendo parte estaria impedido de atuar como *custos legis*, ainda assim a Procuradoria de Justiça teria que atuar no recurso, como parte, uma vez que o órgão de execução de primeiro grau estaria impedido de atuar perante o Tribunal e, portanto, a Instituição teria que ser representada pelo órgão de execução superior, que não é outro senão a Procuradoria de Justiça. Assim

e como dito ao início, não há como pretender negar essa intervenção.

Como bem acentuou a impetrante, a ação civil pública foi criada e disciplinada, sem sombra de dúvida, sob a inspiração e tendo como modelo a ação penal pública e, naquele setor, jamais se duvidou, sequer se discutiu seriamente, a possibilidade e necessidade de atuação das Procuradorias de Justiça, em grau de recurso, nos feitos em que o Ministério Público é o autor da ação em primeiro grau.

Parte, parte comum, parte privilegiada, fiscal da lei, seja qual for a qualificação doutrinária que se lhe dê, não há como duvidar da legitimidade e da necessidade de intervir o Ministério Público nos recursos em que haja interesse sob sua tutela.

Somos, por todos esses motivos, pelo conhecimento e concessão da ordem, na forma do pedido, ou seja, para determinar o re-entranhamento nos autos do parecer dali retirado e afirmar o direito da Procuradoria de Justiça perante aquele órgão fracionário de manifestar-se em qualquer outro recurso ou medida oriunda do feito em questão.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 19 de agosto de 1996.

Luiz Sergio Wigderowitz
Procurador de Justiça

* Por unanimidade de votos, foi concedida a segurança.

*Lei nº 9.099/95. Aplicação dos
arts. 88 e 91. Exame dos temas*

*Tribunal de Alçada Criminal
2ª Câmara
Apelação nº 56.119*

Apelante: Edson Alves Lopes
Apelado: Ministério Público

– Lei 9099/95. Estudo das normas contidas nos arts. 88 e 91. Momento da representação. Matéria de direito processual, tornando impertinente a invocação a tal propósito do art. 5º, nº. XL, da Carta Política. Na órbita subconstitucional, o art. 91 da Lei 9099/95 é inaplicável ante a limitação contida no art. 90, que estatui a ultratividade da lei velha. Caso em que a instrução já se iniciara muito antes da vigência da Lei 9099/95, tornando a declaração do ofendido de que não desejava oferecer representação despida de qualquer efeito jurídico. Inocorrência de extinção da punibilidade. No mais, é de ser confirmada a sentença quanto ao mérito, acaso se decida pela não extinção.

PARECER

1. Através da r. sentença de fls. 86/89, foi o apelante condenado como incurso nas sanções do art. 129 do CP à pena de 3 meses de detenção, substituída pelo pagamento de 10 dias-multa no valor unitário mínimo.

Irresignado, manifesta apelação total a fls. 91, com razões a fls. 108/110.

Ao ensejo da baixa dos autos ao Juízo de origem para que se colhesse a resposta, requereu a ilustre Dra. Promotora de Justiça, em face do disposto no art. 91 da Lei 9.099, de 26.09.95, a intimação da vítima para, querendo, oferecer representação (fls. 111 v.).

O ofendido manifestou-se no sentido de não fazê-lo (fls.114), ao que os autos retornaram a este segundo grau.

2. O que está em causa, como questão prévia a ser resolvida, é a aplicação ao caso concreto do art. 88 da Lei nº 9.099/95, que tornou de ação pública condiciona-

da o crime de lesão corporais leves, e do art. 91 do mesmo diploma, que cuidou a tal respeito dos processos em curso.

O tema há de ser analisado a partir da Lei Fundamental.

O art. 5º, XL, da Carta da República estabelece que

“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

Percebe-se claramente que a redação do dispositivo autoriza duas interpretações. A primeira pode traduzir-se do seguinte modo: a lei penal, como regra, não retroagirá, mas haverá retroação quando beneficiar o réu. A segunda exegese possível explicita-se assim: a lei penal não retroagirá, a menos que, sendo para beneficiar o réu, a lei ordinária disponha nesse sentido. Segundo a primeira interpretação, a retroação em benefício do réu ocorre sempre; de acordo com a segunda, a retroação benéfica está condicionada a que a estabeleça disposição infraconstitucional.

O critério interpretativo que deve preponderar, a nosso aviso, é o do contexto significativo da lei (cf. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., pp. 390/395). Cuidando-se de disposição que se insere na solene proclamação de direitos e garantias individuais, afigura-se-nos indubioso haver-se consagrado regra de solução de conflito de leis penais no tempo pela qual ocorrerá sempre retroação em favor do réu de disposição que lhe seja mais benéfica.

Dado que a previsão constitucional influi na questão sob apreciação, há de se investigar seu exato alcance.

Segundo entendimento de uma corrente, as previsões dos arts. 72, 74, p. único, 76, 88 e 89 seriam de natureza mista, ou seja, penais e processuais penais, mas com preponderância do caráter de direito material. A retroatividade das mesmas de modo a alcançar fatos pretéritos decorreria, por força da previsão do art. 5º, XL, da Lei fundamental, de ser a lei nova mais benevolente. Resultaria daí sua aplicação no primeiro grau de jurisdição, qualquer que fosse a fase em que se encontrasse o processo, e mesmo no segundo grau, nos feitos pendentes do julgamento dos recursos, para o que haveriam de ser restituídos à instância de origem. A aplicabilidade não ocorreria, contudo, com pertinência às causas já definitivamente julgadas, em que se houvesse formado a coisa julgada penal. É que, a tal propósito, ter-se-ia de considerar o caráter também processual das disposições em questão, do que emergiria um limite natural à aplicabilidade, impediendo a incidência da lei nova a causas definitivamente decididas.

Sem embargo do elevado nível científico com que deduzida a tese, lamentamos dela discordar.

Como se pôde observar, assentou-se a retroatividade das disposições no critério da preponderância do caráter de direito material das mesmas.

No entanto, o art. 88, incluído entre aqueles que revelariam tal substância,

cogita de hipótese de decadência, sendo certo que dela e da perempção disse Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral*, 1986, p. 104), com toda sua autoridade, terem

“caráter penal e processual penal, embora o aspecto processual seja mais evidente, pois impedem o processo.

Então a preponderância da essência não levaria ao resultado assinalado, pelo menos na extensão pretendida, pois o raciocínio não se mostraria próprio com relação à disposição do art. 88, que é justamente aquela de que nos estamos ocupando.

Ainda assim se poderia sustentar que as disposições de natureza mista, mesmo que o caráter penal seja menos intenso, estão sujeitas à regra do art. 5º, XL, da Carta Política.

Em face de um tal argumento deve-se indagar a que resultado o acolhimento da tese nos levaria.

A solução proposta revela-se particularmente engenhosa quando se trata de resolver as questões exurgentes dos processos em curso. Ela, contudo, não resiste à análise - e rogamos todas as vênias ao emitir essa afirmativa - uma vez que se haja de aplicá-la às causas em que se formou a coisa julgada. Deveras, a retroatividade da lei *penal* mais benéfica não respeita a *res judicata*. Ter-se-ia de aceitar então que os processos findos em que fossem em tese aplicáveis tais disposições haveriam de ser reabertos. Ora, essa consequência, repelida pela integralidade dos defensores da concepção em análise, é particularmente reveladora de sua insubsistência, pois se percebe aí o absurdo do resultado atingido.

É certo que se afirma que as disposições em tela, de caráter misto, sendo igualmente processuais penais, encontram um limite natural à sua aplicabilidade, que é o de não se ter formado a coisa julgada. O argumento, todavia, não se mostra eficiente. Com efeito, se são penais para fazer incidir a norma do art. 5º, XL, da Constituição da República, por que não o seriam para que os efeitos da sentença trânsita em julgado cedessem diante delas, como previsões mais benéficas? Essa é a pergunta que gostaríamos de ver respondida pelos apóstolos da tese ora em comento.

Uma vez inacolhida a opinião de que nos ocupamos, é momento de apresentar, em seu lugar, outra proposta.

Traga-se, ainda uma vez, o magistério de Heleno Fragoso (*ob. cit.*, pp. 104/105):

“No que tange à *representação*: será indispensável se a ação penal ainda não se iniciou. Após o início da ação penal, será irrelevante a lei nova que a subordina à representação. É a solução que deveria ser dada para os casos de processos referentes a lesões corporais leves ou culposas, que o CP de 1969 fazia depender de representação.”

Como se observa, o eminente e saudosos penalista não pretendeu, precisamente na hipótese de que se cogita, dar aplicação à lei nova mais favorável, se a ação penal já houvesse sido instaurada. Está patente, pois, que não inseria a matéria no âmbito do Direito Penal, pois se o fizesse não poderia deixar de reconhecer a extra-atividade da *lex mitior*.

A lição parece-nos rigorosamente exata. Enquanto a prescrição extingue a punibilidade *diretamente*, a decadência, obstando a instauração do processo, o faz *indiretamente, reflexamente*. A natureza da representação é de condição de procedibilidade; sua disciplina figura no CPP. Particularmente a questão do momento, da oportunidade em que há de ser exercida tem natureza processual. Mesmo quem teimasse em ver a representação como albergada, em linhas gerais, pelo direito material, não poderia negar que o aspecto da ocasião de seu exercício se situaria na seara do processo penal. Ora, o art. 91 da Lei nº 9099/95 estabelece que, nos casos em que a representação passou a ser exigida para a propositura da ação penal, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de 30 dias sob pena de decadência. Está-se a ver, pois, que, cuidado-se de processos em curso, a decadência não impede a instauração do processo, mas obsta seu prosseguimento ou, talvez com mais exatidão, provoca a extinção do processo. Cogita-se no dispositivo em causa do *momento* em que a representação deve ser oferecida, matéria que, como se notou, se insere no âmbito do direito processual, nada tendo a ver com o direito material. Segue-se que a previsão constitucional do art. 5º, XL, se mostra absolutamente ininvocável com relação à questão. O desate que se lhe há de dar desloca-se, assim, para o plano subconstitucional.

O art. 90 da Lei nº 9099/95 reza que as disposições do diploma em tela não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada. Suponhamos, para perfeita compreensão do tema, não existisse, na Lei nº 9099/95, a disposição em causa. A previsão do art. 91 teria de ser aplicada a todos os processos ou, pelo menos, àqueles em que a sentença não houvesse sido prolatada. O art. 90, contudo, estabelece um *limite* ao disposto no art. 91. Gize-se, em parênteses, ser inteiramente desacertada a afirmativa de que o art. 90 é inconstitucional. No máximo, seriam inconstitucionais (se a questão não se resolvesse no âmbito da interpretação) as *aplicações* que se fizessem às normas penais. As aplicações às normas processuais, no entanto, são rigorosamente constitucionais! Ora, se o art. 91 disciplina, como se viu, matéria de processo, a aplicação, a ele, do art. 90 não revela qualquer dissonância com a Lei Fundamental. Retomando o raciocínio interrompido, frisamos que do art. 90 emerge um limite ao previsto no art. 91. Dessarte, se a instrução do processo, no momento do início da vigência da Lei nº 9099/95, não estiver iniciada, o art. 91 tem plena aplicação. Mas se, ao reverso, a instrução já tiver começado, a lei velha, ultrativa, é que há de ser aplicada. Assinale-se que a hipótese do art. 91 não constitui exceção à do art. 90, uma vez que, como comezinho em técnica legislativa, se o fosse, teria sido formulada como parágrafo do último. O art. 91, desse modo, como

disposição de caráter processual, aplica-se imediatamente, desde que não verificada a limitação do art. 90, do qual exsurge a ultratividade da lei velha, em face da qual não cabe cogitar de oferecimento de representação nos casos dos crimes mencionados no art. 88.

Em síntese, a matéria em exame, pertinente ao *momento* em que a representação deve ser oferecida, se situa ao abrigo do direito processual, do que resulta ser imperitante a invocação a tal propósito do art. 5º, XL, da Carta Política. Na órbita subconstitucional, nível em que a questão se põe, o art. 91 da Lei nº 9099/95 é inaplicável ante a limitação contida no art. 90, que estatui a ultratividade da lei velha.

No caso dos autos, já que a instrução se iniciou muito antes de haver começado a vigorar a Lei nº 9099/95, a declaração do ofendido de que não desejava oferecer representação apresenta-se como despida de qualquer efeito.

Pelos fundamentos ora deduzidos, somos por que, acaso apreciada a questão da extinção da punibilidade, seja ela decidida no sentido da não-extinção.

3. No mérito, cuida-se de lesões corporais dolosas produzidas em seqüência a um incidente de trânsito.

A materialidade está provada pelo auto de exame de corpo de delito de fls. 22.

O apelante negou a autoria em juízo; na delegacia se mantivera em silêncio. Não se pode, contudo, razoavelmente duvidar de ser ele o agressor ante o depoimento de fls. 41/42, provindo de ilustre advogada e que trafegava em veículo distinto daqueles conduzidos pelo recorrente e pelo ofendido, embora outros testemunhos acenassem com possibilidades diversas, ante o conflito generalizado que se estabeleceu, e a vítima, em juízo, haja declarado não saber quem a atingiu.

Exata a condenação nos termos postos.

4. A pena foi imposta no mínimo e substituída por sanção pecuniária, dosada também na gradação inferior.

5. Isso posto, opina esta Procuradoria de Justiça por que, preliminarmente, acaso apreciada a questão de extinção da punibilidade, se decida pela não-extinção e, no mérito, pelo desprovimento do apelo.

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 1996.

Ronaldo de Medeiros e Albuquerque
Procurador de Justiça.

*Crimes dos arts. 180, 297 e 304 do CP.
Exclusão do falsum e do uso. Aditamento da inicial
para a inclusão de fato novo. Impossibilidade*

*Tribunal de Justiça - 3ª Câmara Criminal
Apelação Criminal nº 1377/94*

- Apelantes:** 1) - Ministério Público
2) - Luiz Guilherme da Costa ou Jairo Lins
- Apelados:** Os mesmos.

- Crimes dos arts. 180, 297 e 304 do CP. Exclusão da condenação do crime de *falsum* e do uso. Manutenção da condenação pela receptação dolosa. Provimento *parcial* de ambos os recursos. *Aditamento*. Para a inclusão de fato novo o Ministério Público não pode aditar a denúncia mas pode fazê-lo somente para dar ao fato nova definição jurídica que importe na aplicação de pena mais grave. Exclusão da condenação pelo crime aditado. Envio de peças ao Procurador-Geral de Justiça para o processo do fato novo atribuído ao réu, desde que a punibilidade não *está* extinta. Se o agente falsifica e guarda o documento, sem usá-lo, não há crime a punir. Caso em que não há prova de que o réu tenha falsificado ou feito uso do documento falso apreendido. Hipótese em que não há falar, sequer, da ocorrência de dano potencial visto que o documento se encontrava guardado na casa do réu. *Penas*: aumento em relação à receptação, tendo em conta a má conduta social do réu e seus péssimos antecedentes (art. 59 do CP). Regime fechado em razão do disposto no art. 33 § 3º do CP. Diminuição do valor unitário da multa, tendo em vista a modesta situação econômica do acusado (art. 60). *Providências* judicialiformes a serem tomadas pelo Colégio.

PARECER

Egrégia Câmara:

1. O réu, ora recorrente (segundo apelante), está condenado pelo Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca da Capital - RJ por infração aos arts. 180, 297 e 304 do CP, às penas totais de 06 anos de reclusão e 45 dias-multa, no valor unitário de um salário mínimo vigente ao tempo do fato, em regime inicial semi-aberto (fls. 276/

280 e 282). Pelo art. 180 do CP (dois anos de reclusão e 15 d.m.), pelo art. 297 do CP (3 anos de reclusão e 15 d.m.) e pelo art. 304 do CP (1 ano de reclusão e 15 d.m.), mantido, em cada caso, o mesmo valor unitário acima especificado. Contra a sentença apelou o Ministério Público (fls. 283), fazendo-o em recurso amplo e o réu, este em autodefesa processual e, também em apelo pleno (fls. 288). Em suas razões, a Promotoria de Justiça se insurge contra as penas aplicadas, pretendendo aumentá-las, bem como contra o regime semi-aberto concedido ao imputado (fls. 290/298). O acusado, por seu turno, pretende a absolvição pelo tipo penal do art. 180 do CP, bem como a redução da sanção pecuniária em relação ao *falsum* material e ao uso de documento falso (fls. 306/309). Contra-razões respectivas às fls. 301/305, da defesa e do Ministério Público (fls. 311/313), defendendo suas posições. Os autos subiram ao Tribunal (fls. 314/317 v.). Este o procedimento do recurso até o momento.

2. O fato em julgamento:

“No dia 13-05-92, às 16:30 horas, aproximadamente, na rua Meilo de Souza, perto do DETRAN, nesta cidade, o denunciado, ora recorrente, foi preso em flagrante porque tinha em seu poder, entre outros objetos, o automóvel marca Chevette, ano de 1982, chassi 5E11BBC165966, que adquirira, sabedor de que se tratava de produto de crime, pois a placa que ostentava - RJ-XT-7424 - era inidônea. Consta que o automóvel fora furtado em 17-10-90. No ato da prisão, o denunciado confessou a prática delituosa e informou aos policiais do flagrante que, em sua residência, guardava farto material proveniente da prática de delitos e outros destinados à falsificação, que foram, todos, apreendidos, na rua Souza Barros, nº 214, ap. 206, ali encontrando documentos relacionados com furto e roubo de veículos, duas chaves “micha”, um pedaço de lixa, sete arames com selos de chumbo para a fixação de placas em veículos, uma placa de alumínio com a inscrição 9BFBXXLBABE198912, além de uma carteira de habilitação emitida em branco (nº 00535785-DETRAN-MG) e uma carteira também em branco contendo a inscrição “Ministério da Educação e Cultura - Diretoria de Ensino Médio”, caracterizando a documentação em branco falsidade documental.”

Posteriormente, a denúncia veio a ser aditada para incluir o seguinte fato novo (fls. 197):

“Já em curso a ação penal, em dia e hora desconhecidos, mas antes do dia 16-7-92, o denunciado, ora segundo apelante entregou a seu advogado para que fosse entregue em Juízo, a título de prova, um DUT ideologicamente falso, subtraído da CIRETRAN de Nova Iguaçu, eis que os dados nele contidos não são verdadeiros, fato sabido pelo denunciado, infringindo assim o art. 304 do CP.”

Estes os fatos que motivaram a ação penal e respectivo aditamento, resultando o imputado condenado na forma acima especificada (1).

A denúncia teve como suporte fático as peças de fls. 04/50. Nelas há que destacar o farto material apreendido em poder do então indiciado (fls. 05/v), bem como as declarações do então indiciado, na presença de advogado, que prestou a chamada (impropriamente) confissão extrajudicial em relação à receptação do Chevette, dizendo que o adquiriu de um indivíduo já falecido, que atenderia pelo vulgo de "Mug" sabendo que se tratava de produto de furto, salientando, ainda, que o material apreendido era utilizado para a falsificação necessária às fraudes que vinha praticando (fls. 09). Voltou a prestar declarações (fls. 34/v.), onde, ao lado de ratificar o que antes alegara, presta uma série de esclarecimentos sobre os documentos apreendidos, fazendo-o, novamente, na presença de advogado (fls. 34v.). Diz, ainda, que optou temporariamente por usar o nome de Jairo Lins da Costa (fls. 34v.).

Em Juízo, quando acusado, o réu negou totalmente a acusação dizendo que comprou o "Chevette" de um amigo "não sabendo o nome nem o endereço do mesmo", sustentando, ainda, que o farto material apreendido no seu apartamento era do mesmo "amigo", isto é, a pessoa cujo nome ignora e de quem não sabe, sequer, o endereço (fls. 57).

Durante a instrução criminal, inquiridas, agora, as testemunhas arroladas pelo Ministério Público, o policial Carlos Alberto Coutinho Nogueira (fls. 82) disse que o Chevette estava com placa "fria" e que era objeto de furto. Afirmou, ainda, que o acusado, ao ser surpreendido, "disse que estava providenciando a documentação do Chevette". Confirma, ainda, que na casa do acusado foram encontrados diversos objetos tais como: carteira de motorista em branco, duas chaves "michas", um pedaço de chassi contendo a gravação do número de um "Escort" e que os papéis, segundo o acusado lhe disse, se destinavam a "fazer documentação e que os carros já tinham ido embora". O funcionário Francelino Barcellos (fls. 83) ratifica, em linhas gerais, a fala de seu colega.

A prova da defesa (fls. 90) *nada* esclarece em relação aos fatos relacionados com o réu.

Veio ao processo o laudo de exame de documentos (fls. 123/125), onde se constatou que uma carteira era falsa e que os demais documentos "não apresentam as características de segurança inerentes aos documentos oficiais, tratando-se de impressos facilmente obtidos em gráficas capacitadas para tal" e que podem servir para a prática de crime.

Em razão do aditamento produziu-se prova da defesa (fls. 215 e 220) que *nada* esclarece, valendo notar que a testemunha de fls. 220 faz referência, em seu depoimento, aos fatos da denúncia e não ao que motivou o aditamento, ensejando-se, também, novo interrogatório do réu (fls. 226), que, a rigor, deveria preceder a prova da defesa. Porém, a inversão da ordem não trouxe qualquer prejuízo para o réu até

porque o réu, no interrogatório, não enfrenta o evento que motivou o aditamento.

Estes os fatos. Resta saber o que ficou provado bem como o direito aplicável à espécie.

3. Vou examinar, por primeiro, o aditamento.

Como sabido, o Código de Processo Penal não disciplinou o aditamento da ação penal pública quando tomado por iniciativa do Ministério Público, tratando do assunto, equivocadamente, no capítulo da sentença (art. 384 § único do CPP). Paradoxalmente, cuidou, com minúcia, do aditamento da queixa pelo Ministério Público (arts. 45, 46 § 2º e 48 do CP).

Portanto, aplica-se, por analogia, (art. 3º do CPP), o art. 384 § único do CPP. Ora, tal dispositivo cogita da possibilidade de *nova definição jurídica* que importe na aplicação de pena mais grave. Observe-se bem: não trata o dispositivo em questão de *fato novo*. Para fato novo o Ministério Público não pode aditar denúncia nem o Juiz tomar a providência a que alude o § único do referido art. 384 do CPP. Para ele (fato novo) existe a providência judicialiforme do art. 40 do CPP. Em relação ao evento criminoso que motivou o aditamento deve ele ser excluído da condenação. Como a punibilidade não está extinta, as peças relacionadas com o aditamento devem ser remetidas ao Ministério Público, acompanhadas do parecer e do acórdão, tudo na forma do art. 40 do CPP. Elas estão indicadas no próprio aditamento (fls. 197).

A receptação dolosa em relação ao Chevette está inequivocamente provada nos autos conforme demonstra não só a farta prova colhida no processo, acima examinada, como também porque, se inocente, seria muito fácil para o acusado evidenciar a origem legítima do veículo. Ao contrário, preferiu negar em Juízo, dizendo que comprou o carro de um amigo cujo nome e endereço ignora. Na verdade, tratava-se de automóvel furtado de propriedade da "Itatiaia Seguros" (fls. 47).

Vamos ao *falsum*.

Foram apreendidos em poder do réu inúmeros objetos e documentos que se prestam à prática de crimes e à falsificação especificamente. Um dos documentos (fls. 124) é, sem dúvida, falso (a Carteira Nacional de Trânsito - *vide* fls. 124). Porém, não há prova de que o réu tenha falsificado o aludido documento nem que dele tenha feito uso. E se ele falsificasse e guardasse o documento, sem usá-lo, não haveria crime algum a punir. Foi o que, provavelmente, ocorreu. Averte-se que o documento não foi encontrado em poder do réu, na rua, quando ainda se poderia discutir a questão do dano potencial. O que ele iria fazer com o documento falso é exercício de futurologia de que não me atrevo a falar.

Aliás, a sentença apelada não poderia ter sido mais vaga na apreciação do crime

de falsidade e uso.

4. Penas.

A sucinta sentença foi salva de nulidade graças ao cuidado do competente e zeloso Promotor de Justiça, Dr. José Roberto Paredes, que conseguiu, pelo menos, que o *quantum* aplicado a cada crime fosse especificado no *decisum* recorrido.

Coerente com o que ficou dito (2 e 3), passo a dosar as penas do crime ao art. 180 do CP. O réu é indivíduo de péssima conduta social, apresentando FAC rica em crimes (fls. 163), porém não esclarecida. Seus péssimos antecedentes estão retratados também no expediente de fls. 147/148. Registra passado penal em Belém do Pará, com a indicação, igualmente, da prática de crimes graves (inclusive roubo), conforme se vê de fls. 169. Ao que consta usaria 12 nomes (fls. 105), atendendo pelo vulgo de "Tim Maia" (fls. 35). Por tudo isso, proponho que a pena por receptação dolosa seja fixada em 03 anos de reclusão e 30 dias-multa, no valor unitário mínimo de que cogita o art. 49, § 1º do CP, atendendo, aqui, à modesta situação econômica do réu, critério prevalente na dosimetria da sanção pecuniária (art. 60 do CP). O regime inicial fechado é o que se recomenda tendo em conta o disposto no art. 33 § 3º do CP, por força do que ficou dito acima a respeito da personalidade do acusado quando do exame das circunstâncias judiciais da pena (art. 59 do CP).

5. Assim sendo, proponho:

a) - o provimento *parcial* do recurso do Ministério Público em relação às penas aplicadas ao réu pela prática do crime do art. 180 do CP, bem como para que se adote o regime inicial fechado em relação à pena privativa de liberdade (2 a 4), expedindo-se, em consequência, contra o réu o competente *mandado de prisão*;

b) - o provimento *parcial* do apelo do réu para excluir da condenação os crimes dos arts. 197 e 304 do CP e diminuir o valor unitário da multa em relação ao tipo penal do art. 180 do CP (2 e 4);

c) - remessa de peças ao Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça para o fim indicado no parecer (3).

Rio de Janeiro, 06 de janeiro de 1995.

Sergio Demoro Hamilton

Procurador de Justiça

(atuando durante o recesso)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

*Recurso em Habeas Corpus nº 68.910 – SP
(Segunda Turma)*

Relator p/ o acórdão: *O Sr. Ministro Carlos Velloso*

Recorrentes: *Ekaterina Nicolas Panos e outros*

Recorrido: *Superior Tribunal de Justiça*

EMENTA: Processual Penal. Penal. Crime falimentar. Ação Penal: trancamento: impossibilidade.

I - Laudo pericial elaborado pelo Síndico da massa falida, perito contador, com registro no órgão de fiscalização: inoccorrência de nulidade capaz de ensejar o trancamento da ação penal. Ademais, toda a matéria apurada no inquérito, instaurado com base no laudo contábil, pode ser renovada na instrução criminal.

II- HC indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, preliminarmente, por decisão unânime, conhecer do recurso como petição originária. No mérito, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, indeferiu-se o *habeas corpus*.

Brasília, 22 de outubro de 1991 – Néri da Silveira, Presidente – Carlos Velloso, Relator p/o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Marco Aurélio**: Revelam estes autos que as Pacientes estão sendo processadas criminalmente como incursas nas disposições dos artigos 186, incisos VI e VII, 188, incisos III, IV e VII, da Lei de Falências, combinados com o artigo 29, **caput**, do Código Penal. A partir de inquérito judicial formalizado à luz do art. 103 da Lei de Falências, foram denunciadas (folhas 30 a 32). Recebida a denúncia em 13 de setembro de 1990, foi impetrado, perante o Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus** – o de nº 103.175-5-0 –, argüindo-se a irregularidade da ação penal, porquanto baseada em inquérito em que o laudo foi elaborado pelo próprio Síndico da massa falida.

A Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em funcionamento nas férias forenses do mês de janeiro, denegou a ordem. Diante de tal fato, o Dr. Álvaro Alves de Queiroz impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, reiterando a irregularidade atinente ao laudo e pleiteando, face à inexistência de justa causa e à nulidade processual, o trancamento da ação. Aludiu à necessidade de aguardar-se a elaboração de novo laudo pericial e novo relatório do síndico para reencetar-se o curso dos trâmites processuais (folhas 2 a 6).

Conforme o Acórdão de folhas 359 a 361, o Superior Tribunal de Justiça concluiu pela denegação da ordem. Na oportunidade, adotou as razões do voto condutor do julgamento realizado perante o Tribunal de Justiça e que está baseado na ausência da alegada irregularidade. Assinalou, ainda, que, se falha houve, esta ocorreu no procedimento falimentar, circunstância que não pode ser levada em conta para o fim desejado, qual seja, o de encerramento da ação penal (folhas 359 a 366).

O Impetrante interpôs o recurso ordinário de folhas 368 a 376, ressaltando que tal decisão contraria o Decreto-Lei nº 7.661/45, no que se prevê, no inciso V do artigo 63, a designação de perito pelo síndico, afastando-se, assim, a possibilidade deste assumir o encargo. Nas razões apresentadas, alude à decisão do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo que, à unanimidade, encerra conclusão sobre a imprestabilidade da prova pericial quando realizada mediante atuação de perito não nomeado. Arguiu-se, mais, a transgressão aos artigos 134, inciso VI e 138, inciso III, do Código de Processo Civil, face à resolução do síndico no sentido de atuar como perito, já que administrador da massa falida. A par disto, é feita referência ao fato de o síndico não ser domiciliado no foro da falência, aspecto que estaria a importar, segundo o sustentado, no desrespeito ao artigo 60 da Lei de Falências. Por último, aponta-se que não foi prestado o compromisso previsto no artigo 422 do Código de Processo Civil e pleiteia-se o acolhimento do recurso para reforma do que decidido pela Corte de origem e concessão da ordem.

O Ministério Público trouxe aos autos o parecer de folhas 390 e 391. Em síntese, manifesta-se pelo não-cabimento do recurso e pela intempestividade. O primeiro porque o *habeas corpus* conhecido e denegado pelo Superior Tribunal de Justiça mostrara-se substitutivo do recurso ordinário constitucional. O segundo porque fora inobservado o quinquídio de que cuida o artigo 310 do Regimento Interno desta Corte. No mérito, o parecer é pela denegação da ordem, de vez que o Autor do laudo contábil teria prestado compromisso enquanto Síndico da massa falida.

Recebi os presentes autos para exame em 4 de outubro de 1991, liberando-os no dia 7 de mesmo mês e consignando, à folha 393, a necessidade de corrigir-se a autuação para constar como Recorrente o Impetrante e não as Pacientes e como Recorrido o Ministério Público e não o Superior Tribunal de Justiça, já que essa egrégia Corte nenhum interesse tem na manutenção do acórdão que prolatou.

É o relatório.

O Sr. Ministro **Marco Aurélio** (Relator):

Falência. Laudo Pericial. Atuação do síndico como perito. Irregularidade. Repercussão na ação penal. Ao síndico cumpre designar o perito para proceder a exame da escrituração do falido, comunicando a ocorrência ao Juiz. Para efeito de inquérito judicial, a exposição do síndico é instruída com o laudo de tal perito, bem como dos documentos pertinentes. O compromisso prestado pelo síndico somente abrange a atuação no respectivo cargo. O síndico, porque administrador da massa falida, está impedido de atuar, no processo falimentar, como perito. O fato de a denúncia recebida ter como base inquérito judicial originário de exposição instruída com laudo imprestável, porque de autoria do próprio síndico, é conducente à condenação de que os denunciados sofrem constrangimento ilegal. O laudo é o corpo de delito no processo falimentar (Rubens Requião), o que informa que a elaboração somente tem valia quando observadas as formalidades legais, dentre as quais desponta a feitura por pessoa idônea, desimpedida, qualificada e que tenha prestado o compromisso de atuar conscienciosamente. Inteligência dos artigos, 62, 63, inciso V e 103 do Decreto-Lei nº 7.661/45 (Lei de Falências), 138, inciso III e 422 do Código de Processo Civil, 159 e 564, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Em assentada anterior, sustentei o entendimento de que aprecia-se o recurso ordinário tal como protocolizado, ou seja, levando-se em conta o fato de haver sido interposto contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça de *habeas corpus*. Na oportunidade, coloquei em plano secundário a circunstância de o provimento daquela Corte haver resultado de impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Contudo, fui vencido e, agora, ressalvo entendimento pessoal para homenagear o que decidido pela Turma. Assim, na esteira do precedente citado, conheço da peça de folhas 368 a 376 como a revelar impetração originária, ficando prejudicada a matéria relativa à oportunidade, ou não, da interposição do recurso ordinário. Confesso que assim o faço com alguma dificuldade, pois o enfoque resulta na admissão de sucessivos *habeas corpus*, impetrados os dois seguintes contra decisões proferidas também em *habeas corpus*. Não obstante, que prevaleça, de qualquer forma, a unidade de enfoque, para prestígio do próprio Judiciário.

De início, coloco em plano secundário o argumento de que foi vulnerado o art. 60 do Decreto-Lei nº 7661, de 21 de junho de 1945. É que o fato de o síndico não residir no foro da falência não tem reflexo no campo penal a ponto de levar ao trancamento de ação ajuizada com base no inquérito judicial previsto na Lei Falimentar.

Passo ao exame do *habeas corpus*, considerada a matéria relativa à confecção

do laudo pericial. O laudo referente ao exame da escrituração do falido é peça essencial à valia da exposição que o síndico deve fazer sobre as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença declaratória, e outros elementos ponderáveis. É com base nele que o síndico especifica os atos que constituem crime falimentar, indicando os responsáveis e os artigos penais aplicáveis - artigo 103 do Decreto-Lei nº 7661, de 21 de junho de 1945. Consubstancia, por isso mesmo, o que Rubens Requião, com a percutiência de sempre, afirma ser o corpo de delito dos crimes falimentares - *Curso de Direito Falimentar*, volume 1, página 289, 1ª edição, 1975, Saraiva - SP. A teor do disposto no artigo 63, inciso V do Diploma Especial em comento, cumpre ao síndico designar perito contador para proceder à análise da escrituração do falido, proporcionando-lhe os documentos indispensáveis. A norma impõe-lhe o dever de comunicar ao Juiz, tal designação.

Depreende-se deste conjunto de exigências a imposição de formalidades essenciais. Da Lei de Falências exsurge não só a dualidade de pessoas ligadas a atribuições diversas - o síndico e o perito - como também a necessidade de o primeiro informar ao Juiz a escolha do segundo. Do Código de Processo Civil extrai-se que a atuação de qualquer perito requer a assunção do compromisso de cumprir conscientemente o encargo cometido - artigo 422. No campo penal, verifica-se a necessidade de ser atendida idêntica formalidade. Impõe-se, de início, que a perícia deve ser realizada, de regra, por perito oficial e, não existindo este na localidade, por pessoa idônea, com habilitação técnica, que prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo - artigo 159 e parágrafos do Código de Processo Penal. Por outro lado, também é regra da processualística comum que não pode funcionar como perito, nem mesmo como assistente técnico, pessoa que seja órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica parte na causa - artigo 138, inciso III, combinado com o artigo 134, inciso VI, ambos do Código de Processo Civil. No caso dos autos, na denúncia teve-se por base, justamente, o relatório que o Síndico da falência, em cumprimento à regra do artigo 103 do Decreto-Lei citado, apresentou (folhas 14 a 20). Portanto, o Ministério Público, titular da ação penal, louvou-se na exposição então realizada, que, no entanto, não sobrevive como peça idônea a levar à denúncia sem o laudo pericial revelador da apuração dos atos que estariam a configurar crimes falimentares. Na hipótese, houve absoluta coincidência no enquadramento jurídico-penal, estando mencionados na denúncia os mesmos dispositivos da Lei de Falência aludidos no relatório elaborado pelo Síndico. O fato demonstra o nexo de causalidade. A denúncia resultou da exposição do Síndico, que fora, em cumprimento à regra do artigo 103 da citada Lei, depositada em Cartório, para efeito de inquérito judicial, devidamente acompanhada do laudo pericial, ou seja, do corpo de delito (folhas 14 a 28).

Acontece que não foram observadas regras indispensáveis à valia do laudo. Em primeiro lugar, saliente que a interpretação sistemática e teleológica dos artigos 62, 63, inciso IV e 103, **caput** e § 1º da chamada Lei de Falências - Decreto-Lei nº 7.661/45 - torna evidente que não se confundem as pessoas do síndico e do perito.

Àquele são atribuídos deveres específicos, dentre os quais, a revelar a impossibilidade de cumulação de funções, o de designar o perito contador, submetendo o nome escolhido ao juízo universal da falência – artigo 62 e 63. Ao perito cumpre a elaboração de trabalho técnico que instrui a exposição do Síndico, mostrando-se tal relatório como verdadeira inicial dos autos do inquérito judicial – §§ 1º e 2º do artigo 103. É difícil conceber que ambas as peças – exposição e laudo – possam ter como autor a mesma pessoa – o síndico. A referência contida no § 2º do artigo 103 à apresentação da exposição pelo síndico “... instruída com o laudo do perito encarregado do exame da escrituração do falido (art. 63, V) e quaisquer documentos...” obstaculiza a perpetuação do quadro até aqui notado. A ação penal está lastreada em requerimento de inquérito formalizado pelo síndico que, a um só tempo, elaborou a exposição que lhe cumpria e, para respaldá-la, ou melhor, para instruí-la como previsto em lei, o laudo que normalmente seria da responsabilidade do perito contador encarregado de, com a equidistância desejável, proceder ao exame da escrituração do falido. No caso, houve inversão da ordem natural dos fenômenos. Ao invés de o laudo instruir a exposição, esta é que, ao que tudo indica, instruiu aquele, pois é presumível que se buscou a harmonia entre as peças, tarefa facilitada pela autoria única.

A partir do equívoco ocorrido, ou seja, da esdrúxula indicação pelo síndico de si mesmo para atuar como perito, sem comunicação ao Juiz, contrariando a regra de impedimento do artigo 138, inciso III, do Código de Processo Civil, pois o síndico é o administrador da massa falida e, assim, não pode ser a um só tempo síndico e perito, outra irregularidade foi perpetrada. É que não houve o compromisso previsto no Código de Processo Civil – artigo 422 – como também no de Processo Penal – artigo 159, vindo ao mundo jurídico laudo elaborado por quem, para tanto, não estava compromissado, não servindo, destarte, de base à denúncia formalizada. Nem se diga, como fez o Juízo ao prestar informações para o julgamento do **habeas corpus** impetrado perante o Tribunal de Justiça, que a formalidade estaria suprida pelo fato de aquele que atuou como perito haver prestado compromisso relativamente à empreitada de maior envergadura – a de síndico. É que a exigência imposta nos campos civil e penal não se confunde com a ligada ao cargo de síndico, pois diversas são as atribuições dos partícipes do processo falimentar. O termo de compromisso previsto no artigo 62 do Decreto-Lei nº 7.661/45 diz respeito ao fiel desempenho do cargo de síndico e não ao encargo de perito e, sob o meu juízo, deu-se, até mesmo, a ofensa àquele, pois o síndico deixou de cumprir o dever estabelecido no inciso V do artigo 63 do aludido Decreto, preferindo, ao invés da designação de um perito contador, assumir ele próprio a função, simplificando o processo, a mais não poder.

Quanto às demais justificativas – tratar-se de síndico bacharel e contador e de o procedimento haver contribuído para a melhor avaliação da situação da empresa, além de ter implicado economia para a massa falida e agilidade do processo, dispense-me de considerações maiores, pois não têm lastro jurídico, denotando visão prática e incompatível com a organicidade do próprio Direito, área em que, por se tratar

de uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este àquele. O Supremo Tribunal Federal é Corte apegada a princípios. As normas procedimentais têm como escopo maior a segurança das partes e toda vez que ocorre o desapego, em maior ou menor grau, sai malferido princípio dos mais caros às sociedades democráticas – o assegurador do exercício do direito de defesa, especialmente quando se está na área penal, como é o caso vertente. A circunstância de a denúncia ter como base laudo impress-tável, elaborado por quem estava impedido de fazê-lo e por quem sequer prestou compromisso indica o constrangimento a que as Pacientes estão submetidas. Vêm sendo processadas com base em peça que serviu a inquérito judicial elaborada em flagrante desarmonia com as normais legais em vigor.

Concedo a ordem para trancar a ação penal, pois lastreada em exposição do Síndico da falência que, por si só, a teor do disposto no § 1º do artigo 103 da Lei de Falências, não serve, sequer, ao inquérito judicial que motivou a atuação do Ministério Público, o que se dirá quanto como peça de sustentação da denúncia. Esta concessão não obstaculiza, no entanto, a possibilidade de vir a ser elaborado um novo laudo, com observância das prescrições legais, propondo-se, se for o caso, nova ação penal. É como voto, na certeza de fazê-lo com absoluta fidelidade à ordem jurídica.

VOTO

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: Sr. Presidente, a Lei de Falências estabelece, no art. 62, inciso V, que será nomeado um perito contador para proceder ao exame da escrituração do falido e ao qual caberá fornecer os extratos necessários à verificação dos créditos, bem como apresentar, em duas vias, o laudo do exame procedido na contabilidade. No caso, sendo o síndico perito contador, o laudo foi elaborado por ele próprio, mesmo porque o que a lei quer, o que a lei deseja, é que o exame da escrituração do falido seja realizado por perito contador. Ficou claro, no caso, que o síndico é perito contador, é contador registrado, tem qualificação técnica e prestou o compromisso legal. De modo que, parece-me, a questão posta na impetração não tem a relevância que lhe empresta o impetrante.

A Lei de Falências, no art. 103, ao cuidar do inquérito judicial, exige que a exposição a ser apresentada pelo síndico esteja instruída com o laudo do perito encarregado do exame de escrituração do falido, justamente o laudo a que nos referimos, que deve ser feito por perito contador, por contador com qualificação para a realização do exame.

O Sr. Ministro **Marco Aurélio** (Relator): Dois fatos: primeiro, dentre os deveres do síndico está o de indicar o perito; segundo, não pode, pelo Código de Processo Civil, ser perito o administrador envolvido como tal no processo. O síndico é um administrador da massa falida.

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: O que acontece é que até pessoa jurídica pode ser síndico.

O Sr. Ministro **Marco Aurélio** (Relator): Veja como as coisas mostraram-se concatenadas: ele mesmo faz a exposição e apresenta o laudo que respaldará essa exposição, a meu ver, sem a equidistância necessária.

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: V. Exa. está emprestando a esse laudo uma relevância que ele não tem para a instauração da ação penal.

O Sr. Ministro **Marco Aurélio** (Relator): É com base no laudo que se conclui pela existência do crime falimentar, ele é que revela o procedimento do falido.

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: Com base nele se instaura o inquérito.

O Sr. Ministro **Marco Aurélio** (Relator): É peça essencial, a que a denúncia faz referência.

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: Ministro, é com base nele que se instaura o inquérito, mas esse laudo pode ser impugnado tanto no inquérito (art. 106), quanto na ação penal, mediante a realização de novos laudos e de novas perícias. Ele não tem a relevância que a ele está sendo emprestada, como se a ação penal se baseasse apenas e tão-só nele, ou que ele fosse imodificável.

Basta, pois, que o impetrante requeira a realização de perícia contábil.

O Sr. Ministro **Marco Aurélio** (Relator): Se V. Exa. valoriza o laudo apresentado pelo síndico, a conseqüência será natural: “indeferimento desse pleito.”

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: Se o perito, com qualificação para tal, verifica a prática, por parte do falido, de crime falimentar, sendo ele, síndico, perito contador, impedir prossiga a ação penal, quando o laudo simplesmente autoriza a instauração do inquérito judicial, laudo que pode ser impugnado no inquérito e no curso da ação penal, não tem, data venia, sentido.

O Sr. Ministro **Marco Aurélio** (Relator): V. Exa. admite que, naquelas hipóteses em que o síndico é um dos credores, constituído em pessoa jurídica, pode haver indicação de um funcionário desse credor, síndico e pessoa jurídica, para atuar como perito.

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: Não estamos diante desta hipótese.

O Sr. Ministro **Marco Aurélio** (Relator): Aí, temos de dar enquadramento único: o laudo apresentado pelo síndico serve ou não, seja qual for o síndico.

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: Devemos considerar o seguinte: o juiz está sempre diante de um fato; é impossível escapar disso, principalmente no julgamento de habeas corpus e não em sede de recurso especial ou de recurso extraordinário.

O Sr. Ministro **Marco Aurélio** (Relator): Refiro-me, aqui, a uma Corte apegada a princípios.

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: No caso, não estamos diante de um laudo elaborado por um funcionário de uma empresa credora, mas de um laudo efetivado pelo síndico, que é perito contador.

O Sr. Ministro **Marco Aurélio** (Relator): Se estivéssemos, V. Exa. não daria-lhe valia?

O Sr. Ministro Carlos Velloso: *Aí, eu iria meditar.*

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): *Mas o meio termo não é possível. O que se questiona é se o síndico pode, ou não, ser perito, segundo a legislação seja quem for.*

O Sr. Ministro Carlos Velloso: *Não é bem isto. V. Exa. não pode raciocinar nestes termos, quando tem diante de seus olhos uma ação penal instaurada com base num inquérito judicial em que o laudo pode ser impugnado. O Poder Judiciário anda tão repleto de processos que não podemos nos dar ao luxo de trancar ações penais com base em nugas formais, para que tudo se repita, depois.*

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): *O meu receio é que o desapego às normas procedimentais, que revelam segurança, levem à balbúrdia.*

O Sr. Ministro Carlos Velloso: *Não conheço um réu condenado por crime falimentar.*

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): *Porque, em geral, os Inquéritos são mal feitos, lamentavelmente. Não estou aqui para agasalhar procedimento penal viciado, ou seja, que tem como peça básica algo inútil, imprestável.*

O Sr. Ministro Carlos Velloso: *V. Exa. empresta relevância a um laudo que pode ser impugnado e substituído e que constitui, apenas, mero indício.*

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): *No caso, não houve o compromisso do perito e, além do mais, havia impedimento. Isto não revela meros indícios.*

O Sr. Ministro Carlos Velloso: *O indício é apenas para a abertura do inquérito ao qual se segue a ação penal, convindo lembrar e esclarecer que a denúncia pode ser apresentada e recebida independentemente do laudo, mediante simples inspeção nos livros do falido (art. 110).*

Presto ao espírito liberal de V. Exa. homenagens, mas peço vênia a V. Exa. para, fazendo o mesmo que fez o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça – esta questão foi examinada por dois tribunais – indeferir o habeas corpus.

VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Presidente): *Vou pedir vênia ao eminente Ministro Relator para acompanhar o voto do Sr. Ministro Carlos Velloso. Também entendo que no caso a denúncia está apoiada no inquérito judicial que, à sua vez se instaurou em face do laudo contábil, assinado por perito judicial, que coincidentemente é o síndico.*

Toda a matéria apurada no inquérito como pré-processual, pré-judicial, pode ser objeto de renovação no curso da instrução criminal. No caso, indícios de ilícito penal foram verificados em face dos documentos de natureza administrativa, pelo Ministério Público; em razão disso, ofereceu denúncia, que foi recebida pelo juiz processante. Não há qualquer cerceamento à defesa dos pacientes, na medida em

que se entende que não só o laudo pericial – se com ele não estiverem de acordo as pacientes – mas quaisquer outras provas constantes do inquérito judicial poderão ser reelaboradas ou reapuradas durante a instrução criminal.

O trancamento da ação penal por falta de justa causa somente se pode dar – e, particularmente, após a apreciação da mesma matéria, sucessivamente, em instâncias inferiores – pelo supremo Tribunal Federal, quando dos autos se verificar a inexistência de qualquer indício sério de infração penal. Não se há de trancar a ação penal por simples irregularidade na fase pré-processual, ou na fase administrativa, assegurada, como está, a ampla defesa das pacientes na instrução criminal.

EXTRATO DA ATA

RHC 68.910 – SP – Rel.: Min. Marco Aurélio. Rectes.: Ekaterina Nicolas Panos e outros (Adv.: Álvaro Alves). Recdo.: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Preliminarmente, por unanimidade, a Turma conheceu do recurso como petição originária. No mérito, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, indeferiu-se o *habeas corpus*. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Célio Borja.

Presidência do Sr. Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Célio Borja, Carlos Velloso e Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Brossard. Subprocuradora-Geral da República, a Dra. Odília Ferreira da Luz Oliveira.

Brasília, 22 de outubro de 1991 – José Wilson Aragão, Secretário.

Habeas Corpus nº 72.176 – RS
(Segunda Turma)

Relator: *O Sr. Ministro Maurício Corrêa*

Pacientes: *Leopoldo Acy Nunes da Silva e Neuro Luiz Brondani*

Impetrante: *Dorval Bráulio Marques*

Coator: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*

Habeas Corpus. Crime cometido por prefeito e por secretário municipal de obras (art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67, e arts. 304 e 299 do CP). Competência: art. 29 da Constituição e Súmula 394; coação de relator e de tribunal.

1. *A Constituição transferiu a competência do Juiz singular – para julgamento do Prefeito por crime cometido durante o exercício funcional – ao Tribunal de Justiça (inciso VIII do art. 29 da redação original, que corresponde ao inciso X da redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1992).*

Esta disposição sobre competência tem aplicação desde a sua promulgação (5-10-88), atingindo os inquéritos e ações penais então em andamento, bem como os iniciados após a cessação do exercício funcional (Súmula 394).

2. *Revisão da jurisprudência desta Corte sobre os crimes comuns previstos no Decreto-Lei nº 201/67, no sentido de que o término do mandato eletivo não põe fim à ação penal já iniciada, nem inibe o seu início. (HC nº 70.671-1-PI).*

3. *Enquanto não apreciada a denúncia do Procurador-Geral da Justiça pelo Órgão colegiado, nem este nem o Relator são os coatores, mas quem a ofereceu.*

4. *Habeas Corpus não conhecido por incompetência desta Corte, remetendo-se os autos ao Tribunal de Justiça.*

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 unanimidade de votos, não conhecer do pedido, por incompetência do Supremo Tribunal Federal e determinar a remessa dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para decidir como entender de direito.

Brasília, 21 de março de 1995 – Néri da Silveira, Presidente – Maurício Corrêa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Maurício Corrêa**: Esta ordem de **habeas corpus** foi impetrada, com pedido de liminar, para dizer que os pacientes, ex-Prefeito e ex-Secretário de Obras do Município de Dezesseis de Novembro, Rio Grande do Sul, no período de 1988 a 1992, estão sofrendo coação ilegal em face da incompetência da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado para a Ação Penal Pública nº 00694051988 – com denúncia do Ministério Público embasada no inquérito de mesmo número oriundo da Delegacia Policial de São Luiz Gonzaga – onde o primeiro paciente é acusado pelos crimes previstos no art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67 (5 vezes) e nos arts. 304 e 299, c/c art. 61, II, b, e art. 69, do Código Penal, e o segundo, pelo art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201 (2 vezes) e art. 69, **caput**, do Código Penal. Pede o trancamento da ação penal por incompetência do Tribunal de Justiça (art. 648, III, do Código de Processo Penal), ou, sucessivamente, que os autos sejam remetidos para o Juiz singular de São Luiz Gonzaga (fls. 2/6). Juntou documentos (fls. 7/21).

2. A impetração foi originariamente dirigida ao Superior Tribunal de Justiça, onde o Relator indeferiu a liminar e, após discordar da manifestação do Ministério Público Federal pelo indeferimento do **habeas corpus** (fls. 25/26), declarou a incompetência do Tribunal, encaminhando os autos a esta Corte. (fl. 28).

3. Vieram as informações prestadas pelo Vice-Presidente do Tribunal apontado como coator, esclarecendo que a denúncia ainda não foi apreciada e que está em curso o prazo para o oferecimento da defesa escrita prevista no art. 4º da Lei nº 8.038/90 (fl. 36).

4. Manifestou-se o Ministério Público Federal opinando pela remessa dos autos ao Tribunal de Justiça em parecer assim ementado (fls. 38/41), **in verbis**:

“**Habeas corpus**. Não conhecimento com remessa ao Tribunal de Justiça. Não se pode dizer haja coação de Tribunal, em processo de sua competência originária, se ainda não recebida a denúncia. Parecer pela remessa ao Tribunal de Justiça, pois se coação houver esta será imputável ao Procurador-Geral de Justiça.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Maurício Corrêa** (Relator): O que o impetrante chama de Ação Penal Pública é, na verdade, o Inquérito Policial de mesmo número. Os pacientes foram denunciados por procurador de justiça perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul com base neste Inquérito, mas a denúncia que os acusa pelos crimes previstos no art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67 ainda não foi recebida, estando na fase da resposta escrita prevista no art. 4º da Lei nº 8.038/90.

2. A Constituição de 1988 transferiu a competência do Juiz Singular, para julgamento do Prefeito, ao Tribunal de Justiça (inciso VIII do art. 29 da redação original, que corresponde ao inciso X da redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1992).

Esta disposição processual sobre competência tem aplicação desde sua promulgação (5-10-88), e permanece mesmo após o fim do mandato eletivo, a teor do que dispõe a **Súmula 394, in verbis**:

“**Súmula 394.** Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

3. Por outro lado, em recente revisão da sua jurisprudência sobre os crimes comuns previstos no Decreto-Lei nº 201/67, ao julgar o HC nº 70671-1-PI na Sessão Plenária de 13-4-94, rel. Min. **Carlos Velloso**, esta Corte passou a entender que o término do mandato eletivo não põe fim à ação penal já iniciada, nem inibe o seu início.

4. Por fim, enquanto o Tribunal não aprecia a denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da Justiça com base em inquérito policial, eventual coação ilegal, se houver, não poderá ser imputada ao Colegiado nem ao Relator, mas a quem ofereceu a denúncia.

5. Isto posto e acolhendo a manifestação do Ministério Público Federal, não conheço do pedido, declaro a incompetência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar este pedido de **habeas corpus** e determino a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para proceder como entender de direito.

EXTRATO DA ATA

HC 72.176 – RS – Rel.: Min. Maurício Corrêa. Pactes.: Leopoldo Acy Nunes da Silva e Neuro Luiz Brondani. Impte.: Dorival Bráulio Marques. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: Por unanimidade, a Turma não conheceu do pedido, por incompetência do STF e determinou a remessa dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para decidir como entender de direito.

Presidência do Sr. Ministro **Néri da Silveira**. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Corrêa. Subprocurador-Geral da República, o Dr. Mardem Costa Pinto.

Brasília, 21 de março de 1995 – **Wagner Amorim Madoz**, Secretário.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Recurso Extraordinário nº 155.536 – SP (Segunda Turma)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Velloso*

Recorrentes: *Instituto Nacional do Seguro Social – INSS*

Recorrido: *Pedro Martinho de Carvalho*

Constitucional. Precatório. Ação Acidentária. Crédito de natureza alimentícia. Constituição, art. 100.

I – O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn nº 47-SP, ocorrido em 22-10-92, decidiu, por maioria de votos, que a exceção estabelecida no art. 100, caput, da Constituição em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa o precatório, mas se limita a isentá-los da observância da ordem cronológica em relação às dívidas de outra natureza.

II – Ressalva do ponto de vista pessoal do relator deste.

III – RE conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, conhecer do recurso e lhe dar provimento.

Brasília, 14 de dezembro de 1993 – Néri da Silveira, Presidente – Carlos Velloso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Trata-se de execução em ação acidentária, ajuizada por Pedro Martinho de Carvalho, contra o Instituto Nacional de Previdência Social, em que o réu interpôs agravo de instrumento contra despacho que determinou fosse o depósito efetuado imediatamente, sem expedição de precatório, a teor do disposto no art. 100 da Constituição Federal, por sua natureza alimentar.

A Sexta Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por unanimidade, negou provimento ao recurso, entendendo que, por corresponder à indenização pela perda salarial, sofrida pelo obreiro em razão do acidente de trabalho, a natureza alimentar da prestação acidentária é inequívoca.

Inconformada, interpõe a autarquia recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alegando negativa de vigência do art. 100, da mesma Carta.

Sustenta a recorrente que a expedição do precatório não foi abolida pelo constituinte, mas priorizado o pagamento dos créditos de natureza alimentícia, devidos pelas entidades públicas.

O recurso foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Carlos Velloso** (Relator): O acórdão recorrido afastou a exigência de precatório para o recebimento de benefício concedido em ação acidentária. Daí o recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição sustentando-se ofensa ao art. 100 da mesma Carta, por isso que esta não aboliu o precatório, mas apenas priorizou o pagamento dos créditos de natureza alimentícia devidos pela Fazenda Pública.

Quando do julgamento da ADIn nº 47-SP, em 22-10-92, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a exceção estabelecida no art. 100, **caput**, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa o precatório, mas se limita a isentá-los da observância da ordem cronológica em relação às dívidas de outra natureza, porventura mais antigas.

Nesse julgamento, fiquei vencido, sustentando que o art. 100 da Constituição exclui, em definitivo, os créditos de natureza alimentícia dos precatórios, desejando que tais créditos sejam pagos de imediato.

Assim o voto que então proferi:

“ Sr. Presidente, peço vênia para dissentir. O art. 100 da Constituição exclui, em definitivo, os créditos de natureza alimentícia dos precatórios, desejando que tais créditos sejam pagos de imediato. É o que me parece resultar, na verdade, da leitura da norma constitucional inscrita no art. 100:

‘À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.’

A Constituição de 1988 inova em diversos dispositivos, em diversos pontos. Uma dessas inovações é esta, no que toca ao pagamento de

créditos de natureza alimentícia, parecendo-me que é acertada a inovação, porque sabemos todos como se torna difícil e tormentosa a execução contra a Fazenda Pública, mediante precatórios, especialmente num regime de inflação monetária. Então, tratando-se de crédito de natureza alimentícia, impõe-se o seu imediato pagamento.

É conhecida, Senhor Presidente, a divisão formal-conceitual do Estado, em Estado-Ordem Jurídica, que compreende a sua estrutura legislativa, e em Estado-sujeito-de-Direito, compreendendo os órgãos que compõem o estado como poderes ou não (H. Nawiasky, *Teoria General de Derecho*, 1960, p. 94; H. Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, 1962, págs. 378 e ss). Ora, o Estado-sujeito-de-Direito submete-se à lei e à jurisdição – e por isso é ele Estado-de-Direito – tal qual e nas mesmas condições dos administrados. Deve o Estado proceder, pois, da mesma forma como procedem os administrados, pagando, prontamente, os créditos de natureza alimentícia.

A meu ver, torna-se necessário lei disciplinando a matéria posta na ressalva inscrita no art. 100 da Constituição. Não é possível, entretanto, ao governador de Estado-membro, a pretexto de regulamentar a matéria, submeter créditos de natureza alimentícia a precatórios, quando a Constituição exclui esses créditos dessa forma de execução. Pois, não custa relembrar, o art. 100 da Constituição, que cuida da execução mediante precatórios, começa por proclamar a exceção no sentido de que os créditos de natureza alimentícia, devidos pela Fazenda Pública, não serão pagos mediante precatório, mas de imediato. E de imediato porque, não fora assim, não se justificaria a exceção inscrita no art. 100, já que outra forma seria pior do que a forma dos precatórios, e isto representaria interpretação absurda.

Senhor Presidente, o que está acontecendo é que a Administração quer resolver questão nova, inovação introduzida pela Lei Maior, com regras e procedimentos antigos. É preciso que a Administração compreenda que está diante de questão nova, que precisa, por isso mesmo, aplicar idéias novas, que é preciso criar, para o fim de fazer realizar o que deseja a Constituição, o que está na Constituição.

Assim, com essas breves considerações, concluo o meu voto. Peço vênua ao Sr. Ministro Relator para dar pela inconstitucionalidade do art. 1º e seus parágrafos e dos artigos 2º e 4º do Decreto nº 29.463, de 29-12-88, que submetem os créditos de natureza alimentícia ao sistema de pagamento mediante precatório.”

Quando do julgamento da cautelar requerida na ADIn nº 673-DF, Relator o Sr. Ministro Paulo Brossard, reiterei o entendimento acima exposto, o mesmo tendo ocorrido por ocasião do julgamento da cautelar pedida na ADIn nº 571-DF.

Voltando a questão ao Plenário, vou perseverar no entendimento acima exposto, dado que não estou convencido do seu desacerto. Certo é, entretanto, que não posso, na Turma, arrostar o decidido pelo Plenário. Por isso, com ressalva do meu ponto de vista pessoal a respeito do tema, com base no precedente – ADIn nº 47-SP – conheço do presente recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA ATA

RE 155.536 – SP – Rel.: Min. Carlos Velloso. Recte.: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (Advs.: Anete Rodello e outros). Recdo.: Pedro Martinho de Carvalho (Advs.: Mauro Lucio Alonso Carneiro e outros).

Decisão: Por unanimidade, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Paulo Brossard, Carlos Velloso e Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Francisco Rezek. Subprocurador-Geral da República, o Dr. Francisco José Teixeira de Oliveira.

Brasília, 14 de dezembro de 1993 – José Wilson Aragão, Secretário.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Recurso Especial nº 30.947 – MS

(Registro nº 92.0033775-9)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*
Recorrente: *Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul.*
Recorrido: *Aparecido Vanderlei da Silva (réu preso)*
Advogado: *Paulo Dias Guimarães*

EMENTA: *Penal. Júri. Homicídio privilegiado-qualificado. Possibilidade.*

1. Não há incompatibilidade na coexistência de circunstâncias que qualificam o homicídio e as que o tornam privilegiado.
2. Pode o Júri reconhecer concomitantemente que o réu agiu sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, e que empregou um meio que dificultou ou impossibilitou sua defesa.
3. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Assis Toledo, José Dantas e Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 18 de dezembro de 1995 (data do julgamento).

Ministro **Assis Toledo**, Presidente. Ministro **Edson Vidigal**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Edson Vidigal**: Não tendo mais o que beber, a garrafa de caçaça vazia, Aparecido e Tranquilino tiveram uma idéia – que tal água com álcool? Aparecida, temendo briga, repreendeu Aparecido, seu namorado. O qual não gostou

e a agrediu. Tranquilino, avô da moça, reagiu.

Pronto, houve briga, os dois correndo, um atrás do outro, em volta da casa, Aparecido com uma enxada na mão e Tranquilino com uma faca.

Resultou da perseguição que Aparecido bateu com a enxada na cabeça de Tranquilino, o qual, por sua vez, riscou com a faca o pescoço de Aparecido. Apartada a briga, os dois, muito bêbados, foram dormir.

A morte chegaria àquela casa no dia seguinte, por volta do meio-dia, encontrando Tranquilino deitado num sofá. Foram duas facadas; Aparecido, agente da morte, foi para o banco dos Réus.

Preso em flagrante, denunciado por homicídio (art. 121, § 2º, II e IV), Aparecido foi acusado de ter agido por motivo fútil e de forma que impossibilitou a defesa da vítima. O Tribunal do Júri afirmou, unanimemente, a materialidade e a autoria.

Afastada a tese de legítima defesa putativa, o Júri reconheceu que Aparecido agiu sob domínio de violenta emoção, prejudicando-se, assim, o quesito sobre a futilidade dos motivos. Foi, ainda, reconhecida a qualificadora da surpresa.

Decidiu o Conselho de Sentença que Aparecido cometeu homicídio qualificado-privilegiado (CP, art. 121, § 2º, IV, c/c § 1º), concretizando a pena em 10 (dez) anos e 5 (cinco) meses de reclusão a ser cumprida em regime fechado.

Apelou pedindo a anulação do julgamento ante a incompatibilidade entre o homicídio privilegiado e o reconhecimento de circunstância qualificadora, a fim de que fosse novamente julgado pelo Júri popular.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul anulou o julgamento por entender incompatíveis as circunstâncias. O Acórdão foi assim ementado:

“Apelação criminal – Júri – Homicídio privilegiado e qualificado – Incompatibilidade – Nulidade decretada – Provida.

O móvel do homicídio privilegiado é inconciliável com a qualificadora da surpresa, que requer premeditação a respeito do modo ou meio de execução, razão pela qual anula-se o julgamento por incompatibilidade de quesitos.”

A Procuradoria de Justiça interpôs, então, Recurso Especial alegando divergência jurisprudencial, CF, art. 105, III, c. Trouxe para confronto decisões do próprio TJMS, do TJPR, TJMG, TJRJ, TJSC, TJSP, todos admitindo a figura do homicídio privilegiado-qualificado.

Sem contra-razões, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público opinou pelo provimento do recurso “porque não há contradição entre o aspecto objetivo – maneira de praticar o delito – com o estado emocional do réu (dado subjetivo)”.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro **Edson Vidigal** (Relator): Senhor Presidente, a decisão recorrida entendeu que há incompatibilidade entre a coexistência de circunstâncias que qualificam o homicídio e as circunstâncias que o tornam privilegiado.

O dissídio jurisprudencial está bem demonstrado, pois o recorrente colacionou julgados de diversos tribunais que sustentam o entendimento de que é possível a concorrência entre circunstâncias qualificativas e circunstâncias privilegiadoras, tese contrária à que prevaleceu na decisão proferida no Acórdão recorrido.

Estamos, sem dúvida, diante de questão controvertida. A interpretação trazida nos paradigmas é, a meu ver, a que melhor se afina com a boa doutrina e com a jurisprudência predominante neste Tribunal.

Do nosso sempre atual **Aníbal Bruno**:

“Circunstâncias privilegiadoras podem concorrer com as qualificativas. As causas de privilégios são subjetivas. Motivo de relevante valor social ou moral, ou violenta emoção justificada pela provocação da vítima. Não podem concorrer com as circunstâncias qualificativas de caráter subjetivo que logicamente as contradizem, mas admitem concurso com qualificadoras objetivas, predominante sobre elas, e atenuando ou anulando os seus efeitos penais.” (pág. 127, *Direito Penal*, Tomo 4º, Forense, Rio, 1972, **Aníbal Bruno**).

Nesse mesmo pensamento, **Helena Fragoso**:

“Todavia, em relação às circunstâncias objetivas, que dizem respeito aos meios ou modos de execução (art. 121, § 2º, nºs III e IV) podem haver concurso com as circunstâncias que autorizam a diminuição de pena (art. 121, § 1º) as quais deverão prevalecer, pois são preponderantes” (pág. 59, *Lições de Direito Penal*, vol. II, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1976).

É nesse sentido que vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça, merecendo destaque a decisão proferida no REsp n. 3.082-PR, 6ª Turma, Relator o Min. Carlos Thibau, D.J., 15/04/91, com a seguinte ementa:

“*Penal. Processual Penal.*

Homicídio ao mesmo tempo privilegiado e qualificado.

Compatibilidade das duas modalidades: a) “o réu cometeu o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima” (CP, art. 121, § 1º), e b) “o crime foi praticado de maneira a tornar difícil ou impossível a defesa da vítima” (CP, art. 121, § 2º, IV).

Irrelevância da ordem de colocação dos respectivos quesitos, para serem respondidos pelo conselho de sentença.

Negativa de vigência aos arts. 121, §§ 1º e 2º, IV, do Código Penal e 564, III, k e parágrafo único do Código de Processo Penal.

Recurso especial improvido.”

Por oportuno, transcrevo trecho do voto-vogal proferido pelo Min. Vicente Cernicchiaro:

“(…) O argumento fundamental dos que sustentam a incompatibilidade é mera razão de ordem topográfica. Quer dizer, se o legislador quisesse tornar compatível teria colocado o § 2º no § 1º e antecedido o que é qualificadora no § 1º. O que me parece, *data venia*, fundamental, é a substância das circunstâncias.

Não há incompatibilidade entre circunstâncias subjetivas e objetivas. Assim, nada impede que haja conduta à traição, à emboscada, não obstante estar o agente impelido por motivo de relevante valor social ou moral. O “logo após” não significa ato contínuo. Por isso, também comungo da possibilidade.”

No mesmo sentido, o REsp n. 4.408-RJ, 6ª Turma, rel. o Min. Costa Leite, D.J. 25/05/92, assim ementado:

“Penal. Homicídio privilegiado-qualificado.

Admite-se a figura do homicídio privilegiado-qualificado, sendo fundamental, no particular, a natureza das circunstâncias. Não há incompatibilidade entre circunstâncias subjetivas e objetivas, pelo que o motivo de relevante valor moral não constitui empecilho a que incida a qualificadora da surpresa.”

Na verdade, nada impede que o homicídio seja ao mesmo tempo qualificado e privilegiado, desde que a qualificadora tenha natureza objetiva.

No caso dos autos, a situação é idêntica à dos Acórdãos supracitados. O Júri reconheceu concomitantemente que o réu agiu dominado por violenta emoção em seguida à injusta provocação da vítima, e empregou um meio que impossibilitou sua defesa.

Equivocou-se, ao meu ver, o Acórdão recorrido, ao anular o julgamento, pois perfeitamente possível, neste caso, o reconhecimento do homicídio “privilegiado-qualificado”.

Portanto, conheço do recurso e lhe dou provimento, para restaurar a decisão proferida pelo Tribunal do Júri.

É o voto.

Recurso Especial nº 75.331 – RS
(Registro nº 95.0048967-8)

Relator: *O Sr. Ministro William Patterson*

Recorrente: *Silso dos Santos*

Advogado: *Dr. Carlos Frederico Barcellos Guazzelli – defensor*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*

EMENTA: *Penal. Furto Privilegiado. Furto Qualificado.*

- **O benefício do § 2º do art. 155 do Código Penal não se aplica à hipótese do § 4º do mesmo dispositivo (Furto Qualificado).**
- **Precedentes do STF e STJ.**
- **Recurso especial conhecido, porém improvido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer e negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, vencido o Sr. Ministro Adhemar Maciel. Os Srs. Ministros Anselmo Santiago e Vicente Leal votaram com o Sr. Ministro William Patterson. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 05 de dezembro de 1995 (data do julgamento).

Ministro **Adhemar Maciel**, Presidente. Ministro **William Patterson**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **William Patterson**: O ilustre Presidente do Egrégio Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, ao examinar a admissibilidade do recurso especial, proferiu o seguinte despacho (fls. 119/121):

“1 – Silso dos Santos interpõe recurso especial contra decisão majoritária das Câmaras Reunidas deste Tribunal, que rejeitou os embargos infringentes do acórdão da 1ª Câmara Criminal, que não conheceu aplicável ao furto qualificado o privilégio do § 2º do art. 155 do Código Penal.

A decisão recorrida está assim ementada:

“ Embargos infringentes. O privilégio contido no art. 155, § 2º, do Código Penal, é incompatível com o furto qualificado. Se o valor

da *res furtiva* é superior ao salário mínimo vigente na época do fato, não se pode falar em pequeno valor. A ausência de prejuízo não se confunde com o pequeno valor da coisa furtada. Embargos rejeitados.”

Sustenta o recorrente que o aresto atacado diverge do entendimento de outros tribunais pátrios. Aponta dissídio jurisprudencial.

2 – Assiste razão ao recorrente no que se refere ao dissídio pretoriano.

Dos autos, extrai-se que o acusado foi condenado às penas de dois anos de reclusão, com benefício do *sursis* e trinta dias-multa, no valor unitário mínimo de lei, por infração ao art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal.

Apelou o réu, pleiteando a absolvição e obteve a reforma parcial do **decisum**, apenas para reduzir a sanção pecuniária para o mínimo legal (10 dias-multa).

Inconformado, o apelante interpôs embargos à decisão majoritária da 1ª Câmara Criminal, entendendo ser admissível o benefício de furto privilegiado em casos de reconhecimento de qualificadoras.

A decisão ora recorrida sustentou a incompatibilidade entre as normas privilegiadoras e qualificadoras.

No entanto, os arestos trazidos pelo recorrente adaptam-se perfeitamente à tese jurídica em discussão e lavram dissídio com o acórdão impugnado. Assim os julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (Apelações nºs 222.393, 324.195-5 e 352.871-6), os quais entendem possível a aplicação do privilégio previsto no § 2º do art. 155, do Código Penal às hipóteses de furto qualificado (§ 4º do mesmo artigo).

Por essas razões, admito o recurso pela alínea c do permissivo constitucional.”

Neste Tribunal, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da eminente Procuradora da República, Dra. Àurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, opinou pelo conhecimento e improvemento do recurso (fls. 127/130).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **William Patterson** (Relator): A r. decisão recorrida está em perfeita sintonia com a orientação pretoriana tanto do Egrégio Supremo Tribunal

Federal, como deste Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual não merece qualquer censura.

Com efeito, em recente julgamento perante esta Colenda 6ª Turma, relatei hipótese idêntica (REsp nº 33.004/SP), oportunidade em que citei inúmeros precedentes (RECr nº 102.395/SP, Relator Ministro **Rafael Mayer**, RECr nº 102.307-4, Relator Ministro **Moreira Alves** – STF; REsp nº 1.028, Relator Ministro **Edson Vidigal**; REsp's ns. 44/SP e 2.081/SP, de minha relatoria.

O acórdão respectivo restou assim ementado:

“**– Penal. Furto privilegiado. Furto qualificado.**

– O benefício do § 2º do art. 155 do Código Penal não se aplica à hipótese do § 4º do mesmo dispositivo (**Furto Qualificado**).

– Precedentes do STF e STJ.

– Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, pelo decurso de prazo superior ao estabelecido no inciso VI, do art. 109 e art. 115 do Código Penal, forçoso é declarar extinta a punibilidade.

– Recurso especial conhecido e provido.”

O MPF ilustra seu pronunciamento com mais esses arestos:

“Essa Col. Corte já decidiu no REsp nº 32.907, Rel. Min. Anselmo Santiago, RSTJ 51/283, ementa, verbis:

“**Ementa: Penal. Diminuição de pena.**

1 – É inaplicável a diminuição de pena prevista no § 2º do art. 155 do Código Penal, em se tratando de furto onde reconhecida qualificadora do inciso IV do § 4º, da mesma figura. Precedentes.

2 – Recurso improvido.”

O Col. Supremo Tribunal Federal, no RECr nº 114.894, Rel. Min. Sydney Sanches, RTJ 128/397, também, assim tem se orientado, cf. ementa, verbis:

“Furto qualificado. É tranqüila a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não se aplicar o § 2º de furto qualificado. Dissídio caracterizado.

Recurso extraordinário conhecido e provido.”

Ante o exposto, conheço do recurso especial, mas lhe nego provimento.

VOTO – VENCIDO

O Sr. Ministro **Adhemar Maciel**: Srs. Ministros, fico vencido.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

*Recurso Especial nº 45.497-2 – SP
(Registro nº 94.0007601-0)*

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Carlos Francisco Ribeiro Jereissati*

Recorrida: *Maria Jeritza Gentil de Oliveira*

Advogados: *Drs. Elton Calixto e outros, e Ricardo de Arruda Filho e outros*

EMENTA: *Alimentos provisionais requeridos na pendência de ação revisional. Viabilidade. Arguição de nulidade do acórdão recorrido em face de prevenção de outro órgão julgador.*

1. Alegação de prevenção, que está a exigir a interpretação e aplicação de norma regimental da Corte local (Súmula nº 399 - STF).

Inocorrência, ademais, de incompetência absoluta.

2. Imprequestionamento dos temas alusivos aos arts. 267, inc. I, e 295, inc. V, do CPC.

Não obstante fixada a prestação alimentícia em autos de separação consensual, uma vez cassados os alimentos provisórios pleiteados na ação revisional, por incompatibilidade de rito, não se acha impedida a alimentanda de lançar mão de ação cautelar de alimentos provisionais.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 05 de dezembro de 1995 (data do julgamento).

Ministro Sálvio de Figueiredo, Presidente. Ministro Barros Monteiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Barros Monteiro**: Carlos Francisco Ribeiro Jereissati e Maria Jeritza Gentil de Oliveira separaram-se consensualmente, tendo sido fixada a pensão alimentícia a ser paga pelo cônjuge-varão à sua ex-mulher.

Proposta ação revisional de alimentos por Maria Jeritza, o Magistrado deferiu-lhe liminarmente os alimentos provisórios. Interpostos agravos de instrumento, a Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento aos recursos, para determinar o processamento do pleito sob o procedimento ordinário, suprimindo-se, assim, os alimentos provisórios por incompatíveis com esse rito.

Dai a propositura pela alimentanda de medida cautelar de alimentos provisionais (fls. 65/85), em que se concedeu a liminar, estabelecendo-se os alimentos provisionais em 40 salários mínimos, por mês.

Inconformado, o alimentante agravou de instrumento. Sustentou o não cabimento dos alimentos provisionais, pois já existentes alimentos definitivos em favor da agravada, definidos em separação consensual homologada por sentença transitada em julgado, com reajustes livremente pactuados. Asseverou, ainda, que estes alimentos são destinados à manutenção do alimentando durante a demanda, só podendo ser deferidos a quem não tem qualquer meio de subsistência, o que, à toda evidência, não é o caso da agravada.

A Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao agravo, aduzindo que a cassação da liminar naquele precedente recurso se prendera à mera questão de rito e que é cabível a fixação cautelar de alimentos provisionais, como medida preparatória ou incidente, relativamente a uma ação revisional. Ao final resumiu:

“Decorre de tudo, portanto, que não tem razão o agravante. A liminar era cabível mesmo diante da existência de alimentos já definitivamente fixados anteriormente; não guardam ligação os provisionais tão-só com quem não tenha qualquer meio de subsistência, mas também com quem os tenha de forma insuficiente, e podem ser objeto de ação cautelar autônoma em sendo ordinário o rito da revisional” (fls. 178).

O agravante opôs embargos declaratórios, arguindo a nulidade do V. Acórdão, por incompetência absoluta da Segunda Câmara Civil para julgar o feito, uma vez que preventa a competência da Quarta Câmara Civil da mesma Corte, que apreciara mandado de segurança impetrado com o objetivo de emprestar efeito suspensivo ao mesmo agravo.

À unanimidade, os embargos foram rejeitados, sob os seguintes fundamentos: a) não se pode transformá-los em embargos de nulidade; b) não se trata de competência absoluta; c) não há sentido em anular-se o julgamento, pois a Câmara preventa só conheceu da questão a nível cautelar, para dar efeito suspensivo ao agravo, não

havendo possibilidade de ocorrer decisões contraditórias; d) a questão de competência não se mostrou relevante para o embargante, pois só a suscitou depois do julgamento do aludido agravo.

Inconformado, o agravante Carlos Francisco Ribeiro Jereissati manifestou recurso especial com fulcro nas alíneas a e c do permissivo constitucional. Alegou negativa de vigência do art. 463, ns. I e II, do CPC, em virtude de não terem sido admitidos os embargos de declaração para corrigir erro material, ou seja, o ato de distribuição do agravo à Câmara incompetente. Nesse tópico, carreou como discrepantes arestos oriundos da Suprema Corte. Indicou, outrossim, negativas de aplicação dos arts. 113 e 548 da lei processual civil, visto ter sido o referido recurso julgado por Câmara absolutamente incompetente. Por derradeiro, apontou negativa de vigência dos arts. 267, nº I, e 295, nº V, do Código de Processo Civil, em face do descabimento da ação cautelar de alimentos provisionais, cuja inicial devesse ter sido indeferida liminarmente.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido na origem. A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo não conhecimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Barros Monteiro** (Relator): 1. Não há falar, por primeiro, em negativa de vigência dos arts. 113, 548 e 463, incs. I e II, do Código de Processo Civil e, conseqüentemente, em nulidade do Acórdão recorrido.

É que, ao argüir a competência da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça local, pela prevenção, o ora recorrente em última análise está a pretender a aplicação sim do disposto no art. 226, **caput**, do Regimento Interno daquela Corte, o que se apresenta como inadmissível na via estreita do recurso especial, consoante, aliás, deflui do enunciado da Súmula nº 399 do Supremo Tribunal Federal. Quando do julgamento do REsp nº 9.490-SP, sob a relatoria do em. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, esta Quarta Turma teve ocasião de decidir:

“Pode o órgão jurisdicional ficar prevento também por força de norma de organização judiciária local ou de natureza regimental, que, como cediço, não ensejam controle na via extraordinária do recurso especial.”

De incompetência absoluta não se trata no caso, conforme evidenciou à exaustão o Eg. Tribunal a **quo** ao apreciar os embargos de declaração opostos pelo ora recorrente (fls. 218/219). Evoco a propósito precedente desta C. Turma, o AgRg no REsp nº 11.309-0/RJ, por mim relatado, em que se assentou:

“Não argüida em tempo hábil a prevenção (art. 71, § 4º, do RIS-TJ), permanece a competência do Ministro a quem tocou o recurso por sorteio.”

Naquele julgado, chamou-se à colação o ensinamento dos ilustres processualistas **Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco**, que põe à calva a desrazão do recorrente quanto à pretendida incompetência absoluta da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*:

“ Por outro lado, a prevenção de que fala freqüentemente a lei (CPC, arts. 106, 107 e 219; CPP, arts. 70, § 3º, 75, parágrafo único, e 83), não é fator de determinação nem de modificação da competência. Por força da prevenção, permanece apenas a competência de um entre vários juízes competentes, excluindo-se os demais. *Praevenire* significa chegar primeiro; juiz preventivo é o que em primeiro lugar tomou contato com a causa – (v. CPC, arts. 106 e 219; CPP art. 83) (*Teoria Geral do Processo*, pág. 217, 8ª ed.)”.

Logo, como assinalado, inexistente contrariedade alguma aos arts. 113 e 548 do Código de Processo Civil, este último, por sinal, confirmatório de que o intento verdadeiro do recorrente é discutir a interpretação e aplicação de norma interna do Colegiado estadual.

De outra banda, o *decisum* ora hostilizado não infringiu o disposto no art. 463, ns. I e II, do CPC, ao declarar a inadequação dos embargos declaratórios para os fins almejados, pois que, a rigor, os pressupostos do aludido recurso são, na forma da lei, a omissão, a obscuridade e a contradição. Somente em hipóteses excepcionais têm sido os embargos de declaração admitidos com efeitos modificativos, o que não se dá na hipótese vertente. Bem por isso não servem para confronto os arestos paradigmáticos indicados pelo recorrente, o qual, ademais, deixou inobservada em suas razões a exigência constante do art. 255, § 2º, do RISTJ.

2. Há, ainda, a questão de fundo ventilada no agravo concernente ao descabimento da medida cautelar de alimentos provisionais no caso em análise.

Saliente-se, desde logo, que a decisão recorrida não cuidou dos temas alusivos aos arts. 267, inc. I, e 295, inc. V, do Código de Processo Civil, pelo que ressaia a ausência do requisito do prequestionamento (Súmula nº 282-STF).

De toda a sorte, não se achava impedida a ora recorrida de lançar da ação cautelar em foco, depois que vira cassados os alimentos provisórios anteriormente deferidos *in limine* na ação revisional de alimentos por ela ajuizada. O cancelamento da prestação provisória ocorreria tão-só em função de incompatibilidade de rito, proclamada por V. Acórdão da Eg. Quarta Câmara daquele mesmo Sodalício.

Ao reverso do que sustenta o recorrente, distinguem-se os conceitos de alimentos “provisórios” e de alimentos “provisionais”. A distinção vem reconhecida por **Yussef Said Cahali**, que na 2ª ed., 2ª tiragem, de sua festejada obra “*Dos alimentos*” se reporta aos magistérios dos eminentes Professores **José Ignácio Botelho de Mesquita** e **Carlos Alberto Álvaro de Oliveira**, com o registro bem claro do mestre gaúcho citado de que os alimentos provisórios dizem com as ações de ali-

mentos típicas, deduzidas com base na Lei nº 5.478/68 (confirmam-se págs. 665/667). Como anotado no Acórdão recorrido, cabível a fixação cautelar de alimentos provisionais, como medida preparatória, ou incidente, relativamente a uma ação revisional. É o que, com todas as letras, diz uma das vozes mais autorizadas na matéria, que é a do **Des. Yussef Said Cahali**. Diz ele, "... ora, se ao pleitear a revisão o credor o faz porque já se encontra modificada a situação financeira das partes, não haveria motivo para que persista até decisão final, que ajustará a verba alimentícia às modificações verificadas, o *quantum* fixado anteriormente; seria até contrário ao espírito da lei ('fome não espera') e ao objetivo dos alimentos, a inadmissibilidade do reajuste provisório (cf. *Dos Alimentos*, 1ª ed., 2ª tiragem, 1985, RT, pág. 354)" (fls.177/178).

Também não obsta a concessão dos alimentos provisionais a circunstância de já se encontrar a recorrida contemplada com a prestação de caráter alimentar estabelecida nos autos da separação consensual. Mais uma vez, escorreito o V. Acórdão ao ressaltar que "não guardam ligação os provisionais tão-só com quem não tenha qualquer meio de subsistência, mas também com quem os tenha de forma insuficiente..." (fls. 178). De resto, a assertiva formulada à derradeira hora de que a necessidade da alimentanda não se acha devidamente comprovada, envolve o reexame de matéria probatória, vedado nesta instância excepcional (Súmula nº 07-STJ).

Em suma, por igual, nesse tópico da irresignação, não se verifica afronta ao direito federal.

3. Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

*Recurso Especial nº 60.033-2 – MG
(Registro nº 95.0004817-5)*

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*
Recorrente: *Banco Nacional S/A*
Recorrido: *Boerger e Boerger Classivideo Ltda.*
Advogados: *Eduardo Guimarães Andrade e outros, e Ricardo Leal de Melo e outro.*

EMENTA: *Responsabilidade civil. Dano moral. Pessoa jurídica.*

A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial, cabendo indenização pelo dano extrapatrimonial daí decorrente.

Recurso conhecido, pela divergência, mas improvido.

ACÓRDÃO

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 pelo dissídio, mas negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antonio Torreão Braz.

Brasília, 09 de agosto de 1995 (data do julgamento).

Ministro **Sálvio de Figueiredo**, Presidente. Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**: Boerger & Boerger Classivideo Ltda. propôs ação de indenização por dano moral contra o Banco Nacional S/A, alegando que da transação comercial realizada com a empresa Lunil Comercial Ltda., aceitou duplicata no valor de Cr\$ 357.127,50, cuja cobrança foi efetuada pelo autor. Embora quitado o título em 03.11.92, consoante recibo e declaração, a autora foi notificada pelo Cartório de Protestos de que o mesmo seria protestado pelo réu. Não obstante sua comunicação ao Banco, do fato do pagamento, a duplicata foi protestada. A sentença julgou procedente o pedido, condenando o réu em setenta salários mínimos com a seguinte fundamentação:

“Questiona o réu que a pessoa jurídica não pode pretender indenização por dano moral. Contudo, assim não vejo a questão, a meu sentir, erroneamente, denominada de dano moral. Na verdade, em que pese a ofensa inicial dizer respeito a direito extrapatrimonial (moral), as repercussões são patrimoniais. Exemplo típico é a difamação, que acarreta, em seguida, diminuição de ganho, perda de clientes. Esta é a lição do Prof. **João Casillo**, em sua obra *Dano à Pessoa e sua Indenização* – ERT, 1987, pág. 42. Com efeito, depois de protestado o título, a Autora se viu em dificuldades para o pagamento com cheque, além do abalo de crédito. Certo é que o Banco agiu ilicitamente ao protestar duplicata paga, e tem que responder pelas repercussões de sua atitude.

Outro não é o entendimento do Juiz **Arnaldo Rizzardo**, em *A Reparação nos Acidentes de Trânsito*, 3ª ed., ERT, SP, 1988, pág. 19, invocando lição de **Cunha Gonçalves**:

“Não se deve, também, supor-se que o dano moral é, sempre, extrapatrimonial... Além disto, há diversas classes de danos morais, a saber: a) os que necessariamente se refletem no crédito e, por isso, no patrimônio da vítima – injúria, difamação, usurpação de nome, firma ou marca; b) os que, produzindo a privação do amparo econômico ou moral de que a vítima gozava, prejudicam também o seu patrimônio; c) os que, representando a possível privação do incremento duma eventual sucessão, constituem, igualmente, um atentado patrimonial; d) os que, determinando grande choque moral, equivalem ou excedem a graves ofensas corporais, ainda mais do que uma difamação ou calúnia, por serem feridas incuráveis; e esse choque moral, debilitando a resistência física ou a capacidade de trabalho, e podendo abreviar a existência de quem o sofreu, produz efeitos reflexos de caráter patrimonial. Enfim, todos esses danos, sendo suscetíveis de avaliação e indenização pecuniária, não devem ser havidos sempre como extrapatrimoniais...”

Ora, ao promover irresponsavelmente o protesto de título pago a ele próprio, o Réu causou prejuízos de ordem material à Autora, prejudicando-lhe o crédito. E o fundamento legal da reparação está inscrito no art. 159 do Código Civil:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Em artigo que publicou na Revista dos Tribunais – vol. 689 – o Mestre **Antônio Carlos Amaral Leão**, citando o Prof. **Arnoldo Wald**, assim definiu a questão:

“O mau funcionamento dos serviços bancários obriga a instituição financeira a ressarcir os prejuízos causados aos seus clientes” e “o banqueiro responde por dolo e culpa, inclusive leve, e até pelo risco profissional assumido de acordo com a jurisprudência do STF.”

Entendo, pois, perfeitamente admissível o pedido de indenização formulado pela Autora, uma vez que o protesto indevido do título lhe causou conseqüências danosas de ordem patrimonial, os quais devem ser compostos. Acresça-se o fato de que, mesmo depois de comunicado da irregularidade do protesto, o Suplicado ainda assim permitiu a consumação do ato, e, posteriormente, negou-se a fornecer documento para o cancelamento do protesto, provocando, com sua atitude, inúmeras represálias contra a Autora, especialmente na recusa de cheques por ela emitidos.

Para fixar o montante da indenização, há que se recorrer a critério de arbitramento, considerando que a lesão de abalo de crédito, em se tratando de uma empresa comercial, tem sérias repercussões, exigindo recomposição, que deve levar em conta ainda o caráter pedagógico da reparação, observada ainda a condição do Réu, tradicional instituição financeira do país. De outro lado, o valor pleiteado pela Suplicante é aleatório, de vez que proposto, sem qualquer força de convencimento. Considerando que o valor do título, objeto da ação, correspondia a 70% do salário mínimo vigente na época do pagamento, entendo que a indenização deve corresponder a 70 (setenta) vezes o salário mínimo que viger na época do pagamento.” (fls. 103/104).

Dessa decisão advieram duas apelações. Na primeira, a autora pretendeu a elevação do **quantum** da indenização para 500 (quinhentos) salários mínimos, como pedido na inicial; na segunda, o réu pediu a reforma da sentença, por incabível o ressarcimento de dano moral na hipótese de ilícito praticado contra pessoa jurídica, inexistindo prova dos alegados danos.

A eg. 5ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, depois de reconhecer que o dano patrimonial definido pelo juiz na sentença é o mesmo dano moral reclamado pela autora, negou provimento a ambos os apelos. Quanto à indenizabilidade do dano moral causado à pessoa jurídica, assim se manifestou o relator, ilustre Juiz Lopes de Albuquerque:

“Na verdade o conceito de dano moral, entre nós, ainda carece de definição mais precisa da doutrina, mormente em face da expressa alusão à reparabilidade dessa espécie de prejuízo no novo texto constitucional. Entretanto, vem se fortalecendo o entendimento de que a expressão “dano moral” tem um sentido muito mais amplo e genérico do que aquele que geralmente lhe atribui a doutrina tradicional.

A própria distinção entre pessoa física e pessoa jurídica assenta numa ficção legal (Código Civil, art. 20), destinada a regular e disciplinar relações sociais e econômicas que se tornam tão complexas quanto mais nítida se revela a supremacia das sociedades sobre os indivíduos.

Diante desse quadro, embora reconhecendo que a questão do dano moral, no que diz com o respectivo conceito, está longe de desfrutar de um tratamento uniforme na doutrina e na jurisprudência, filio-me ao ponto de vista esposado pelo Des. Sérgio Gischkow Pereira em

voto divergente da orientação que prevaleceu no acórdão de fls. 108, quando cita **Aguiar Dias** e afirma que “a pessoa jurídica, pública ou privada, os sindicatos, as autarquias podem propor ação de responsabilidade, tanto fundada no dano material como no prejuízo moral”, ressaltando, a seguir, que esse entendimento “esposado pela generalidade dos autores, é sufragado hoje pacificamente pela jurisprudência estrangeira”.

Com efeito, embora as expressões “dano moral” e “ofensa à honra” sejam tecnicamente inadequadas para qualificar o prejuízo extrapatrimonial que o protesto pode acarretar a uma empresa, força é concluir que os chamados valores imateriais não constituem apanágio da pessoa física, antes se aplicam, da mesma forma, à pessoa jurídica, tais como respeitabilidade, pontualidade, tradição, clientela, etc.

Incorre em desarrazoado preciosismo – bem o demonstra o acórdão cuja ementa passo a transcrever – quem se apega ao sentido estrito de cada uma daquelas expressões, para negar a uma sociedade mercantil o direito de ser indenizada por danos de natureza extrapatrimonial que eventualmente tenha sofrido no desenvolvimento de suas relações comerciais.

“Ação indenizatória. Dano moral.

O protesto indevido de duplicata sujeita o apresentante à obrigação de reparar, além dos prejuízos de ordem patrimonial, também o dano moral. Empresa comercial é também passível de ser indenizada por tal prejuízo, que o abalo no crédito é conseqüência inafastável do protesto e o abalo moral não necessita ser a dor subjetiva, vergonha ou depressão, próprios da pessoa física, podendo ser o desprestígio do nome mercantil e o desconforto da moral comercial, existente entre os que praticam a mercancia. A dificuldade de apuração do justo ressarcimento, porque incomensurável o dano de ordem moral, não pode ser óbice à aplicação do direito, cabendo ao juiz arbitrá-lo tendo em conta as condições dos litigantes com observância do art. 5º da Lei de Introdução. Apelo parcialmente provido” (RTJRS vol. 149, tomo II, pág. 578, ementa reproduzida na petição inicial).

Por outro lado, não é verdade que os danos não restaram provados. A prova testemunhal produzida pela autora (fls. 98/99) revela que os cheques por ela emitidos foram sumariamente recusados na praça por causa do protesto, e que, pela mesma razão, ela não obteve cartão de crédito.

Aliás, é sabido, porque público e notório, que a existência de um protesto ou o lançamento de uma nota desabonadora nos chamados

serviços de proteção ao crédito, causa uma série de constantes e inesperados constrangimentos à pessoa atingida. Tais anotações apenas registram um fato, sem se preocupar com sua causa, ou mesmo com a justiça ou conveniência do lançamento. Entretanto, como são acessíveis a um número ilimitado de pessoas, que também não procuram nem querem saber das razões pessoais daquele a quem se referem, acabam se tornando uma forma de coação.

Admitida, pois, a possibilidade de indenização por dano moral, mesmo a pessoa jurídica; provada a relação de causa e efeito entre o procedimento da instituição bancária e o prejuízo de que padeceu a autora, impõe-se a confirmação do provimento condenatório hostilizado.” (fls. 141/144).

Irresignado, interpôs o réu recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional, alegando que o v. acórdão recorrido feria dissídio de decisões de outros tribunais, a exemplo da Apel. Cível nº 593028962, da eg. 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e outra do eg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, citada no artigo publicado na RT – 689/7-13.

Admitido o recurso especial, subiram os autos a este eg. STJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Ruy Rosado de Aguiar** (Relator): Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a *honra subjetiva*, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima, etc., causadores de dor, humilhação, vexame; a *honra objetiva*, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. Por isso se diz ser a injúria um ataque à honra subjetiva, à dignidade da pessoa, enquanto que a difamação é ofensa à reputação que o ofendido goza no âmbito social onde vive. A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua.

Esta ofensa pode ter seu efeito limitado à diminuição do conceito público de que goza no seio da comunidade, sem repercussão direta e imediata sobre o seu patrimônio. Assim, embora a lição em sentido contrário de ilustres doutores (**Horacio Roitman** e **Ramon Daniel Pizarro**, *El Daño Moral y La Persona Juridica*, RDPC, pág. 215) trata-se de verdadeiro dano extrapatrimonial, que existe e pode ser mensurado através de arbitramento. É certo que, além disso, o dano à reputação da

pessoa jurídica pode causar-lhe dano patrimonial, através do abalo de crédito, perda efetiva de chances de negócios e de celebração de contratos, diminuição de clientela, etc., donde concluo que as duas espécies de danos podem ser cumulativas, não excludentes.

Pierre Kayser, no seu clássico trabalho sobre os direitos da personalidade, observou:

“As pessoas morais são também investidas de direitos análogos aos direitos da personalidade. Elas são somente privadas dos direitos cuja existência está ligada necessariamente à personalidade humana”. (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1971, v. 69, pág. 445).

E a moderna doutrina francesa recomenda a utilização da via indenizatória para sua proteção:

“A proteção dos atributos morais da personalidade para a propositura de ação de responsabilidade não está reservada somente às pessoas físicas. Aos grupos personalizados tem sido admitido o uso dessa via para proteger seu direito ao nome ou para obter a condenação de autores de propostas escritas ou atos tendentes à ruína de sua reputação. A pessoa moral pode mesmo reivindicar a proteção, senão de sua vida privada, ao menos do segredo dos negócios.” (*Traité de Droit Civil*, Viney, *Les Obligations, La responsabilité*, 1982, vol. II, pág. 321).

No Brasil, está hoje assegurada constitucionalmente a indenizabilidade do dano moral à pessoa (art. 5º., X, da CR). Para dar efetiva aplicação ao preceito, pode ser utilizada a “regra exposta pelo art. 1.553 do C. Civil, segundo o qual, ‘nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitragem a indenização’. Esta disposição permite a indenização dos danos morais e constitui uma cláusula geral dessa matéria” (**Clóvis do Couto e Silva**, “O Conceito de dano no Direito brasileiro e comparado”, *Rev. dos Tribunais*, 667/7). O mesmo dano moral, de que pode ser vítima também a pessoa jurídica, é reparável através da ação de indenização, avaliado o prejuízo por arbitramento.

No caso dos autos, a v. sentença, depois confirmada pelo v. acórdão, cujos fundamentos estão transcritos no relatório, além de admitir a existência de dano extrapatrimonial, também reconheceu a presença de dano patrimonial, diretamente derivado da conduta culposa do banco. Tanto por um fundamento, quanto pelo outro, cabível o deferimento do pedido indenizatório.

Isto posto, conhecendo do recurso pela divergência, nego-lhe provimento.

É o voto.

*Recurso Especial nº 64.804-1 – MG
(Registro nº 95.0020910-1)*

Relator: O Sr. Ministro *Luiz Vicente Cernicchiaro*
Recorrente: *Rodina Indústria e Comércio Ltda. – falida*
Recorrida: *Imobiliária Lapa Vermelha Ltda.*
Interessado: *Almir Afonso Barbosa – síndico e Rodina Indústria e Comércio Ltda. – massa falida*
Advogados: *Drs. Carlos Antônio Goulart Leite Júnior e outros, e Reuber Lana Antoniozzi*

EMENTA: *REsp – Comercial – Civil – Falência – Locação – Despejo – Juízo Competente.*

- *A ação de despejo não é atraída pelo Juízo universal da falência. Aqui, reúnem-se passivo e ativo do falido, a fim de os credores receberem o mesmo tratamento. A ação de despejo tem finalidade e conteúdo diversos.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago e Adhemar Maciel. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília, 28 de agosto de 1995 (data do julgamento).

Ministro **Adhemar Maciel**, Presidente. Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**: Recurso Especial interposto por Rodina Indústria e Comércio Ltda. – Falida com fundamento na alínea a do parágrafo 1º do artigo 173 da Constituição Federal contra v. acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais que negou provimento ao recurso de apelação, mantendo a r. sentença que julgou procedente a ação de despejo por falta de pagamento ajuizada contra o ora recorrente.

O recorrente argúi violação ao art. 7º, §§ 2º e 3º do Decreto-lei 7.661/45. Sustenta que o Juízo Universal da Falência se estende a todas as ações inclusive reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, e não só às cobranças de crédito.

Pretende, assim, a anulação do v. acórdão a fim de que a demanda seja julgada perante o Juízo Universal da Falência.

Contra-razões (fls. 217).

Despacho de admissão às fls. 222.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro** (Relator): Sr. Presidente, a matéria é a seguinte: a recorrente, empresa, faliu. Foi proposta ação de despejo. O que se discute é qual o juízo competente. Se o juízo da massa atrai também a ação de despejo. O acórdão entendeu que não. Daí o recurso da falida.

O meu voto é no sentido de manter o venerando acórdão. A ação de despejo não é atraída pelo juízo universal da falência. Nesta, reúnem-se o passivo e o ativo do falido, a fim de os credores terem o mesmo tratamento. A ação de despejo tem finalidade e conteúdo diversos.

Não conheço do recurso.

*Recurso Especial nº 86.095 – SP
(Registro nº 96.0003009-0)*

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrente: *Omint Assistencial Serviços de Saúde S/C Ltda.*

Recorrido:

Advogados: *Cláudio Penna Lacombe e outros, e Mario de Passos Simas e outros*

Sustentação Oral: *Cláudio Penna Lacombe (pela recorrente)*

EMENTA: *Seguro-Saúde. AIDS. Epidemia.*

1. **A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame, não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado.**
2. **A interpretação de cláusula contratual, sobre a exclusão de despesas decorrentes de epidemia, está fora do âmbito do recurso especial (Súmula 5).**

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 22 de abril de 1996 (data do julgamento).

Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, Presidente. Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**: propôs ação declaratória, precedida de ação cautelar inominada, contra Omint Assistencial Serviço de Saúde S/C Ltda., objetivando o reconhecimento do direito de “ver cumprido integralmente o contrato de seguro-saúde, enquanto satisfizer as obrigações assumidas”, contrato esse firmado com a ré, a qual não estaria lhe assegurando a cobertura para tratamento de moléstia causada pelo vírus HIV, por considerá-la epidêmica.

Julgadas procedentes as demandas, manifestou a ré apelação, tendo a eg. 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negado provimento ao recurso em acórdão assim fundamentado:

“Em 21 de setembro de 1990 o apelado ingressou no plano de saúde nº 11, mantido pela apelante. Portador de grave enfermidade, já existente ao tempo do ingresso no plano, como por ele asseverado (fls.79), nega-se a apelante a dar cobertura para o necessário tratamento médico-hospitalar.

Pelo que se pode observar dos elementos constantes dos autos, não se exigiu do apelado qualquer tipo de exame preliminar para se saber do seu estado de saúde para fins de ingresso no plano, ou qualquer declaração sua afirmando em que estado de saúde se encontrava.

Fica ao desalento, por isso, a afirmativa do apelado em sua inicial no sentido de que a apelante conhecia o seu estado de saúde quando o admitiu no plano. Seja como for, não se constituiu, pelo que se dessume, o pleno gozo de boa saúde física e mental, condição para o ingresso no plano.

A controvérsia instalou-se porque a apelante considerou que a enfermidade do apelado (AIDS) decorre de epidemia, e assim não estaria, pelo contrato (fls.48), obrigada a responder pelos gastos de seu tratamento, isto é, tal enfermidade, por sua origem epidêmica, estaria fora da cobertura do plano de saúde.

Essa tese não sensibilizou o eminente julgador, que assim considerou tal enfermidade: ‘É ela, entretanto, apenas uma grave moléstia infecto-contagiosa, mas não propriamente uma epidemia. A epidemia é um fenômeno súbito e acidental que atinge em geral toda uma área geográfica num período determinado de tempo vitimando indiscriminadamente toda sua população.’ (fls.89). Esse, a rigor, o significado do vocábulo epidemia: ‘doença que surge rápida num lugar e acomete simultaneamente grande número de pessoas’ (cfe. Novo Dicionário Aurélio). Motivou, assim, convenientemente, o digno magistrado a desconsideração da SIDA como doença epidêmica, não padecendo a sentença do vício de nulidade argüido no recurso.

A AIDS não é uma doença de hoje, já que detectada no início do decênio de 1980 (fls. 73). Tem-se alastrado, isso é certo, pelo mundo a fora, nesses anos todos, de forma vertiginosa e preocupante.

Quando o apelado ingressou no plano de saúde mantido pela apelante, a doença e suas conseqüências já eram por demais conhecidas, e nem poderiam ser ignoradas especialmente pela apelante, dado o seu ramo de atividade. O número de portadores da SIDA, nessa oca-

sião, já era considerável (fls. 105, do apenso), com projeções alarmantes de grande aumento, o que se constituía em preocupação para os órgãos mundiais de saúde (fls. 51).

Foi diante desse quadro que a apelante admitiu o apelado no plano de saúde. Nas condições gerais de contrato de adesão, elaboradas pela apelante sem qualquer possibilidade de alteração ou discussão por parte do apelado, não se excluiu especificamente essa enfermidade da cobertura do plano (fls. 48).

Daí contrariar inofismavelmente a boa-fé e a confiança que notabilizam o contrato, querer agora a apelante valer-se de cláusula genérica de exclusão, prevista no item 19, do Capítulo XI, das Condições Gerais (as enfermidades ou lesões causadas por epidemias) para escusar-se da obrigação de prestar ao apelado o tratamento médico-hospitalar prometido.

Seja como for, ainda que se possa considerar a AIDS como doença tecnicamente epidêmica, como sustenta ardorosamente a apelante, essa cláusula, constitutiva de contrato de adesão, unilateralmente imposta pela apelante deve ser, por isso, interpretada de maneira mais favorável ao apelado (art. 47, da Lei n. 8.137/90).

Quando nessa cláusula se estabelece a exclusão de cobertura para 'as enfermidades ou lesões causadas por epidemias, atos de terrorismo, guerra civil, tumultos populares', a referência é uma situação imprevista, excepcional, que foge da normalidade, tão intensa que acabe por atingir um elevado número de segurados, provocando o desequilíbrio financeiro da empresa. Se não se compreender com essa largueza de espírito, se à cláusula se der interpretação meramente literal, sem amparo estaria, de arrematado absurdo, o segurado portador de enfermidade causada por uma epidemia, embora a seguradora não tivesse outros segurados atingidos pela mesma doença epidêmica. Donde que, ou se dá à cláusula aquela inteligência, ou se declara que ela é abusiva, se prevalente uma interpretação meramente literal, já que, por ela, a seguradora não estaria disposta a assumir risco, próprio de sua atividade.

Seja como for, de origem epidêmica (se o termo é utilizado em sua acepção técnica deveria ser claramente definida no contrato) ou não, a AIDS, quando da celebração do contrato, era uma realidade – existia e progredia – e todos conheciam essa existência e progressão. Trata-se de doença infecto-contagiosa naquela época sem cura, como ainda hoje, e ampla campanha já se fazia pela prevenção da doença, diante das funestas conseqüências para a humanidade.

Onde, então, o fato imprevisto ou excepcional para justificar ago-

ra o enquadramento da situação do apelado na aludida cláusula de exclusão?

Há que se entender, então, que as doenças que ficariam de fora da cobertura somente seriam aquelas decorrentes de epidemias ocorridas após o contrato, pois aquelas existentes, teriam que ser, como curial, objeto de expressa e específica exclusão, posto que conhecidas.

Daí que, ou na concepção da apelante a AIDS não seria considerada uma epidemia (e menos ainda poderia ser na compreensão do apelado), ou então era uma doença com a qual não se preocupava para efeito de cobertura do plano de saúde, de modo a não excluí-la como fez com várias outras (fls. 48).

Por isso mesmo, nenhuma censura merece a r. sentença hostilizada, mas, ao reverso, integral confirmação.

Daí porque, nega-se provimento ao recurso.” (fls. 146/150).

Rejeitados os embargos de declaração, ingressou a ré com recurso especial (alínea a), alegando violação aos artigos 1.443 e 1.444 do Código Civil. Sustenta a recorrente que o v. aresto teria afrontado o princípio da boa-fé que norteia os contratos. Diz que à época da avença não tinha conhecimento de ser o recorrido portador do vírus HIV, tendo o mesmo ocultado tal fato, finalmente reconhecido na petição inicial (fls. 168/176).

Com as contra-razões, o Tribunal de origem inadmitiu o recurso especial, daí o Agravo de Instrumento nº 80.603/SP (autos apensos), provido para melhor exame.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Rui Rosado de Aguiar** (Relator): A empresa que explora planos de saúde e admite associado sem prévio exame de suas condições de saúde, e passa a receber suas contribuições, não pode, ao ser chamada ao pagamento de sua contraprestação, recusar a assistência devida sob a alegação de que o segurado deixara de prestar informações sobre o seu estado de saúde.

O segurado é um leigo, que quase sempre desconhece o real significado dos termos, cláusulas e condições constantes dos formulários que lhe são apresentados. Para reconhecer a sua malícia, seria indispensável a prova de que, (1) realmente, fora ele informado e esclarecido de todo o conteúdo do contrato de adesão, e, ainda, (2) estivesse ciente das características de sua eventual doença, classificação e efeitos.

A exigência de um comportamento de acordo com a boa-fé recai também sobre a empresa que presta assistência, pois ela tem, mais do que ninguém, condições de conhecer as peculiaridades, as características, a álea do campo de sua atividade

empresarial, destinada ao lucro, para o que corre um risco que deve ser calculado antes de se lançar no empreendimento.

O que não se lhe pode permitir e que atue indiscriminadamente, quando se trata de receber as prestações, e depois passe a exigir estrito cumprimento do contrato para afastar a sua obrigação de dar cobertura às despesas.

2. A recorrente está pretendendo interpretar cláusulas contratuais, seja quanto ao momento de perfectibilização do contrato, assim como está disposto no cap. III do Manual do beneficiário, seja quanto à cláusula de ressalva de cobertura de despesas decorrentes de epidemia, incidindo a Súmula 5.

Na verdade, o v. acórdão recorrido rejeitou a defesa da empresa ora recorrente porque negou se enquadrasse a AIDS no conceito de epidemia. Leio do v. acórdão:

“A controvérsia instalou-se porque a apelante considerou que a enfermidade do apelado (AIDS) decorre de epidemia, e assim não estaria, pelo contrato (fls. 48), obrigada a responder pelos gastos de seu tratamento, isto é, tal enfermidade, por sua origem epidêmica, estaria fora da cobertura do plano de saúde.

Essa tese não sensibilizou o eminente julgador, que assim considerou tal enfermidade: ‘É ela, entretanto, apenas uma grave moléstia infecto-contagiosa, mas não propriamente uma epidemia. A epidemia é um fenômeno súbito e acidental que atinge em geral toda uma área geográfica num período determinado de tempo vitimando indiscriminadamente toda sua população.’ (fls.89). Esse, a rigor, o significado do vocábulo epidemia: ‘doença que surge rápida num lugar e acomete simultaneamente grande número de pessoas’ (cfe. Novo Dicionário Aurélio). Motivou, assim, convenientemente, o digno magistrado a desconsideração da SIDA como doença epidêmica, não padecendo a sentença do vício de nulidade argüido no recurso.

A AIDS não é uma doença de hoje, já que detectada no início do decênio de 1980 (fls. 73). Tem-se alastrado, isso é certo, pelo mundo a fora, nesses anos todos, de forma vertiginosa e preocupante.

Quando o apelado ingressou no plano de saúde mantido pela apelante, a doença e suas conseqüências já eram por demais conhecidas, e nem poderiam ser ignoradas especialmente pela apelante, dado o seu ramo de atividade. O número de portadores da SIDA, nessa ocasião, já era considerável (fls. 105, do apenso), com projeções alarmantes de grande aumento, o que se constituía em preocupação para os órgãos mundiais de saúde (fls. 51).

Foi diante desse quadro que a apelante admitiu o apelado no plano de saúde. Nas condições gerais do contrato de adesão, elaboradas pela apelante sem qualquer possibilidade de alteração ou discussão

por parte do apelado, não se excluiu especificamente essa enfermidade da cobertura do plano (fls. 48).

Dá contrariar insofismavelmente a boa-fé e a confiança que notabilizam o contrato, querer agora a apelante valer-se de cláusula genérica de exclusão, prevista no item 19, do Capítulo XI, das Condições Gerais (as enfermidades ou lesões causadas por epidemias) para escusar-se da obrigação de prestar ao apelado o tratamento médico-hospitalar prometido.

Seja como for, ainda que se possa considerar a AIDS como doença tecnicamente epidêmica, como sustenta ardorosamente a apelante, essa cláusula, constitutiva de contrato de adesão, unilateralmente imposta pela apelante deve ser, por isso, interpretada de maneira mais favorável ao apelado (art. 47, da Lei n. 8.137/90).

Quando nessa cláusula se estabelece a exclusão de cobertura para 'as enfermidades ou lesões causadas por epidemias, atos de terrorismo, guerra civil, tumultos populares', a referência é uma situação imprevista, excepcional, que foge da normalidade, tão intensa que acabe por atingir um elevado número de segurados, provocando o desequilíbrio financeiro da empresa. Se não se compreender com essa largueza de espírito, se à cláusula se der interpretação meramente literal, sem amparo estaria, de arrematado absurdo, o segurado portador de enfermidade causada por uma epidemia, embora a seguradora não tivesse outros segurados atingidos pela mesma doença epidêmica. Donde que, ou se dá à cláusula aquela inteligência, ou se declara que ela é abusiva, se prevalente uma interpretação meramente literal, já que, por ela, a seguradora não estaria disposta a assumir risco, próprio de sua atividade.

Seja como for, de origem epidêmica (se o termo é utilizado em sua acepção técnica deveria ser claramente definida no contrato) ou não, a AIDS, quando da celebração do contrato, era uma realidade – existia e progredia – e todos conheciam essa existência e progressão. Trata-se de doença infecto-contagiosa naquela época sem cura, como ainda hoje, e ampla campanha já se fazia pela prevenção da doença, diante das funestas conseqüências para a humanidade.

Onde, então, o fato imprevisto ou excepcional para justificar agora o enquadramento da situação do apelado na aludida cláusula de exclusão?

Há que se entender, então, que as doenças que ficariam de fora da cobertura somente seriam aquelas decorrentes de epidemias ocorridas após o contrato, pois aquelas existentes, teriam que ser, como curial,

objeto de expressa e específica exclusão, posto que conhecidas.

Daí que, ou na concepção da apelante a AIDS não seria considerada uma epidemia (e menos ainda poderia ser na compreensão do apelado), ou então era uma doença com a qual não se preocupava para efeito de cobertura do plano de saúde, de modo a não excluí-la como fez com várias outras (fls. 48).

Por isso mesmo, nenhuma censura merece a r. sentença hostilizada, mas, ao reverso, integral confirmação.

Daí porque, nega-se provimento ao recurso.” (fls. 146/150).

3. Por fim, observo que o r. acórdão não examinou as disposições dos artigos 1.443 e 1.444 do Código Civil, e, embora provocada a eg. Câmara, pelos embargos de declaração, não foi o recurso especial proposto com fundamento no artigo 535 do CPC.

A divergência também ficou apontada apenas por ementas.

Posto isso, não conheço.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**: Também acompanho o voto do Ministro-Relator, pelos seus fundamentos e, especialmente, porque não prequestionada a matéria.

Observo, ademais, que já tive oportunidade de, em nível monocrático, apreciar a matéria, embora com aspectos diversos dos que ora vêm a julgamento.

Na ocasião, se bem me recordo, entendi que se tratava de matéria de prova, porque o que se discutia era se o segurado teria ou não subtraído da empresa o fato de ser portador da doença.

Em síntese, acompanho o Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro **Barros Monteiro**: Sr. Presidente, também acompanho o Eminentíssimo Relator devido à ausência de prequestionamento quanto aos artigos 1.443 e 1.444 do Código Civil, como ressaltado por V. Exa.

Penso, também, que, neste caso, incidem as Súmulas 5 e 7.

Primeiro, acha-se em causa, como anotou o voto do Sr. Ministro-Relator, a matéria alusiva à ocultação do estado de saúde por parte do segurado e, depois, a circunstância de que a empresa recorrente teria celebrado a avença sem proceder a qualquer exame de saúde na pessoa do interessado.

Parece-me, então, que estão envolvidas, neste caso, matéria de fato e interpretação de cláusula contratual.

Não conheço do recurso.

NOTICIÁRIO

NOTICÁRIO

Memória do Ministério Público



Foto histórica dos 11 primeiros Procuradores de Justiça do antigo Distrito Federal (1958). **De pé:** Dr. Alcides Carneiro, Dr. Fernando Setembrino de Carvalho, Dr. Arnóbio Tenório Wanderley, Dr. Rufino de Loy, Dr. Manuel Campos, Dr. Max Gomes de Paiva, Dr. Hermenegildo de Barros Filho, Dr. Carlos Sussekind de Mendonça e Dr. Maurício Eduardo Accioly Rabello. **Sentados:** Dr. Edmundo Bento de Faria, Dr. Candido Luiz Maria de Oliveira Neto, então Procurador-Geral de Justiça, e Dra. Amélia Duarte. Excetuando o Procurador-Geral, todos os demais integravam a carreira do Ministério Público.

* Fotografia cedida à "Revista do Ministério Público" por especial gentileza, da Procuradora de Justiça aposentada, Dra. Sálua Bunahum.

Posse do Procurador-Geral de Justiça

Aos 21 de janeiro do presente ano, perante o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, tomou posse no cargo de Procurador-Geral de Justiça o Dr. *Hamilton Carvalho*. Tratando-se de mera recondução ao Cargo, a cerimônia, sem perder o caráter solene, desenvolveu-se, na oportunidade, no âmbito interno do Ministério Público, contando, porém, com a presença de elevado número de Procuradores e Promotores de Justiça.

Solenidade de Posse do novo Conselho Superior do Ministério Público

Teve lugar no dia 06 de fevereiro do presente ano a cerimônia de posse dos novos integrantes do Conselho Superior da Instituição. A cerimônia, realizada no salão nobre da Procuradoria-Geral de Justiça, teve a presidi-la o Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Hamilton Carvalho*, contando, ainda, com a presença do Dr. *Hugo Jerke* (1º Subprocurador), do Dr. *Luiz Carlos Humbert de Albuquerque Maranhão* (2º Subprocurador), do Dr. *Roberto Abranches* (Corregedor-Geral do M.P.), dos Conselheiros que se despediam, além de expressivo número de membros da Instituição.

Discursaram, na ocasião, o Dr. *Ronaldo de Medeiros e Albuquerque*, que falou em nome dos Conselheiros que terminavam seu mandato, bem como a Dra. *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea* pelos Conselheiros empossados.

Transcrevemos, por oportuno, a fala do Dr. *Ronaldo de Medeiros e Albuquerque*, ao despedir-se do Colegiado:

“Coube-me a tarefa sempre honrosa de dizer algumas palavras, certamente marcadas pela singeleza, em nome dos Conselheiros cujo mandato outorgado pela classe hoje se encerra.

O exercício da função de membro do Conselho durante um período relativamente longo pôde revelar como merecem alguma cogitação as relações que se formam entre o todo - o órgão - e a parte - o Conselheiro. Ser Conselheiro, sob determinado ângulo, não é mais que ser parte de um todo. Ao lado das relações entre o todo e a parte, emergem aquelas que cada uma das partes desenvolve com as outras partes. Estou firmemente persuadido de que a obra desse órgão tão relevante na vida do Ministério Público constrói-se a partir desses dois segmentos de relações: das partes com o todo; da parte com as outras partes. As primeiras estão disciplinadas principalmente por regras jurídicas, legais ou regimentais, já que envolvem notadamente a contribuição da parte na formação da vontade do todo. Mas as segundas, isto é, as relações entre as partes, são muito mais regidas por normas de natureza diversa, que

talvez possamos englobar na expressão *regras de convivência*. Todos nós observamos regras de convivência nas relações que mantemos com a mulher, o filho, a empregada doméstica, o colega de trabalho, o verdureiro da esquina, o ascensorista do prédio da Procuradoria. Elevados à condição de Conselheiro, novas relações passam a ser travadas, já não com o colega de Ministério Público mas com aquele que se senta na mesma mesa de oito lugares. Como nos conduziremos sob essas novas vestes? Sublinharemos nossa qualidade de parte ou acentuaremos nossa condição de integrante do todo? De outro lado, em que bases edificaremos nossas relações com as outras partes? As respostas a essas indagações cada um achará dentro de si, embora aquela que é dada no início do mandato nem sempre coincida com a que encontramos ao cabo de dois anos de diuturna convivência.

Ser Conselheiro foi gratificante. Foi também penoso em alguns momentos, como sói ser o exercício de qualquer cargo ou função pública relevante. Todos os que hoje finalizam o mandato certamente envidaram esforços, dentro da ótica própria, para que a vontade do órgão expressasse os padrões de justiça e retidão.

Desejo aos Conselheiros hoje empossados, em meu nome e no de meus colegas cujo mandato ora se encerra, que sejam tão felizes quanto nós fomos por poder contribuir em mais uma vertente da vida institucional.”

Por igual, ouviu-se o pronunciamento da Procuradora de Justiça, Dra. *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea*, assim registrado:

“ Perdoem-me pelo desrespeito ao protocolo. Mas não sei fazer discursos. Não estou habituada a fazê-los. Só sei falar com o coração.

Coube-me, nesta oportunidade, a honrosa, mas não menos difícil tarefa de falar, em momento tão solene, em nome dos eleitos para o Conselho Superior do Ministério Público - e que hoje tomam posse. Aceitando-a, desejo sobretudo reiterar a *profissão de Fé* nos destinos de nossa Instituição.

Imerso na turbulência de um Mundo que ainda não se encontrou, sofrendo os reflexos e as vicissitudes de mudanças que se processam em ritmo acelerado, no limiar de mais um milênio, o Ministério Público não perde os elos de suas raízes, na defesa do primado da Lei, e esforça-se por identificar-se com os anseios e rumos da Sociedade que se plasma.

Grandes, pois, nossas responsabilidades no representá-la e situá-la como fator de equilíbrio perante a ordem jurídica para que se processem, pacificamente e sob o império das leis, aquelas mudanças.

Não venho, porém, falar do papel reservado ao Ministério Público como guardião e defensor da sociedade e de seus interesses individuais, coletivos e difusos. Tampouco pretendo tecer considerações acerca das funções relevantíssimas cometidas ao Conselho como órgão da Administração Superior do Ministério Público, a quem

incumbe velar pela unidade, indivisibilidade e autonomia funcional, garantindo a todos os membros da Instituição a independência indispensável ao pleno exercício de suas funções.

Isto, todos nós o sabemos. *Quero apenas dizer que não haveremos de falhar nesta Missão.*

A partir do ideal de seus integrantes, da capacidade de acreditar de cada um - em verdade a alavanca de sua atuação - da consciência de que individualmente se aguarda uma presença firme, corajosa, impregnada de senso de equilíbrio e moderação, o Conselho Superior que hoje toma posse o faz voltado para um só objetivo: *Servir.*

Servir à Instituição que em nós depositou o seu voto de confiança, participando conscientes, voluntária e serenamente do processo histórico de sua construção. Tenho, entretanto, a convicção de que tudo isto somente tornar-se-á possível na medida em que redescobriremos o tempo de nossas almas. Observamos o horário das ações externas, mas, em nós mesmos, muitas das vezes, está adormecida aquela sutil sensação do tempo interior. Aparentemente, não temos escolha, não podemos nos esquivar.

Criamos um sistema, uma desumana ordem de competitividade para que toda e qualquer tarefa seja cumprida no tempo estabelecido. Quem não a segue, fica pela estrada. O que ontem era novo, hoje já é obsoleto. Corremos uns atrás dos outros. Se um corre mais rápido, os outros devem fazer o mesmo. *Mas para onde estamos correndo? É tempo de repensar, de questionar, de sonhar, de transformar, de construir.*

É tempo de não nos entregarmos à tentação da comodidade. É tempo de agir. É tempo de desejar ardentemente que nossas almas nos inspirem. É sabido que na origem de todas as grandes obras há uma fermentação de sonhos, projetos e aspirações. Há uma dedicação apaixonada àquilo que não existe para que chegue a existir. Há uma intuição de possibilidades inéditas e um lançar-se corajosamente para o futuro. Já se disse que não basta ter grandes desejos para realizá-los. Mas ninguém realiza grandes obras sem ter tido grandes desejos.

Aos colegas que nos antecederam a certeza de que saberemos preservar o seu legado.

Ao eminente Procurador-Geral de Justiça - Dr. Hamilton Carvalhido - Presidente do Conselho Superior do Ministério Público, tenaz cumpridor dos deveres institucionais, homem digno e honrado, Promotor de Justiça por excelência, ofertamos os nossos talentos, consubstanciados na contribuição com que cada um, a seu feitio, saberá, com independência e altivez, conferir à grandeza da Instituição.

Aos colegas do Ministério Público, o compromisso de ouvi-los sempre e aos seus anseios, eis que aqui não viemos exclusivamente para defender posicionamentos individuais.

À *Sociedade*, a certeza de que envidaremos todos os nossos esforços na gigantesca tarefa de fixar e consolidar os rumos dos importantes mecanismos postos nas mãos do Ministério Público na impostergável defesa de seus interesses, restituindo a cada cidadão o respeito que a ele é devido.

Não poderia concluir sem me dirigir de modo muito especial a meu pai - o Procurador de Justiça hoje Desembargador aposentado *HERMANO ODILON DOS ANJOS* - motivo maior do meu orgulho e a quem devo o exemplo e o incentivo que me fizeram ingressar nesta casa que ele sempre engrandeceu, honrou e amou.

Muito obrigada.”

Ao encerramento da solenidade, manifestou-se, de improviso, o Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Hamilton Carvalho*, que deu as boas-vindas aos novos Conselheiros, augurando-lhes feliz mandato, ao mesmo tempo em que agradeceu a valiosa colaboração dos Procuradores de Justiça que deixavam o Conselho, ao término do seu mandato. A relação completa dos novos Procuradores de Justiça que irão integrar o Egrégio Conselho Superior do Ministério Público é a seguinte:

Titulares eleitos pelos Procuradores de Justiça: *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea* (72 votos); *Antonio Carlos Silva Biscaia* (69 votos), e *Dalva Pieri Nunes* (60 votos). **Titulares eleitos pelos Promotores de Justiça:** *Pedro Moreira Alves de Brito* (187 votos); *Paolina Leone Candia Hryniewicz* (177 votos) e *Nelma Glória Trindade de Lima* (164 votos).

Eleição para a escolha do novo Corregedor-Geral do Ministério Público

Realizou-se aos 03 de março do ano em curso, na sede da Procuradoria-Geral de Justiça, a eleição, pelo Colégio de Procuradores de Justiça, para a escolha do novo Corregedor-Geral da Instituição. Concorreram ao pleito os Procuradores de Justiça, Dra. Assy Mirza Abranches e o Dr. Décio Luiz Gomes, resultando eleito o segundo, estando a posse marcada para o próximo dia 21 de março.

Posse do novo Corregedor-Geral do Ministério Público

Realizou-se no dia 21 de março do presente ano a solenidade de posse do novo Corregedor-Geral do Ministério Público, Dr. *Décio Luiz Gomes*. A mesa dos trabalhos da solenidade era presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Hamilton Carvalho*, contando, ainda, com a presença do Dr. *Hugo Jerke*, 1º Subprocurador-Geral de Justiça, do Dr. *Renato Pereira França*, Chefe de Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, do Dr. *Elio Gitelman Fischberg*, Secretário do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça e do Dr. *Mauro Campello*, decano do Ministério Público. A posse do novo Corregedor deu-se perante o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, contando com a presença de expressivo número de membros do Ministério Público.

O Dr. *Décio Luiz Gomes* foi introduzido no salão nobre da Procuradoria-Geral de Justiça pelo decano da Instituição, Procurador de Justiça Dr. *Mauro Campello*. Assi-

nado o termo de posse, usou da palavra o Dr. *Roberto Abranches*, Corregedor que se despedia, uma vez cumprido o seu mandato, pronunciando emocionado improviso.

Falaram, ainda, o Dr. *Elio Gitelman Fischberg*, que saudou o novo Corregedor, em nome do Colégio de Procuradores, além, naturalmente, do Dr. *Décio Luiz Gomes*.

Transcrevemos, para conhecimento geral, o pronunciamento do Procurador de Justiça, Dr. *Elio Gitelman Fischberg*:

“A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em vigor, com perfeição reiterou ser a Corregedoria-Geral da instituição órgão de sua administração superior, com funções orientadoras e fiscalizadoras dos agentes do Ministério Público. A mesma Lei, em postura nitidamente evolucionista, com razão, deu à Corregedoria-Geral inteira independência em relação à Procuradoria-Geral de Justiça, desde logo ao garantir que o Corregedor-Geral passava, como ora ocorre, a ser eleito diretamente pelo Colégio de Procuradores, sem que integrasse lista triplíce, com escolha de um dos que a formavam, pelo Procurador-Geral de Justiça. Em síntese: independência para exercer seus graves misteres, e autonomia em face de qualquer outro órgão ou autoridade para executar os atos de sua competência. Nesta linha, vem atuando o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Fui honrado com a possibilidade de, em nome do Colégio de Procuradores e de seu Órgão Especial, saudar o novo Corregedor-Geral do Ministério Público, Dr. *Décio Luiz Gomes*, que hoje toma posse no cargo. Considero-me insuspeito no que estou a dizer, porque, ocasionalmente, não votei em Sua Excelência, e sim em sua ilustre oponente, a colega *Assy Mirza Abranches*, que em renhido pleito também honrou a instituição, assim como o eleito.

Ostenta o Dr. *Décio Luiz Gomes* todas as condições de ordem pessoal e profissional para bem suceder e dar continuidade ao trabalho desenvolvido pelo Dr. *Roberto Abranches*, ilustre Corregedor-Geral que hoje se despede do cargo, após profícuo, discreto e denodado trabalho, e a quem cumprimento nessa oportunidade, mais uma vez, pela boa missão cumprida, obra-prima da melhor arte da conciliação entre diversos.

O Dr. *Décio Luiz Gomes*, como todos aqui sabem, é querido por todos os Procuradores e Promotores de Justiça, pela lhanza e fidalguia no trato pessoal, pelo bom humor que sempre demonstra e pela profundidade de seus conhecimentos jurídicos e da vida institucional, que há muito se manifestam nos primorosos pareceres que, como Procurador junto à 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, emite, e com os quais muito pude aprender, ao integrar a Assessoria de Direito Civil.

Assim como o Dr. *Roberto Abranches*, antes, o Dr. *Décio Gomes*, agora, assume o difícil e atraente encargo de Corregedor-Geral cercado de respeito e da admiração de todos os seus colegas, e da certeza de que a mesma arte da boa conciliação, da melhor orientação aos antigos e aos novos membros do Ministério Público, que todos precisam, da eficiente fiscalização, quando necessária, e da criativa continuidade, prosseguirão sendo todas bem exercidas na Corregedoria do Ministério Público, no próximo biênio.

Muito sucesso ao Dr. Décio Gomes e a todos que com ele venham a trabalhar.”

Agradecendo, ouviu-se a fala do Dr. *Décio Luiz Gomes*, assim vazada:

“Assumo a Corregedoria-Geral do Ministério Público de nosso Estado com o mesmo sentimento de espírito que me conduziu na posse ao cargo de Promotor de Justiça há alguns anos: faço-o por ideal de vida mas com aquela convicção de que o ideal é um impulso do espírito na busca da perfeição.

Quero acreditar no florescimento de um idealismo moral, independente de dogmas religiosos e de apriorismos metafísicos.

Quero acreditar no ideal da perfeição, fundado na experiência social, e evolutivo como ela própria, constituindo a íntima convicção que albergo, de uma doutrina de perfectibilidade indefinida, propícia a todas as possibilidades da elevação humana.

Vivemos um Ministério Público que tem por princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Isso, *insculpido no parágrafo único do artigo 1º de nossa Lei Orgânica Nacional*, precisa passar do papel ao sentimento de todos nós, Promotores e Procuradores de Justiça.

É o primeiro passo para alcançarmos o ideal da atuação em função da vida social. E é legítimo assim imaginar, porque a imaginação, partindo da experiência, antecipa juízos acerca de futuros aperfeiçoamentos, afinal o ideal, que em todas as crenças representa o resultado mais alto da função de pensar.

Quero dar a minha contribuição efetiva nessa evolução tão desejada, tão perseguida, e ainda não alcançada em plenitude.

É preciso que todos os membros da Instituição evoluam nesse sentido, e só o poderão fazer conhecendo a realidade do Ministério Público, que a meu sentir compete, em muito, à Corregedoria-Geral difundir, saindo do Gabinete, rumo às trincheiras mais avançadas da Instituição, por todo o Estado.

Imagino uma Corregedoria atuante, pedagógica, de apoio aos Colegas que enfrentam toda sorte de dificuldades no exercício de suas atividades.

Quero todo o entrosamento possível com a alta direção do **Parquet**, acreditando em tudo que já ouvi, em muitas oportunidades, pela fala do nosso eminente Procurador-Geral, em busca da unidade. Não da unidade de pensamento, que seria utópica, mas da unidade da Classe em busca de seus ideais maiores.

Tenho identificação com todos os problemas afetos à Instituição e uma experiência acumulada nos diversos setores ministeriais por onde passei, e quero dedicar toda essa experiência, e concentrar todas as minhas energias, nesse sentido.

Creio que a reunião de todos os Homens e Mulheres que pensam na grandeza do Ministério Público, sejam lá quais forem suas posições político-institucionais, nessa hora em que passamos por ameaças de reformas tendentes a cortar o avanço (de prerrogativas institucionais) conquistado com tanta luta e tanto sacrifício, mais do que um desejo, é uma necessidade.

A Corregedoria-Geral do Ministério Público se propõe a ser o ponto de convergência desses Homens e Mulheres, aos quais se somarão, em idéias e vontades, todos os integrantes da nossa Instituição, como a Grande Família que sempre foi, de memoráveis reuniões nos Congressos institucionais promovidos pela Associação de Classe, que vão se distanciando no tempo e deixando saudade no coração.

Não temos espaço para mediocridades. A grandeza da Instituição não se compadece com a hipocrisia.

Não temos tempo para desenvolver paixões ignóbeis, que se alimentam de rancores, tão contraditórios nas almas não dotadas de caracteres superiores, que agem na penumbra, desafogando surdamente uma inveja que não confessam, simulando Amor àqueles que detestam e carcomem.

O Homem que perdeu a capacidade de cancelar seus ódios está irremediavelmente velho e o nosso Ministério Público, jovem, renovado, reclama pelos preciosos atributos da juventude, que não tem capacidade de dramatizar por longo tempo as paixões nocivas.

Temos de desenvolver coletivamente as Virtudes da fidelidade, da prudência, da temperança, da coragem e da justiça.

Temos de buscar a humildade, a simplicidade, a doçura, a pureza, a boa-fé e, acima de tudo, o amor.

Se assim o fizermos, estaremos em busca do verdadeiro Ministério Público, mais do que nunca no seu ideal constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Ministério Público é forte, é vigoroso, por suas próprias origens. Compete a todos nós, conservá-lo assim, conquistando os espaços e os preenchendo efetiva e corajosamente.

Só assim seremos indivisíveis; só assim seremos independentes e, só assim, encontraremos a verdadeira unidade.

QUE DEUS NOS AJUDE!"

Encerrando a cerimônia, coube ao Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Hamilton Carvalho*, homenagear o novo Corregedor, dirigindo-lhe, de improviso, afetuosa e cordial saudação, desejando-lhe pleno êxito no exercício da espinhosa missão.

Homenagem ao Procurador-Geral de Justiça

É tradição, em nosso Ministério Público, homenagear o Procurador-Geral por ocasião do seu aniversário natalício. No presente ano, teve lugar, no Marina Barra Clube, o jantar comemorativo daquela efeméride, realizado no dia 16 de maio, tendo como figura central o homenageado, Dr. *Hamilton Carvalho*, Procurador-Geral de Justiça.

O ágape contou com bom número de Procuradores e de Promotores de Justiça, além de ilustres convidados. A festividade, oferecida pela Associação do Ministério Público, contou, entre outras, com a honrosa presença do Sr. Governador do Estado, Dr. *Marcello Nunes de Alencar* e Sra., do Sr. Secretário de Estado de Fazenda, *Marco Aurélio de Alencar*, do Procurador-Geral do Distrito Federal, Dr. *Humberto Ulhôa*, do Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Dr. *Raul Cid Loureiro*, do Presidente do Tribunal de Contas, Conselheiro *Aluísio Gama de Souza*, do Desembargador *Décio Meirelles Góes*, 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça - RJ, do Desembargador *Enéas Machado Cotta* e do Dr. *Delphim Sallum de Oliveira*, Sócio Benemérito da Associação do Ministério Público - RJ. Presente, também toda a administração superior da Procuradoria-Geral de Justiça, a saber: Dr. *Hugo Jerke*, 1º Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. *Luiz Carlos Humbert de Albuquerque Maranhão*, 2º Subprocurador-Geral de Justiça, e Dr. *Angelo Moreira Glioche*, 3º Subprocurador-Geral de Justiça. Vale registrar, ainda, o comparecimento do Dr. *Arthur Pontes Teixeira*, Presidente da CAMPERJ, e o do Dr. *Francisco Habib Otoch*, Presidente do Centro de Procuradores de Justiça. O Procurador-Geral foi saudado pelo Presidente da AMPERJ, Dr. *José Carlos Paes*, falando, por fim, o homenageado, Dr. *Hamilton Carvalhido*. Ambos os pronunciamentos se deram de improviso.

Colar do Mérito do Ministério Público

Em solenidade realizada no dia 19 de maio, no auditório da Procuradoria-Geral de Justiça, teve lugar a cerimônia de entrega do Colar do Mérito do Ministério Público.

No presente ano, até o momento, foram contemplados com a comenda as seguintes autoridades:

Dr. *Marco Maciel*, Vice-Presidente da República
Ministro *Ilmar Galvão*, do Supremo Tribunal Federal
Dr. *Geraldo Brindeiro*, Procurador-Geral da República
Dr. *Luiz Paulo Corrêa da Rocha*, Vice-Governador do Estado do Rio de Janeiro
Dr. *Hermano Odilon dos Anjos*, ex-Procurador-Geral de Justiça

A mesa dos trabalhos estava assim composta: Dr. *Hamilton Carvalhido*, Procurador-Geral de Justiça, que, na qualidade de anfitrião, presidia a sessão, Governador *Marcello Nunes de Alencar*, Deputado *Sérgio Cabral Filho*, Presidente da ALERJ, Conselheiro *Aluísio Gama*, Presidente do Tribunal de Contas, Ministro *Marco Aurelio Mendes de Farias Mello*, do Supremo Tribunal Federal, Dr. *Hugo Jerke*, 1º Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. *Décio Luiz Gomes*, Corregedor-Geral do Ministério Público, Dr. *Renato Pereira França*, Chefe de Gabinete da PGJ-RJ e D. *João D'Ávila Lima*, representando o Cardeal D. *Eugênio de Araújo Salles*.

A solenidade, que contou com a presença de numerosos Procuradores e Promoto-

res de Justiça, teve a abrilhantá-la, ainda, entre outros, o Presidente do TRE, Desembargador *Enéas Cotta*, o Procurador-Geral do Estado, Dr. *Raul Cid Loureiro*, o Dr. *Augusto Werneck Martins*, Secretário de Estado de Administração, o Dr. *Jorge Fernando Loretti*, Secretário de Estado de Justiça, o Gal. *Nilton de Albuquerque Cerqueira*, Secretário de Estado de Segurança Pública, o Dr. *Humberto Adjuto Ulhôa*, Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal, o Deputado Federal *Alexandre Cardoso*, o Dr. *Arthur Pontes Teixeira*, Presidente da CAMPERJ, o Dr. *José Carlos Paes*, Presidente da AMPERJ, e o Dr. *Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho*, Presidente da AMAERJ.

Discursaram, na oportunidade, pelos agraciados, Sua Excia., o Dr. *Marco Maciel*, Vice-Presidente da República, e o Dr. *Hamilton Carvalhido*, que proferiu a saudação gratulatória em nome do Ministério Público.

30 Anos da Revista do Ministério Público ()*

(1967-1997)

Está completando trinta anos a **Revista de Direito**.

Foi criada no antigo Estado da Guanabara por meio do Decreto E nº 1674, de 2 de agosto de 1966, expedido pelo Governador *Francisco Negrão de Lima* a instância do Procurador-Geral *Arnoldo Wald*. Seu primeiro Diretor foi o então Procurador de Justiça *Paulo Dourado de Gusmão*, figurando como Secretário *Sergio de Andréa Ferreira*.

Compunha-se a publicação de uma parte doutrinária, de um setor dedicado a pareceres e de um segmento jurisprudencial, a par do noticiário particularmente sobre legislação e obras jurídicas.

O editorial que abria o primeiro número revelava a preocupação de que a revista expressasse o propósito de promover uma ampla abordagem dos temas jurídicos em geral e não apenas da problemática voltada mais de perto para a atuação dos integrantes da Instituição.

Nesse número histórico, a área de doutrina era composta de sete artigos. O primeiro deles, "A Luta contra o Crime", de autoria do egrégio *Giorgio del Vecchio*, aparecia em tradução impecável de *Sylvio Tito Carvalho Coelho*. Dentre os demais, refira-se como curiosidade "A Teoria da Ação Finalística no Direito Penal", em que *Nelson Hungria* criticava sarcasticamente a concepção. O fecho do artigo é primoroso (esteja-se ou não de acordo com o saudoso e festejado penalista):

"O Professor Welzel não dissimula a sua ufanía por ter sido o 'inventor' da teoria finalista, como se se tratasse de qualquer coisa como o linotipo, o avião, a telecomunicação ou a energia atômica. Desde 1929 que já andava maquinando essa teoria. Levou, assim, mais de trinta anos para amadurecê-la e trazê-la ao mercado. É verdade que von Jhering consumiu 36 anos para elaborar a sua famosa pequena monografia sobre a posse; mas atenda-se: o opúsculo de Jhering é uma construção

genial, que retificou efetivamente um êrro multissecular, enquanto a teoria de Welzel não é mais que a emissão infecunda de exasperada dogmática...”

Mencionem-se ainda, do mesmo repertório, a “Apologia do Direito Penal”, saída da pena da lendária figura de *Roberto Lyra*, e um trabalho sobre latrocínio de *Sergio de Andréa Ferreira*, então com três ou quatro anos de Ministério Público, instituição a que tanto dedicou sua criatividade.

A 15 de março de 1975 consumou-se a Fusão dos antigos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro. Nascia o novo Estado, marcando o encerramento do primeiro ciclo da publicação e, sem solução de continuidade, o começo de um novo período. Na primeira etapa da vida do periódico assumiram a diretoria sucessivamente dois consagrados civilistas: *Clóvis Paulo da Rocha* e *Simão Isaac Benjô*.

Recordemos que alguém já disse que uma revista de Ministério Público pode abstrair dos setores doutrinários e jurisprudencial mas jamais poderá prescindir da coleção de manifestações dos agentes institucionais, que é a razão de sua existência como tal.

E, nesse passo, nosso órgão de divulgação, ninguém objetará, afirmou-se, no primeiro ciclo de vida, como publicação dessa ordem.

Com nova seqüência numeral, teve lugar o início da segunda fase. Permaneceram a estrutura e o último diretor da etapa vencida, *Simão Isaac Benjô*. Viu-se este sucedido, ao longo do período, em que vieram à tona 32 volumes, por *Sergio Demoro Hamilton*, *Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*, *Valneide Serrão Vieira*, *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea* e *Fernando Fernandy Fernandes*. Foi a época em que se consolidou definitivamente o prestígio do órgão.

Após breve interrupção da publicação, principia o terceiro ciclo, sob a direção de *Sergio Demoro Hamilton*, na primeira gestão de *Hamilton Carvalho* como Procurador-Geral de Justiça. Surge o periódico sob novas e esmeradas vestes quando a Constituição de 1988 já alcança quase um decênio de existência. Como é do conhecimento de todos nós, foi essa Carta que atribuiu um novo perfil ao Ministério Público, que reconheceu a grandeza da Instituição, que lhe conferiu responsabilidades mais relevantes e extensas, até onde se sabe, do que ela é dotada em qualquer outro país do mundo.

Nessa época histórica que estamos vivenciando, em que cabe a nós, agentes do *Parquet*, manter bem no alto o estandarte do Ministério Público, o desafio da *Revista de Direito*, no momento de seu trigésimo aniversário, é o de ser um espelho da caminhada gloriosa. Seu diretor, expressão de diversificada cultura e devotado amante da Instituição, a está levando à construção desse sonho.

Ronaldo de Medeiros e Albuquerque

Procurador de Justiça

(*) Em seus 30 anos de existência foram editados 56 números do órgão cultural do Ministério Público.

Novo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

O Tribunal de Justiça tem nova direção a partir do dia 03 de fevereiro, data em que tomou posse a nova Administração Superior da mais elevada Corte do Estado, tendo à frente o ilustre e estimado Desembargador *Thiago Ribas Filho*.

Transcrevemos, por oportuno, o discurso com que o Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Hamilton Carvalho*, em nome do Ministério Público, saudou a excelsa Presidência e os demais Desembargadores que irão responder pelos destinos do Poder Judiciário no próximo biênio:

“Assume a Chefia do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro o Desembargador **Thiago Ribas Filho**, um dos mais ilustres membros da Judicatura Nacional, por todos estimado e, sobretudo, respeitado.

Sua vida - gravada indelevelmente pela retidão, probidade, cultura e firmeza -, fez dele, para as gerações de novos magistrados, o modelo de juiz que deve inspirá-las, e, para os seus contemporâneos, a expressão viva das mais nobres e elevadas tradições da justiça pátria, cultivadas como a alma ela mesma da instituição a que pertencem.

Tanto bastaria, digníssimos Juizes e Desembargadores, para parabenizá-los e dizer do nosso gáudio como Chefe do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Tanto bastaria, insisto, para, adjuntando considerações sobre a importância ressaída do Poder Judiciário, parabenizar o próprio Estado e o povo fluminense.

Todavia, fatos outros há, de igual relevância para este momento certamente histórico, que não se permite possam ser esquecidos.

Há uma outra posse, simbólica, na galeria de Mérito dos grandes presidentes, em que já se encontram **Jorge Fernando Loretto** e **Antonio Carlos Amorim**, entre outros, que é a do Desembargador **José Lisboa da Gama Malcher**, também legítimo destinatário, pela sua pessoa maior, tais os predicados que ostenta em raro conjunto, e pela obra transformadora que empreendeu, do respeito e das homenagens não apenas do Ministério Público, mas também de toda a sociedade.

Mais ainda, pertencem ambos, **Gama Malcher** e **Thiago Ribas**, a uma mesma estirpe, a dos grandes juizes vocacionados natos à retidão de caráter, ao amor à justiça e à liberdade e, por isso mesmo, à causa do homem e do mundo.

Daí, a desenganada presença da sociedade a reverenciar a dupla posse de que vos falo, confiante na certeza da continuidade da ação e do discurso providos de idoneidade para a construção de um *novo tempo*.

A vencida consciência - colha-se entre os sinais do ocaso dessa cultura ainda sobreviva -, de que as sentenças se estiolam nos limites objetivos e subjetivos das contendas, cede lugar àquela outra, irreversível, da sua significação transcendente e essencial para cada homem e para a sociedade inteira, enquanto expressão que toda

decisão deve ser dos valores que o homem e a sociedade vivificam e que reciprocamente devem realizar.

Essa interdependência mais se estreita a cada dia e se difunde progressivamente, transformando-se num sentimento comum, inexcedivelmente sintetizado no magistério da Igreja, sob o pontificado de Paulo VI:

“A índole social do homem evidencia que o aperfeiçoamento da pessoa humana e o desenvolvimento da própria sociedade dependem um do outro.

A pessoa humana é e deve ser o princípio, sujeito e fim de todas as instituições sociais, porque, por sua natureza, necessita absolutamente da vida social.” (*Gaudium et Spes*, 25)

Todo e qualquer ato relativo a valores essenciais da pessoa humana é sempre pertinente a todo e qualquer homem e à sociedade mesma na sua totalidade.

O discurso das qualidades e das quantidades que alimenta o pensamento ocidental deve necessariamente penetrar-se da existência concreta, sob pena de se transformar na palha de alienadas palavras, que nada têm a ver com a vida e com os homens reais.

É nela e neles que o Direito existe, ou não existe, e é nela e neles que o direito deve ser encontrado, ou não encontrado.

É com elas e com eles que o Direito deve ser conceituado, para a construção de um novo discurso que há de suceder a essoutro, perempto, que vicejou nos limites e nas forças de uma consciência meramente formal, única capaz de afirmar a existência de um Direito que na verdade não existe, pelo menos por inteiro e na maioria dos sujeitos da vida social.

Vivemos, por seguro, um tempo de transformações, marcado por um processo de inventário e de reexame geral dos valores do mundo liberal e dirigido a um mundo que todos queremos pleno de justiça e liberdade.

É na práxis das Instituições que a sociedade as vê e ajuíza a sua legitimidade.

Precisamente aqui, mais do que nunca, a Magistratura e o Ministério Público se converteram em tema e matéria da Cidadania, horizontes da sua esperança e da sua confiança, movidos que estão, em última análise, na direção do homem concreto, na busca de concorrerem para o asseguramento dos valores essenciais de humanidade e indispensáveis a toda pessoa humana, indispensáveis à sobrevivência do homem enquanto homem.

Malcher buscou isso, levar ao homem comum, do povo, a justiça, fazê-la efetiva para todos. Thiago Ribas, outro varão não menos ilustre e não menos comprometido com a causa do homem, é o aval vivo da continuidade dessa ação transformadora.

Por isso aqui estamos a homenagear tão excelsa Presidência e aos não menos dignos Desembargadores que a secundam nas 1ª, 2ª e 3ª Vice-Presidências e na Corregedoria-Geral de Justiça, Doutores **Miguel Pachá**, **Luciano Humberto de**

Mendonça Belém, Décio Meirelles Góes e Ellis Hermydio Figueira, aos quais manifestamos, pelos seus justos títulos, o respeito do Ministério Público.

Parabéns à Justiça Brasileira e, em especial, a do meu Estado.”

Novos Procuradores de Justiça

(Período de 01.01.1997 a 30.06.1997)

*Antônio Carlos da Graça Mesquita
Carlos Domingues da Venda
José Muiños Piñeiro Filho
Margarida Maria Nogueira La Croix
Maria Dionísia Freire Gonçalves de Almeida
Nádia de Araújo
Sônia Simões Correa Fortes
Tânia Maria Salles Moreira
Wilséa Gaspar Fernandes
Zélia Salles de Vasconcelos*

Vitalicamentos

(Período de 01.01.1997 a 30.06.1997)

*Albino José da Silva Filho
Américo Lúzio de Oliveira Filho
Ana Beatriz Villar da Cunha
Ana Cristina Lesqueves Barra
Ana Paula Pontes Cardoso
Celso de Andrade Loureiro
Christiane Menescal Braga Itabaiana Nicolau
Eduardo Slerca
Edward Carlyle Silva
Eliane de Lima Pereira
Fátima Lúcia Alves Ferreira Nunes
Francisco Franklin Passos Gouvêa
Gianfillippo de Miranda Pianezzola
Ivany Bastos França David
Jacqueline Esther Abecassis
Márcia Colonese Lopes Guimarães*

Márcia Santos Capanema de Souza
Maria da Glória Guarino de Oliveira
Patrícia Mothé Glioche Béze
Paulo Cerqueira Chagas
Plínio de Sá Martins

Aposentadorias

(Período de 01.01.1997 a 30.06.1997)

Álvaro Hungria Ferreira Pinto
Ana Maria de Andrade Pinheiro
David Borensztajn
Heloísa Helena Pires dos Santos
José Bianchini
Maria da Glória Franco
Neje Hamaty
Regina Célia de Oliveira Calmon
Roberto Abranches
Ronaldo Simão
Ruy Soares Barbosa Júnior

Falecimentos

(Período de 01.01.1997 a 30.06.1997)

Antônio Ricardo dos Santos Neto
José Murad Lasmar
Paulo Antunes de Oliveira

Exonerações (a pedido)

(Período de 01.01.1997 a 30.06.1997)

Carlos Augusto Borges
Flávio Oliveira Lucas
Cintia Souto Machado Ribeiro do Nascimento

Perfil

Caetano Pinto de Miranda Montenegro Neto

Os almoços mensais e as inúmeras iniciativas levadas a cabo pelo Centro de Procuradores têm, dentre todas as felizes realizações da entidade, o mérito adicional de trazerem para o convívio dos colegas vários nomes que marcaram a história do nosso Ministério Público, e que, por um motivo ou outro, se encontravam afastados do contato permanente com os demais companheiros.

A presença constante do Dr. Caetano em todas aquelas oportunidades forneceu-nos o mote para breves considerações sobre a sua figura de profissional e de ser humano, com o objetivo precípuo de lembrar, sobretudo para as novas gerações, quem foi quem, e quem é quem, no contexto de nossa Instituição.

Remontando à tradição, e recuando quase dois séculos, encontraremos, na província de Pernambuco, o nome de Caetano Pinto de Miranda Montenegro dentre os heróicos combatentes pela liberdade do Brasil, ainda garroteada nos estertores da vida colonial (mesmo após a elevação nominal à condição de Reino Unido a Portugal e Algarve), e nos albores do 1º Império, marcado pelo autoritarismo de D. Pedro I.

Nosso caro colega carregou, desde o seu nascimento no então Distrito Federal, a responsabilidade de honrar o nome que lhe foi dado, e, em toda a sua vida, efetivamente o fez. Combateu, é certo, outra espécie de combate, isto é, o da salvaguarda do império da lei e das liberdades do cidadão, destinatário maior de todo o arcabouço jurídico, e o fez, inquestionavelmente, com a mesma pugnacidade do estadista do Leão do Norte do século passado.

Ingressou o Dr. Caetano nos quadros do M.P. do Distrito Federal no ano de 1946, integrando uma turma que marcou época na Instituição, ao lado de Amaro Linhares, Paulo Chermont, Hermano dos Anjos, etc..., permaneceu na linha de combate praticamente um quarto de século, até a antevéspera do limite etário constitucional, e, neste longo período, exercitou, com brilho, sua atuação funcional, tanto na esfera criminal, quanto no âmbito não-penal.

Seus pronunciamentos, invariavelmente calcados em análise minudente dos elementos processuais, tinham, além da argumentação própria e adequada, respaldo de citações doutrinárias e de precedentes jurisprudenciais, pesquisados com enorme acuidade. Por isso, mereciam o prestígio da Magistratura, acatados como fundamento de sentenças e arrestos.

Dentre as inúmeras missões de importância na Instituição, o Dr. Caetano exerceu, de maneira memorável, a função de Assessor (equivalente, *grosso modo*, no organograma de hoje, à de Subprocurador-Geral) do Dr. Arnaldo Wald, que chefiou o Ministério Público da então Guanabara num período extremamente difícil da vida

nacional, ou seja, o que se seguiu, de imediato, ao movimento revolucionário de 1964, quando as pressões - ostensivas ou veladas - atingiam níveis de insuportabilidade. A presença serena, mas firme, do Dr. Caetano naquele posto chave, contribuiu, sem dúvida, para que a gestão Arnaldo Wald entrasse para a história de nossa Casa como uma das mais proficuas e afirmativas de que temos notícia.

Como ser humano, a característica maior de nosso homenageado é a lhanza no trato com todos os que dele se aproximam, independentemente da condição sócio-econômica ou cultural. É, em suma, a figura emblemática do exato conceito do *gentleman* britânico, transplantado para o Sul do Equador.

Nossa "Revista", conceitualmente, é uma publicação de natureza técnica especializada, e, ademais, repositório de todos os assuntos que interessem ao nosso Ministério Público, *y compris* a preservação de nossa memória, e, dentro desta ótica, parece-nos fundamental trazer para o proscênio, como exemplo às novas gerações, aqueles nomes que dignificaram o *Parquet*. Poucos o fizeram como Caetano Pinto de Miranda Montenegro Neto.

David Milech

Procurador de Justiça

Max Gomes de Paiva
(Maximiano José Gomes de Paiva)

O Ministério Público tem sido sempre um celeiro de grandes nomes, que tanto se dedicaram e dignificaram à Justiça e ao Brasil.

Dentre estes, o nome de Max Gomes de Paiva não pode ser omitido.

Foi muito feliz a direção da "*Revista do Ministério Público*" ao criar o "**Perfil**". As novas gerações precisam conhecer a história dos grandes nomes do Ministério Público.

O Dr. Max Gomes de Paiva (Maximiano José Gomes de Paiva), nasceu nesta cidade, em 15 de outubro de 1897, filho do Dr. José Maximiano Gomes de Paiva e Da. Eurydice Freitas Gomes de Paiva.

Desde o berço aprendeu a amar o M.P., pois seu pai foi um dos grandes Promotores, brilhando sempre no Tribunal do Júri, merecendo até menção do grande **Rui Barbosa**. A passagem de pai para filho pela Instituição foi brilhante. O primeiro acabou sendo escolhido por Getúlio Vargas, em lista tríplice, para ser Desembargador do então Distrito Federal.

É um fato curioso ocorreu por ocasião da nomeação. Um jornal de grande circulação da época, ao noticiar o fato, estampou o retrato do filho, ao invés do Dr. José

Maximiano. Tal o brilho do Dr. Max que, atuando nos grandes julgamentos, se tornou muito conhecido do grande público.

Muito jovem, o caráter do Dr. Max insurgiu-se contra os desmandos da República Velha, com seu sistema fraudado de votação, o que levou-o a ingressar no Clube do 3 de Outubro, que visava instalar um novo estado de coisas, onde imperaria a Justiça, terminando com as irregularidades do passado. Sua colaboração foi de tal vulto, que até sua vida correu risco. A Providência Divina preservou-o.

Formado pela Faculdade Livre de Direito, colou grau em 29 de Dezembro de 1917 (com 20 anos), tendo como colegas de turma, dentre outros, os Desembargadores Fernandes Pinheiro, Agenor Rabelo, Florêncio Aguiar de Matos, Guilherme Estelita e Milton Barcelos, Embaixador Rubens de Mello, Delegado Darcy Fróes da Cruz (seu primo) e os advogados Arnaldo Candido de Oliveira, Eduardo Gusmão Alves de Brito, Fernandes Couto, Fernando Nina Ribeiro e Samuel Puentes.

Ingressou no Ministério Público em 15 de fevereiro de 1921, como 5º Promotor Público Adjunto Interino. Após, foi nomeado 2º Promotor Público Adjunto em 23/6/1926. E, em 1933, foi promovido a Promotor Público.

Desde o início de sua carreira destacou-se por sua cultura e inteligência, tendo sido indicado sempre para atuar em processos de grande interesse para a Sociedade.

Nem um infarto de grande extensão, que sofreu em junho de 1944, que muito debilitou o seu grande coração, nem outros males, o impediram de trabalhar até a compulsória, e, tendo ficado de licença para tratamento durante uns poucos meses, ficou alguns anos sem gozar férias, dizendo que assim ressarciria o período em que não trabalhara.

Assim era o Dr. Max, cuidadoso com o trato da coisa pública.

Até 1958, a carreira no Ministério Público terminava nas Curadorias, até que a Lei 3434/7/58 criou as Procuradorias de Justiça. Sendo o Dr. Max um dos primeiros a ser promovido, atuando na 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça.

Um fato ocorrido quando da promulgação da Constituição do Estado da Guanabara (27/3/61) dá bem a dimensão do conceito de Justiça, que o acompanhou por toda vida. Nas Disposições Transitórias, o art. 5º extinguiu o mandato dos então vereadores. Como é natural, interpuseram os mesmos recurso para o Tribunal de Justiça, pois haviam sido eleitos para um período maior que ainda não se extinguiria. Designado para dar Parecer, opinou para que o recurso fosse provido, pois o predomínio da Justiça era o seu propósito maior.

Seu excepcional amor ao trabalho deve nortear a todos nós. Quando sentiu que a compulsória se aproximava, redigiu um projeto de lei, transferindo a idade da aposentadoria obrigatória de 70 para 75 anos, desde que fossem feitos exames periódicos de saúde, para aferir a capacidade intelectual de cada um. Endereçou-o a um ilustre senador, mas, como sempre, o Congresso tinha outros interesses, e o projeto não foi apreciado.

Hoje já o Governo providencia para que a medida se torne lei. Até porque a Medicina evoluiu muito.

Não só na Justiça sua inteligência primava. Sendo esportista em jovem, continuou sempre a se interessar pelos esportes. Foi Presidente do América Futebol Clube. E, em 1948 foi nomeado para o Conselho Fiscal da Administração dos Estádios Municipais, terminando seu mandato como Presidente do Órgão.

O primeiro Código de Futebol foi de sua inspiração e execução, fato que muitos desportistas desconhecem. E, como particularidade, as iniciais dos períodos do mesmo Código, formam o anagrama América Futebol Clube.

Como a sociedade e o governo passaram a dar maior atenção aos esportes, foi criado o Superior Tribunal de Justiça Desportiva, que presidiu até o seu falecimento. Mas, jamais deixou de contrariar o seu clube, quando de qualquer falta cometida.

Quando de seu falecimento, em 1º de julho de 1969, delegações de diversos Estados se fizeram representar. E o Dr. Alberto Moreira da Cunha, que representava o Clube Vasco da Gama, dedicou-lhe comovente poema, que denominou *In Memoriam*.

Como decano do Ministério Público, que o foi por vários anos, assumiu a Procuradoria Geral interinamente antes da posse do saudoso Leopoldo Braga.

Em 15 de setembro de 1967, quando ocorreria a sua aposentadoria compulsória, foi homenageado com um banquete, no qual além das autoridades, estiveram presentes o Presidente do Tribunal de Justiça, o Secretário de Justiça, o Procurador Geral, o representante dos funcionários da Procuradoria, que muito o admiravam, bem como um grande número de colegas.

Poucas vezes se vê tal homenagem a quem sai.

Este é um simples esboço da vida de quem tanto dignificou o Ministério Público. Que sua vida seja sempre um exemplo para o futuro.

Sálua Bunahum

Procuradora de Justiça aposentada

Índice de Autores

Adolfo Borges Filho	
– Responsabilidade civil. Teoria do risco administrativo (Pareceres e Razões)	191
Adolpho Lerner	
– Legítima defesa da honra. Inadmissibilidade em caso de adultério (Pareceres e Razões)	194
Afranio Silva Jardim	
– Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95) (Doutrina)	33
Alcides Martins	
– Eleitoral - Intimação do Ministério Público para recorrer (LC 75/93 - art. 18, II, letra “h”). Embargos de declaração (Pareceres e Razões)	197
Carla Rodrigues de Araújo	
– Algumas questões sobre o Tribunal do Júri (Doutrina)	52
Cláudio Soares Lopes	
– A constitucionalidade do novo artigo 366 do CPP (Doutrina)	56
– Fiança. Exame do <i>thema</i> em caso de concurso material. Mandado de segurança no sentido de obter efeito suspensivo contra a decisão concessiva da caução (Pareceres e Razões)	199
Damásio E. de Jesus	
– Gianpaolo Poggio Smanio (<i>vide</i>)	
– Internet: Cenas de sexo explícito envolvendo menores e adolescentes - Aspectos civis e penais (Doutrina)	59
David Milech	
– Caetano Pinto de Miranda Montenegro Neto (Perfil)	316
Eduardo Slerca	
– A renúncia à representação é irretroatável, pode ser tácita e implica sempre em extinção de punibilidade (Doutrina)	61
Elio Fischberg	
– Imóvel foreiro. Recolhimento de laudêmio (Pareceres e Razões)	204
Fábio Ulhôa Coelho	
– A responsabilidade dos administradores das sociedades por ações (Doutrina)	68
Gianpaolo Poggio Smanio	
– Damásio E. de Jesus (<i>vide</i>)	
– Internet: Cenas de sexo explícito envolvendo menores e adolescentes - Aspectos civis e penais (Doutrina)	59
Helcio Alves de Assumpção	
– A sentença concessiva de alimentos torna certa a filiação e autoriza o	

registro, dispensando a ação de investigação de paternidade (Pareceres e Razões)	207
Humberto Dalla Bernardina de Pinho	
– Pedido de antecipação de tutela - <i>Forum Shopping</i> . Indeferimento (arts. 269, I, CPC, e 37 § 6º da Constituição Federal) (Pareceres e Razões)	209
José dos Santos Carvalho Filho	
– A contradição da Lei nº 8.987/95 quanto à natureza da permissão de serviços públicos (Doutrina)	92
José Roberto Paredes	
– Roubo agravado pelo concurso de pessoas. A subtração da coisa, como fato transeunte, prescinde de apreensão ou perícia para que se tenha como evidenciado o crime. Cálculo de pena. Exame do art. 68, CP (Pareceres e Razões)	220
Laura Cristina Maia Costa Ferreira	
– Pedido de interrupção de gravidez - Anencefalia do feto. Inviabilidade de vida extra-uterina. Deferimento da pretensão (Pareceres e Razões)	224
Lúcia Valle Figueiredo	
– O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento (Doutrina)	97
Luiz Brandão Gatti	
– Crimes de quadrilha e extorsão em cúmulo material. Questões processuais variadas (Pareceres e Razões)	229
Luiz Fabião Guasque	
– Desapropriação (Doutrina)	118
Luiz Sergio Wigderowitz	
– Mandado de segurança sobre matéria institucional. O fato de ser a ação civil pública intentada por um órgão de execução do Ministério Público no primeiro grau não impede, antes exige, a atuação da Procuradoria de Justiça perante o Tribunal (Pareceres e Razões)	239
Marcellus Polastri Lima	
– A Lei nº 9.099/95. Questões controvertidas (Doutrina)	128
Marcelo Pereira Marques	
– Crimes “militares” dolosos contra a vida cometidos contra civil (Lei nº 9.299/96) (Doutrina)	148
Marcos André Chut	
– Aspectos polêmicos da Lei nº 9.271/96 (Doutrina)	153

Marcos Maselli Gouvêa	
– As empresas e o conceito de consumidor (Doutrina)	159
Mendelsohn Erwin K. Cardona Pereira	
– Walberto Fernandes de Lima (<i>vide</i>)	
– O Ministério Público, o crime organizado e a nova ordem processual penal (Doutrina)	179
Paulo Rangel	
– Pequenas considerações sobre a Lei nº 7.960/89 - Dispõe sobre Prisão Temporária (Doutrina)	168
Ronaldo de Medeiros e Albuquerque	
– 30 anos da Revista do Ministério Público (1967-1997) (Noticiário) .	310
– Lei nº 9.099/95. Aplicação dos arts. 88 e 91. Exame dos temas (Pareceres e Razões)	243
Sálua Bunahum	
– <i>Max Gomes de Paiva</i> (Maximiano José Gomes de Paiva) (Perfil)	317
Sergio Demoro Hamilton	
– Crimes dos arts. 180, 297 e 304 do CP. Exclusão do <i>fausum</i> e do uso. Aditamento da inicial para a inclusão de fato novo. Impossibilidade (Pareceres e Razões)	248
– O apelo contra a vontade do réu (Doutrina)	172
Walberto Fernandes de Lima	
– Mendelsohn Erwin K. Cardona Pereira (<i>vide</i>)	
– O Ministério Público, o crime organizado e a nova ordem processual penal (Doutrina)	179

Índice de Assuntos

Aditamento da denúncia

- Crimes dos arts. 180, 297 e 304 do CP. Exclusão da condenação do crime de *falsum* e do uso. Manutenção da condenação pela receptação dolosa. Provimento *parcial* de ambos os recursos. *Aditamento*. Para a inclusão de fato novo o Ministério Público não pode aditar a denúncia mas pode fazê-lo somente para dar ao fato nova definição jurídica que importe na aplicação de pena mais grave. Exclusão da condenação pelo crime aditado. Envio de peças ao Procurador-Geral de Justiça para o processo do fato novo atribuído ao réu, desde que a punibilidade não *está* extinta. Se o agente falsifica e guarda o documento, sem usá-lo, não há crime a punir. Caso em que não há prova de que o réu tenha falsificado ou feito uso do documento falso apreendido. Hipótese em que não há falar, sequer, da ocorrência de dano potencial visto que o documento se encontrava guardado na casa do réu. *Penas*: aumento em relação à receptação, tendo em conta a má conduta social do réu e seus péssimos antecedentes (art. 59 do CP). Regime fechado em razão do disposto no art. 33 § 3º do CP. Diminuição do valor unitário da multa, tendo em vista a modesta situação econômica do acusado (art. 60). Providências judicialiformes a serem tomadas pelo Colégio (**Sergio Demoro Hamilton - Pareceres e Razões**) 248

Alimentos provisionais (pendente ação revisional)

- *Alimentos provisionais requeridos na pendência de ação revisional. Viabilidade. Argüição de nulidade do acórdão recorrido em face de prevenção de outro órgão julgador.*
- 1. Alegação de prevenção, que está a exigir a interpretação e aplicação de norma regimental da Corte local (Súmula nº 399 - STF). Inocorrência, ademais, de incompetência absoluta.
- 2. Imprequestionamento dos temas alusivos aos arts. 267, inc. I, e 295, inc. V, do CPC.
- Não obstante fixada a prestação alimentícia em autos de separação consensual, uma vez cassados os alimentos provisórios pleiteados na ação revisional, por incompatibilidade de rito, não se acha impedida a alimentanda de lançar mão de ação cautelar de alimentos provisionais.
- Recurso especial não conhecido (*Superior Tribunal de Justiça - Quarta Turma - Jurisprudência Cível*) 278

Apelação

- O apelo contra a vontade do réu (**Sergio Demoro Hamilton - Doutrina**) 172

Assuntos (Índice de) 324

Autores (Índice de) 321

Citação por edital	
– Aspectos polêmicos da Lei nº 9.271/96 (<i>Marcos André Chut - Doutrina</i>)	153
Consumidor	
– As empresas e o conceito de consumidor (<i>Marcos Maselli Gouvêa - Doutrina</i>)	159
Criança e adolescente	
– Internet: cenas de sexo explícito envolvendo menores e adolescentes - aspectos civis e penais (<i>Damásio E. de Jesus e Gianpaolo Poggio Smanio - Doutrina</i>)	59
Crime falimentar (trancamento da ação penal)	
– <i>Processual Penal. Penal. Crime falimentar. Ação Penal: trancamento: impossibilidade.</i>	
I - Laudo pericial elaborado pelo Síndico da massa falida, perito contador, com registro no órgão de fiscalização: inoccorrência de nulidade capaz de ensejar o trancamento da ação penal. Ademais, toda a matéria apurada no inquérito, instaurado com base no laudo contábil, pode ser renovada na instrução criminal.	
II- <i>HC indeferido (Supremo Tribunal Federal - Segunda Turma - Jurisprudência Criminal)</i>	255
Crime “militar”	
– Crimes “militares” dolosos contra a vida cometidos contra civil (Lei nº 9299/96) (<i>Marcelo Pereira Marques - Doutrina</i>)	148
Desapropriação	
– Desapropriação (<i>Luiz Fabião Guasque - Doutrina</i>)	118
Devido Processo Legal	
– O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento (<i>Lúcia Valle Figueiredo - Doutrina</i>)	97
Falência (locação)	
– <i>REsp – Comercial – Civil – Falência – Locação – Despejo – Juízo Competente</i>	
– A ação de despejo não é atraída pelo Juízo universal da falência. Aqui, reúnem-se passivo e ativo do falido, a fim de os credores receberem o mesmo tratamento. A ação de despejo tem finalidade e conteúdo diversos (<i>Superior Tribunal de Justiça - Sexta Turma - Jurisprudência Cível</i>)	289
Fiança (em caso de concurso material)	
– Mandado de segurança. Efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito contra decisão concessiva de fiança incabível. Não se concede fiança	

ça quando, em caso de concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão (*Cláudio Soares Lopes - Pareceres e Razões*) 199

Filiação (registro)

- Retificação de assento de nascimento. A sentença concessiva de alimen-
tos, no caso previsto no art. 4º da Lei 883/49, torna certa a filiação
e dispensa, para este fim, a propositura de ação de investigação de
paternidade, autorizando registro (*Helcio Alves de Assumpção - Pare-
ceres e Razões*) 207

Forum Shopping

- Tutela antecipada. Ação de indenização contra o Estado (RJ) por desa-
parecimento de prova judicial causadora de danos materiais e morais.
Incêndio no "Edifício Andorinhas". Alegação de culpa *in vigilando* do
Estado. Pretensão dos autores no objetivo de obter indenização do Es-
tado em razão do desaparecimento de prova que lhes serviria de base
para ingressar nos Estados Unidos da América com ação ressarcitória
em face da *General Electric Company* pelo valor substancialmente mais
elevado das indenizações (*Punitive Damages*). Dano eventual não aco-
lhido pelo ordenamento jurídico pátrio. "Risco integral" desautoriza-
do pela Carta de 1988 (art. 37 § 6º) (*Humberto Dalla Bernardina de
Pinho - Pareceres e Razões*) 209

Furto (privilegiado)

- Penal. *Furto Privilegiado. Furto Qualificado*
- O benefício do § 2º do art. 155 do Código Penal não se aplica à hipóte-
se do § 4º do mesmo dispositivo (Furto Qualificado).
- Precedentes do STF e STJ.
- Recurso especial conhecido, porém improvido (*Superior Tribunal de
Justiça - Sexta Turma - Jurisprudência Criminal*) 275

Gravidez (interrupção)

- Pedido de interrupção de gravidez ante o diagnóstico de anencefalia
apresentada pelo feto. Impossibilidade de vida extra-uterina. Alvará
que se concede a fim de poupar o sofrimento da gestante. A destruição
do embrião ou do feto não pode, em determinados casos, ser considera-
da ilícita. A lição da doutrina e da jurisprudência. Harmonização entre
os direitos da gestante e a proteção da vida do feto, ambos garantidos
em sede constitucional. Causa de justificação que apresenta similitude
com o estado de necessidade. Perigo à saúde psíquica da gestante. O
aborto eugênico. Exame da lei penal. A analogia *in bonam partem*
(*Laura Cristina Maia Costa Ferreira - Pareceres e Razões*) 224

Imóvel foreiro

- Apelação cível. Ação ordinária de nulidade de escritura pública de compra e venda de imóvel foreiro, proposta por sucessora do vendedor contra o comprador, por falta de recolhimento do laudêmio, sem que a enfiteuse tenha sido declarada no título aquisitivo e sem haver o comprador assumido a obrigação de pagamento. Ilegitimidade ativa *ad causam* da sucessora do vendedor. Interesse processual exclusivo da União Federal, se fosse o caso, em decorrência da nulidade alegada. Eficácia remanescente da escritura, entre as partes. Parecer pelo desprovimento do recurso (*Elio Fischberg - Pareceres e Razões*) 204

Juizados Especiais Criminais

- A Lei 9.099/95. Questões controvertidas (*Marcellus Polastri Lima - Doutrina*) 128
- Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95) (*Afranio Silva Jardim - Doutrina*) 33
- Lei 9099/95. Estudo das normas contidas nos arts. 88 e 91. Momento da representação. Matéria de direito processual, tornando impertinente a invocação a tal propósito do art. 5º, nº XL, da Carta Política. Na órbita subconstitucional, o art. 91 da Lei 9099/95 é inaplicável ante a limitação contida no art. 90, que estatui a ultratividade da lei velha. Caso em que a instrução já se iniciara muito antes da vigência da Lei 9099/95, tornando a declaração do ofendido de que não desejava oferecer representação despida de qualquer efeito jurídico. Inocorrência de extinção da punibilidade. No mais, é de ser confirmada a sentença quanto ao mérito, acaso se decida pela não extinção. (*Ronaldo de Medeiros e Albuquerque - Pareceres e Razões*) 243

Júri

- Algumas questões sobre o Tribunal do Júri (*Carla Rodrigues de Araújo - Doutrina*) 52

Júri (homicídio privilegiado-qualificado)

- Penal. Júri. Homicídio privilegiado-qualificado. Possibilidade
 1. Não há incompatibilidade na coexistência de circunstâncias que qualificam o homicídio e as que o tornam privilegiado.
 2. Pode o Júri reconhecer concomitantemente que o réu agiu sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, e que empregou um meio que dificultou ou impossibilitou sua defesa.
 3. Recurso Especial provido (*Superior Tribunal de Justiça - Quinta Turma - Jurisprudência Criminal*) 271

Jurisprudência 253

Legítima defesa da honra

- Apelação. Réu que noticiadamente pilhou sua esposa de madrugada em colóquio com outro homem no interior de um caminhão estacionado nas proximidades de sua residência e, então, assassinou-a com três tiros, um dos quais atingindo-a pelas costas. Reconhecimento pelo Conselho de Sentença de sustentada tese de legítima defesa da honra. Recurso ministerial visando a cassação do veredicto popular por manifestamente afrontoso à prova dos autos. Procedência. “Nem a lei nem a moral asseguram ao marido traído o direito de matar a esposa ou o amante desta. Legítima defesa que, em tese, poderá resultar em privilégio que não conduz à absolvição mas à diminuição da pena. Decisão manifestamente ao divórcio da prova. Provimento da apelação do Ministério Público para que seja o apelado submetido a novo julgamento” (Apelação nº 3819, 1ª Câmara Criminal do TJRJ, rel. Des. Pires de Albuquerque) “Legítima defesa da honra. Novo julgamento pelo Júri. Veredicto sem o mínimo apoio na prova, pois constituindo a honra um atributo pessoal, o pretenso adultério da mulher não pode evidentemente atingir a honorabilidade do marido. Provimento do apelo” (Apelação Criminal nº 12485, 1ª Câmara Criminal do TJRJ, rel. Des. Nicolau Mary Júnior). II - Parecer da Procuradoria de Justiça em comunhão com os precedentes citados que se orienta no sentido do conhecimento e do provimento do apelo ministerial, anulando-se o hostilizado veredicto popular de forma a propiciar a oportuna renovação do julgamento do réu pelo Tribunal do Júri, conhecendo-se também o recurso manifestado pelo réu, mas considerando-o prejudicado por falta de objeto (*Adolpho Lerner - Pareceres e Razões*) 194

Ministério Público

- Mandado de segurança sobre matéria institucional. O Ministério Público tem qualidade para defender suas prerrogativas institucionais em qualquer circunstância e, para tanto, pode valer-se dos remédios cabíveis. O fato de ser a ação civil pública intentada por um órgão de execução do *Parquet* no primeiro grau não impede, ao contrário exige, a atuação da Procuradoria de Justiça com assento perante o órgão jurisdicional de segundo grau a quem caiba apreciar e julgar qualquer recurso oriundo daquela demanda. Impedir essa atuação, além de se constituir em flagrante desrespeito às funções e prerrogativas da Instituição, ofende os mais comezinhos princípios constitucionais que regem a matéria. (*Luiz Sergio Wigderowitz - Pareceres e Razões*) 239
- O Ministério Público, o crime organizado e a nova ordem processual penal. (*Walberto Fernandes de Lima e Mendelsohn Erwin K. Cardona Pereira - Doutrina*) 179

Ministério Público (em matéria eleitoral)

- Intimação do órgão de atuação do Ministério Público para recorrer. Prazo que só começa a fluir após a sua intimação pessoal nos termos do art. 18, inciso II, letra “h” da LC 75/93 e 236 § 2º, CPC) (*Alcides Martins - Pareceres e Razões*) 197

Noticiário 299

Perfil 316

Precatório (crédito de natureza alimentícia)

- *Constitucional. Precatório. Ação Acidentária. Crédito de natureza alimentícia. Constituição, art. 100.*

I – O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn nº 47-SP, ocorrido em 22-10-92, decidiu, por maioria de votos, que a exceção estabelecida no art. 100, *caput*, da Constituição em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa o precatório, mas se limita a isentá-los da observância da ordem cronológica em relação às dívidas de outra natureza.

II – Ressalva do ponto de vista pessoal do relator deste.

III – RE conhecido e provido (*Supremo Tribunal Federal - Segunda Turma - Jurisprudência Cível*) 267

Prefeito (crime cometido por)

- Habeas Corpus. *Crime cometido por prefeito e por secretário municipal de obras (art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67, e arts. 304 e 299 do CP). Competência: art. 29 da Constituição e Súmula 394; coação de relator e de tribunal.*

1. A Constituição transferiu a competência do Juiz singular – para julgamento do Prefeito por crime cometido durante o exercício funcional – ao Tribunal de Justiça (inciso VIII do art. 29 da redação original, que corresponde ao inciso X da redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1992).

Esta disposição sobre competência tem aplicação desde a sua promulgação (5-10-88), atingindo os inquéritos e ações penais então em andamento, bem como os iniciados após a cessação do exercício funcional (Súmula 394).

2. Revisão da jurisprudência desta Corte sobre os crimes comuns previstos no Decreto-Lei nº 201/67, no sentido de que o término do mandato eletivo não põe fim à ação penal já iniciada, nem inibe o seu início (HC nº 70.671-1-PI).

3. Enquanto não apreciada a denúncia do Procurador-Geral da Justiça pelo Órgão colegiado, nem este nem o Relator são os coatores, mas quem a ofereceu.

4. *Habeas Corpus* não conhecido por incompetência desta Corte, reme-

tendo-se os autos ao Tribunal de Justiça (*Supremo Tribunal Federal - Segunda Turma - Jurisprudência Criminal*) 264

Prisão temporária

- Pequenas considerações sobre a Lei nº 7.960/89 - Dispõe sobre prisão temporária. (*Paulo Rangel - Doutrina*) 168

Processo penal (suspensão)

- A constitucionalidade do novo art. 366 do CPP (*Cláudio Soares Lopes - Doutrina*) 56

Quadrilha e extorsão (cúmulo material)

I - Processual Penal - Razões recursais - Controle dos pressupostos de admissibilidade recursal. *Preliminar* de intempestividade na apresentação do arrazoado do 1º r. apelante suscitada pela Promotoria de Justiça. Alegação de todo improcedente. Se o acusado apelou, por termo, nos autos, ao ser pessoalmente intimado da sentença condenatória, a apresentação do arrazoado fora do prazo processual constitui mera irregularidade que não afeta a recepção do inconformismo. Nesse sentido é acalmada a orientação do direito pretoriano. RT 591:331, 574:325; 603:329; 612:295; 617:284; 622:268; 693:329; Jutacrim, 48:282; 54:155; 55:321, etc. É que sem as razões não se tem conhecimento exato da extensão e dos fundamentos da irresignação do apelante, não se podendo, assim, desentranhar a peça recursal: RT, 512:393; 622:268; 693:329, etc. *Preliminar* que deve ser repelida, com a manutenção nos autos da digressão recursal da defesa. **Denúncia - Inépcia - Oportunidade para a alegação.** *Preliminar* de nulidade da denúncia agitada pelas defesas dos r. apelantes, por inépcia da inicial. Inadmissibilidade. Preclusão do direito subjetivo da parte em ver discutida, na Superior Instância, a questão da validade formal da denúncia. De há muito se firmou a jurisprudência da Corte Suprema no sentido de que, depois de proferida a sentença condenatória, não se há de cogitar de denúncia inepta, mas se deverá atacar a sentença a que o vício, se acaso existente, se transmitiu: RTJ, 64:344; 82:136; 88:86; 113:347; 138:807; 139:194; 141:877; 143:594; 144:261; 145:820; 149:518; 151:193; 152:880; 155:864; 157:143. *Preliminar* inconsistente e que demanda rejeição. **Sentença Criminal - Nulidade - Preliminar** de nulidade da sentença levantada pela defesa do 1º r. apelante porque condenado o réu pelo artigo 158 CP, sequer relatado na peça exordial e carente de fundamentação, com transgressão do art. 93, inc. IX, da CF de 1988 e art. 381, inc. III do CPP. Cuida-se de matéria que deverá ser transferida para o exame de fundo do processo, pois, como é de elementar sabença, o Tribunal não decreta nulidade quando decidir, *de meritis*, a favor da parte a quem aproveitaria a alegação. **Precedente:** RTJ 58/

763. *Penal. Crimes de quadrilha e extorsão em cúmulo material.* Réus condenados pelos artigos 288 e 158, c.c. o art. 69, do Código Penal. Apelações objetivando a reforma do decisório para a absolvição dos imputados. A condenação dos r. apelantes pelo crime de quadrilha ou bando - art. 288, CP - é de ser confirmada, mostrando-se incensurável a sentença no ponto de que se trata, porque exsurge da prova dos autos a certeza de que os recorrentes e outros comparsas se uniram em vínculo associativo estável para o cometimento de crimes. Para a configuração do crime do art. 288, do CP, segundo a lição do Excelso Pretório, dispensa-se o exame aprofundado da participação de cada um dos asseclas na ação delituosa. Basta o fato da integração comum na quadrilha para que se configure o acordo em torno do fim comum. (Cf. HC nº 63.609-RJ, 2ª Turma, 17.12.1985, rel. Min. Carlos Madeira, RTJ 116/964). Quanto ao crime de extorsão - art. 158, CP - existe prova suficiente para a condenação tão-somente do 2º r. apelante, com a obtenção por parte desse acusado de indevida vantagem econômica em prejuízo de traficante de tóxicos, com a entrega deste de certa importância em dinheiro para que o acusado deixasse de praticar ato de ofício. No que pertine ao 1º r. apelante, a denúncia não descreve conduta alguma do acusado visando a prática da extorsão, pelo que não poderia constar do processo pela prática dessa infração. Mas de nulidade da sentença não há que se cuidar porque no mérito o que se impõe é absolvição do réu porque não provada a autoria do crime, ou seja, de que ele houvesse concorrido para a infração penal, *ut* artigo 386, inc. IV, do CPP. Ausência completa de prova quanto à participação do 1º r. apelante no delito em referência.

II-Parecer da Procuradoria de Justiça direcionado no sentido da rejeição da preliminar arguida pela Promotoria de Justiça, conhecendo-se do primeiro apelo, rejeitando-se a preliminar de inépcia da denúncia formulada em ambas as irresignações e, quanto ao mérito, pelo provimento parcial do recurso do 1º r. apelante para absolvê-lo do crime previsto no art. 158, do CP, mantida, no mais, a r. sentença contestada, com o desprovimento do apelo do 2º recorrente (*Luiz Brandão Gatti - Pareceres e Razões*) 229

Representação

- A renúncia à representação é irretratável, pode ser tácita e implica sempre em extinção de punibilidade (*Eduardo Slerca - Doutrina*) 61

Responsabilidade civil (dano moral; pessoa jurídica)

- *Responsabilidade civil. Dano moral. Pessoa jurídica*
A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial, cabendo indenização pelo dano extrapatri-

monial daí decorrente.

Recurso conhecido, pela divergência, mas improvido (*Superior Tribunal de Justiça - Quarta Turma - Jurisprudência Cível*)

283

Responsabilidade civil (Teoria do Risco Administrativo)

- Ação de responsabilidade civil. Teoria do Risco Administrativo. Inteligência do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Prova robusta da culpa do preposto da vítima para a ocorrência do evento letal. Inexistência de prova, por parte da empresa, da culpa exclusiva da vítima para o acontecimento. Verbas indenizatórias devidamente fixadas. Reparo apenas no tocante à fixação da honorária advocatícia. Parecer no sentido do **provimento parcial** do recurso tão-somente para a correção desse ônus sucumbencial. (*Adolfo Borges Filho - Pareceres e Razões*)

191

Roubo

- Roubo qualificado pelo concurso de agentes. Subtração no período da manhã, de pacotes de cigarro de diversas marcas pertencentes à Philip Morris. A subtração da coisa, constituindo-se em fato transeunte, prescinde da apreensão ou perícia da *res furtiva* para que se tenha como comprovada, bastando seja provada, por qualquer meio em direito permitido, a sua incontestada existência. A palavra escoteira do apelante não pode prevalecer sobre os testemunhos do motorista do veículo assaltado (que o reconheceu, inequivocamente, em Juízo) e dos detetives que investigaram o caso, que apresentam-se harmônicos e coesos com a realidade fática. No cálculo da pena (art. 68, C.P.), as causas de aumento ou diminuição (3ª etapa) incidem sobre a quantidade da pena resultante da operação anterior, como dispõe, explicitamente, a exposição de motivos da parte geral do Código Penal (item 51) e a doutrina dominante da matéria. Apelo que merece prosperar (*José Roberto Paredes - Pareceres e Razões*)

220

Seguro-saúde

- *Seguro-Saúde. AIDS. Epidemia*

1. A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame, não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado.
2. A interpretação de cláusula contratual, sobre a exclusão de despesas decorrentes de epidemia, está fora do âmbito do recurso especial (Sú-

mula 5)	
Recurso não conhecido (<i>Superior Tribunal de Justiça - Quarta Turma - Jurisprudência Cível</i>)	291
Serviço público (permissão)	
– A contradição da Lei nº 8.987/95 quando à natureza da permissão de serviços públicos (<i>José dos Santos Carvalho Filho - Doutrina</i>)	92
Sociedade por ações	
– A responsabilidade dos administradores nas sociedades por ações (<i>Fábio Ulhôa Coelho - Doutrina</i>)	68

DAUNER Gráfica e Editora Ltda.
 Rua Pedro Álvares Cabral, 118 B
 Tel: 251-0849 e Telex: 203-0283



