





MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ISSN 1413-3873

ISSN 1413-3873

# REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MINISTÉRIO PÚBLICO

Revista do Ministério Público - Nº 1 (Jan./Jun. 1985)  
Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral de Justiça, 1985.  
v. 1, 32 cm.  
Bimestral.  
ISSN 1413-3873  
1. Direito Processual. I. Rio de Janeiro (Estado). Ministério Público.  
CDD 340.81  
9091 - 340.81 - 1 - 1985 - 1 - 1413-3873

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)

**REVISTA  
DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO**

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

# REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

## Apoio

Centro de Estudos Jurídicos

e

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

Coordenador-Executivo do Centro de Estudos Jurídicos

José dos Santos Carvalho Filho

Diretor-Executivo da Fundação Escola do Ministério Público

Aldney Zacharias Peixoto

## Conselho Editorial

Elio Gitelman Fischberg

Hortêncio Catunda de Medeiros

José dos Santos Carvalho Filho

Marcello Maria Domingues de Oliveira

Sergio Demoro Hamilton

Simão Isaac Benjô

Chefe da Seção de Publicação e Distribuição

Janice Lopes Ferreira e Silva

## Secretário

Sérgio Maugé Aragão

## Editoração Eletrônica

Admir de Carvalho Silva

## Impressão

Leon's Silk Screen e Papéis Ltda.

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 31.12.96)**

**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**  
Roberto Abranches

**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 31.12.96)

***Hamilton Carvalho***

**Presidente**

Roberto Abranches

**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 do Ministério Público**  
(Em 31.12.96)

***Hamilton Carvalho***

**Presidente**

Roberto Abranches

**Corregedor-Geral**

**Titulares Eleitos**

**Pelos Procuradores de Justiça**

Mauro Campello  
Ronaldo de Medeiros e Albuquerque  
Dalva Pieri Nunes

**Pelos Promotores de Justiça**

Décio Luiz Gomes  
Elisabeth de Moraes Cassar Ferraz Alves  
Pedro Moreira Alves de Brito

## Procuradores de Justiça

(Em 31.12.96)

Adir Maria de Andrade Equi	Helcio Alves de Assumpção
Adolfo Borges Filho	Heloisa Helena Pires dos Santos
Adolpho Lerner	Heloisa Maria Alcofra Miguel
Alexandre Araripe Marinho	Hugo Jerke
Alma Rubens Alvim de Carvalho	Israel Stoliar
Alvaro Hungria Ferreira Pinto	Jacyr Villar de Oliveira
Anderson Albuquerque de Souza Lima	João Baptista Lopes de Assis Filho
Angelo Moreira Glicho	João Batista Petersen Mendes
Antonio Carlos Coelho dos Santos	João Marcello de Araujo Junior
Antonio Carlos Silva Biscaia	José Antonio Leal Pereira
Antonio Francisco Feteira Gonçalves	José Augusto de Araujo Neto
Antonio Ricardo Binato de Castro	José Bianchini
Antonio Vicente da Costa Junior	José dos Santos Carvalho Filho
Assy Mirza Abranches	José Maria Leoni Lopes de Oliveira
Augusto Dourado	José Roberto Paredes
Beatriz Marilda Alves	Julio Cesar de Sousa Oliveira
Bernardo Buarque Schiller	Katia Costa Marques de Faria
Carlos Antonio da Silva Navega	Kleber Couto Pinto
Carlos Machado Vianna	Laiza de Paula Rossi
Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves	Leny Costa de Assis
Celso Benjó	Leonardo de Souza Chaves
Celso Fernando de Barros	Levy de Azevedo Quaresma
Cezar Romero de Oliveira Soares	Luís Carlos de Araújo
Cristiano Cullen de Sampaio Viana	Luiz Antonio Ferreira de Araújo
Dalva Pieri Nunes	Luiz Brandão Gatti
David Borensztajn	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	Maria Amelia Couto Carvalho
Ertulei Laureano Matos	Maria Cristina Menezes de Azevedo
Evangelina Fontelas Rosado Spinelli	Maria Cristina Pacini de Medeiros e Albuquerque
Fátima Maria Ferreira de Melo	Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Fernando Chaves da Costa	Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Fernando Fernandy Fernandes	Maria Elizabeth Riente Lima
Francisco Antonio Souto e Faria	Maria Lúcia das Chagas Gomes de Sá
Francisco Eduardo Marcondes Nabuco	
Hamilton Carvalhido	

Maria Teresa Moreira Lima	Regina Celi Silva Machado
Marija Yrneh Rodrigues de Moura	Regina Celia de Oliveira Calmon
Marilza Matos Mendes de Borges	Renato Pereira França
Mario Antonio de Carvalho	Roberto Abranches
Mario Robert Mannheimer	Roberto Pontes Dias
Marly de Almeida Leite Perorázio Tavares	Ronaldo de Medeiros e Albuquerque
Mary Virginia Northrup	Ronaldo Simão
Mauricio Caldas Lopes	Rosane Orichio de Siqueira Mello
Mauricio Helayel	Sandra Muniz Melo Ramos Castro
Mauro Campello	Sergio Bastos Viana de Souza
Neje Hamaty	Sergio Demoro Hamilton
Nelma Glória Trindade de Lima	Silvio Ambrosi de Miranda Valverde
Nildson Araújo da Cruz	Suely da Silva Jardim Pylro
Omar Gama Ben Kauss	Thereza de Paula Tavares Henriques
Paolina Leone Candia Hryniewicz	Vanda Menezes Rocha
Paulo Ferreira Rodrigues	Vera de Souza Leite
Paulo Ivan de Oliveira Teixeira	Vera Maria José Rollas
Pedro Moreira Alves de Brito	Victória Siqueiros Soares Le Cocq D'Oliveira
Pedro Nogueira Fontoura	Virgilio Augusto da Costa Val
Raphael Cesario	Vitoria Abi Rihan

### Promotores de Justiça

Adelângela Saggioro Garcia	Ana Cristina Lesqueves Barra
Adelia Barboza de Carvalho	Ana Lucia Abeid Nassar
Adilse de Oliveira Ramos	Ana Lucia da Silva Melo
Adriana Alemany de Araújo	Ana Lucia Sauerbronn Gonçalves
Adriana Bastos Poubel	Ana Maria da Silva Gonçalves
Adriana Miranda Palma	Ana Maria de Andrade Pinheiro
Adriana Ninô Biscaia	Ana Maria Gomes de Castro
Afranio Silva Jardim	Ana Paula Baptista Villa
Alberto Henrique de Pinho Canellas	Ana Paula Cardoso Ferreira de Lima
Albino José da Silva Filho	Ana Paula Petra Lopes de Carvalho
Alda Santarosa Freire Oliveira e Silva	Ana Paula Pontes Cardoso
Alexandra Carvalho Feres	Ana Paula Rodrigues da Rocha
Alexandre Murilo Graça	Ana Paula Vieira de Carvalho
Alexandre Oliveira Tavares	Anabelle Macedo Silva
Alexandre Viana Schott	Anaiza Helena Malhardes Miranda
Alice Anna Louise da Silva	Anamária de Luna Borges Saraiva
Américo Luzio de Oliveira Filho	Anco Marcio Valle
Ana Alice de Belli Antony	André Felipe Alves da Costa Tredinnick
Ana Beatriz Villar da Cunha	Andréa Rodrigues Amin
Ana Carolina Mendes Nogueira Gomes	Angela da Rocha Pombo
Ana Cintia Lazary Serour	Angela Maria Bittencourt Brasil de Araújo
Ana Cristina Augusto Gentil da Silva	Angela Maria Castro Leite de Andrade
Filgueiras	Cordeiro de Matos
Ana Cristina Huth Macedo	Angela Maria Parise Rafidi

Angela Maria Silveira dos Santos  
Angélica Mothé Glioche Gasparri  
Angelo Joaquim Gouvea Neto  
Anik Rebello Assed Machado  
Anna Maria Di Masi  
Annabella Vera Grazia Herczog  
Antonio Borromeu Fernandes  
Antonio Carlos da Graça Mesquita  
Antonio José Campos Moreira  
Antonio José Martins Gabriel  
Antonio Munir Rafidi  
Arci Cavalcanti de Albuquerque Figueiredo  
Ariadne Mitropoulos Esteves Dias  
Arilda Sandra Nunes Rotband  
Astério Pereira dos Santos  
Augusto Vianna Lopes  
Barbara Salomão Spier  
Branca Maria Moreira Alves  
Bruno Ferolla  
Carla da Silva Carvalho  
Carla Rodrigues de Araujo  
Carla Tereza de Freitas Baptista Cruz  
Carlos Alberto Firmo Oliveira  
Carlos Augusto Borges  
Carlos Cicero Duarte Junior  
Carlos Domingues da Venda  
Carlos Eduardo de Miranda Ferraz  
Carlos Roberto de Castro Jatahy  
Carmen Eliza Bastos de Carvalho  
Celso de Andrade Loureiro  
Charles Van Hombeeck Junior  
Christiane Claudia Cardoso Anselmo  
de Faria  
Christiane Menescal Braga Itabaiana Nicolau  
Christiane Monnerat Zéfiro  
Cilas Alves Magalhães  
Cintia Souto Machado de Andrade  
Claudia Baldan Cabral dos Santos  
Claudia Canto Condack  
Claudia Maria Macedo Perlingeiro dos  
Santos  
Claudia Maria Oliveira dos Santos  
Claudia Martins Quaresma Pimentel Batista  
Claudio Calo Souza  
Claudio Henrique da Cruz Viana  
Claudio Soares Lopes  
Claudio Varela  
Conceição Maria Tavares de Oliveira

Concelina Henrique de Souza  
Cristiane Bernstein Seixas  
Cristiane Gonçalo Soares  
Cristina Maria Nogueira de Vasconcelos  
Costa  
Cristina Medeiros da Fonseca  
Daisy Palmieri da Costa  
Daniel Faria Braz  
Darlei Gonçalves Bala  
Debora Maria Barbosa Sarmento  
Delma Moreira Acioly  
Denise Freitas Fabião Guasque  
Denise Muniz de Tarin  
Denise Soares Lopes  
Dennis Aceti Brasil Ferreira  
Dirce Ribeiro de Abreu  
Dolores Maria Ferreira  
Dora Beatriz Wilson da Costa  
Doris de Sá Manzini  
Ecknéa Antonia de Andrade  
Ediléa Gonçalves dos Santos  
Eduardo da Silva Lima Neto  
Eduardo Santos de Carvalho  
Eduardo Slerca  
Edward Carlyle Silva  
Eliane de Lima Pereira  
Elisa Fraga de Rego Monteiro  
Elisa Maria Torelly Santos Rocha  
Elisabete Figueiredo Felisbino Barbosa  
Elisabete Maria Leiras Alvarez  
Elizabeth Carneiro de Lima  
Elizabeth Gomes Sampaio  
Elizabeth José Barreto  
Elizabeth Machado Carneiro  
Ellis Hermydio Figueira Junior  
Elso Vaz  
Emerson Garcia  
Eni Gonçalves Ferreira  
Eugenio Rosa de Araujo  
Fábio Marques Brandão  
Fabiola Lovisi  
Fátima Lucia Alves Ferreira Nunes  
Fátima Pacca de Araujo Winkler  
Felipe Rafael Ibeas  
Ferdinaldo do Nascimento  
Fernanda Campos de Oliveira  
Fernanda Moreira Jorgensen  
Fernando Carlassara de Oliveira

Fernando Galvão de Andréa Ferreira  
Fernando Luiz de Azevedo Costa  
Flávia Araujo Ferrer de Andrade  
Flavia Beiriz Brandão de Azevedo  
Flávia Pereira Novoa  
Flávio Cunha Monteiro de Carvalho  
Flávio Oliveira Lucas  
Francisco Chagas Bruno  
Francisco Franklin Passos Gouvea  
Frederico Alberto Ribeiro Canellas  
Galdino Augusto Coelho Bordallo  
Georgea Marcovechio 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 Eugenio 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  
Helio José Ferreira Rocha  
Heloisa Carpena Vieira de Mello  
Heloisa Maria Daltro Leite  
Homero das Neves Freitas Filho  
Humberto Dalla Bernardina de Pinho  
Iagmar Senna Chelles  
Ida Maria Moulin Alledi  
Ilma de Araujo Barros  
Ines da Matta Andreiuolo  
Ivany Bastos França David  
Ivonise da Costa Feres Caetano  
Izabella Figueira  
Jacqueline Esther Abecassis  
Janaina Marques Correa  
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 Alufzio 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  
José Muiños Piñeiro Filho  
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  
Lea 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  
Leonidas Filippone Farrulla Júnior  
Liana Barros Cardozo de Sant'Ana  
Ligia Portes Santos  
Lilian Moreira Pinho  
Lincoln Antônio de Castro  
Lisangeli Alcantara Erthal Rocha  
Lucia Gloria Bastos Alves de Araújo  
Lucia Maria Lacerda Atalla  
Lucia Maria Teixeira Ferreira  
Lucia Mothé Glicho  
Lucia Neves de Oliveira  
Lucia Ramos Serão  
Luciana Caiado Ferreira

Luciana Maria Vianna Direito  
Luciana Sapha Silveira  
Luciano Lessa Gonçalves dos Santos  
Luciano Oliveira Mattos de Sousa  
Lucio 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 Coq D'Oliveira  
Luiz Gonzaga de Lima Costa Junior  
Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho  
Luiza Lane Ribeiro Godinho  
Manoel Ciriidão Buarque  
Marcellus Polastri Lima  
Marcelo da Costa Bretas  
Marcelo Daltro Leite  
Marcelo de Carvalho Mota  
Marcelo de Lyra Filho  
Marcelo Lessa Bastos  
Marcelo Lima Buhaterm  
Marcelo Pereira Marques  
Marcelo Rocha Monteiro  
Márcia Alvares Pires Rodrigues  
Marcia Colonese Lopes Guimarães  
Márcia Maria Tamburini Porto Saraiva  
Marcia Rodrigues de Oliveira  
Marcia Santos Capanema de Souza  
Marcia Teixeira Velasco  
Marcia Vieira Piatigorsky  
Marcio José Nobre de Almeida  
Marcio Mothé Fernandes  
Marcos André Chut  
Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvêa  
Marcos da Motta  
Marcos Kac  
Marcos Moraes Fagundes  
Marcos Ramayana Blum de Moraes  
Marcus Cavalcante Pereira Leal  
Margaret Motta Ramos  
Margarida Maria Nogueira La Croix  
Maria Amelia Barretto Peixoto  
Maria Aparecida Lamoglia Dias  
Maria Aparecida Moreira de Araújo  
Maria Beatriz Peres Fernandes Câmara  
Maria Celeste Cardoso de Brito Pereira  
Maria Celia 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  
dos Reis  
Maria da Glória Barboza Silva  
Maria da Glória Franco  
Maria da Glória Gama Pereira  
Maria da Glória Guarino de Oliveira  
Maria de Fatima da Rocha Novais  
Maria de Lourdes de Oliveira Ribeiro  
Maria de Lourdes Féo Polonio  
Maria de Nazaré Pires de Souza Martins  
Maria Dionisia Freire Gonçalves  
de Almeida  
Maria do Carmo Machado Ferreira  
Alexandre  
Maria Elisabete Cardoso Antunes da Costa  
Maria Eugenia Andrade de Macedo  
Maria Eugenia Monteiro Cavalcanti  
Maria Helena Cortes 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  
Mario Henrique Mazza  
Mario Luiz Paes  
Mario 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  
Monica dos Santos Cardoso Soares  
Monica Maria Costa Di Piero  
Monica Rodrigues Cuneo  
Nadia de Araújo  
Nedir Machado de Bragança Soares  
Neicy Pereira Lessa  
Nelia 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  
Patricia Leite Carvão  
Patricia Mothé Glioche Béze  
Patricia Silveira da Rosa  
Paula Mello Chagas  
Paulo Cerqueira Chagas  
Paulo Roberto Valim Gomes  
Paulo Sergio Rangel do Nascimento  
Paulo Yutaka Matsutani  
Pedro de Oliveira Coutinho  
Pedro Elias Erthal Sanglard  
Plinio de Sá Martins  
Regina Buaiz  
Regina Ghiaroni  
Regina Lucia Natal de Carvalho  
Regina Lucia Xavier  
Regina Olivia da Rocha Werneck  
Renata Machado Cotta Buhatem  
Renata Maria Cabo de Miranda  
Renata Silveira França  
Renato Lisboa Teixeira Pinto  
Rohemara dos Santos Carvalho Arce  
dos Santos  
Ricardo Alcantara 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  
Rogerio Carlos Scantamburlo  
Rogerio Lima Sá Ferreira  
Rogério Pacheco Alves  
Romero Lallemand Lyra  
Rosa Maria dos Reis Parise  
Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro  
Rosangela Carrozzino Canellas  
Rosani da Cunha Gomes  
Rubem José Bastos Vianna  
Ruy Soares Barbosa Júnior  
Sandra Maria Torres de Mello Scassa  
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva  
Sebastião Fador Sampaio  
Sergio Antonio de Carvalho  
Sergio Livio Pereira Pinto  
Sergio Nogueira de Azeredo  
Sergio Roberto Ulhoa Pimentel  
Sheila Cristina Vargas Ferreira  
Silvana Gonzales de Fabritiis  
Silvia Liz Xavier Dell'Ome  
Silvia Maria Castelo Branco de Siqueira  
Silvio José Castellões Maisonnette  
Simone Benício Ferolla Guida  
Simone de Lima e Silva Rossi  
Simone Domingues Coachman  
Somaine Patrícia Cerruti Lisboa  
Sonia Maria Rocha e Silva  
Sonia Simões Correa Fortes  
Soraya Taveira Gaya  
Sueli Carreira da Silva  
Sumaya Therezinha Helayel  
Taciana Dantas Carpilovski  
Talma Prado Castello Branco Júnior  
Tania Castro Góes  
Tania Faria Torres Lana  
Tania Maria Salles Moreira  
Tereza Cristina Branco Alves  
Theobaldo Lisboa  
Thereza Christina Bastos de Menezes  
Valeria Videira Costa  
Valério Teixeira Nascimento  
Vania Lucia Borsotto Machado Monteiro  
Vania Maria Carrano Benjô  
Vera Lucia de Sant'Anna Gomes

Vera Lucia Fernandes Delgado  
Vera Regina de Almeida  
Veronica Elisa Rosa Aguiar  
Vicente Ferreira de Arruda Coelho Filho  
Victor Rogério Magalhães de Sá e Melo  
Victor Santos Queiroz  
Virgilio Panagiotis Stavridis  
Virginia de Barros Moreira

Viviane Tavares Henriques Ladeira  
Walberto Fernandes de Lima  
Waldemiro José Tróculo Junior  
Walter de Oliveira Santos  
Wania Helena Valle Ayres Fontes  
Wilsea Gaspar Fernandes  
Wilson de Pontes Cardoso  
Zelia Salles de Vasconcelos

## Membros do Ministério Público Especial

Delja Marúcia Palhares Ruthenio de Paiva  
Horácio Machado Medeiros  
Julio Lambertson Rabello  
Paulo Roberto Canettieri

## Membros Inativos

(Em 31.12.96)

Ada Buksman  
Affonso Alipio Pernet de Aguiar  
Agenor Teixeira de Magalhães  
Alberto Canellas  
Alberto Lirio do Valle  
Albino Angelo Santarossa  
Alcizio Dardeau de Carvalho  
Aldegy do Nascimento  
Aldney Zacharias Peixoto  
Alexandre Arbach  
Alexandre Dematey Camacho  
Aluizio de Freitas Autran Dourado  
Álvaro Duncan Ferreira Pinto  
Álvaro Homero Xavier de Brito Martins  
Baptista  
Amilcar Furtado de Vasconcelos  
Ana Maria de Almeida Nogueira  
Ana Maria de Resende Chaves  
Ana Maria Gattás Bara  
Ana Maria Goldemberg  
Ana Maria Schmidt  
Anatolio Wainstok  
Anna Affonso Deleceav  
Anthero da Silva Gaspar  
Antonio Augusto de Vasconcelos Neto  
Antonio Carlos da Fonseca Passos  
Antonio Carlos Martins  
Antonio Claudio Bocayuva Cunha

Antonio Luiz Guimarães de Oliveira  
Antonio Ricardo dos Santos Neto  
Antonio 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 Montauray Pimenta  
Carlos Eduardo Costa Silva  
Carlos Magno Maia Przewodowski  
Célia de Araújo Costa  
Celso Peçanha  
Ceres Feijó  
Cezar Augusto de Farias  
Claudio Ramos  
Cristina Maria dos Santos Caetano da Silva

Cypriano Lopes Feijó  
Daisy Monnerat dos Santos Silva  
Danilo Domingues de Carvalho  
Dário Michéli Gadêlha  
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  
Edila Davies de Moura  
Edilon Miranda de Oliveira  
Edmo Rodrigues Lutterbach  
Edson Affonso Guimarães  
Eduardo Othelo Gonçalves Fernandes  
Eduardo Pinto Martins  
Eduardo Valle de Menezes Côrtes  
Ekel Luiz Servio de Souza  
Eládio de Carvalho Werneck  
Elcio de Souza Chrysóstomo  
Eloysio Vieira de Almeida  
Emanuel Roberto de Nora Serra  
Emyr Pereira da Silva  
Enos da Costa Palma  
Eugenio Carvalho do Nascimento Filho  
Evandro Barbosa Steele  
Evandro Ramos Lourenço  
Everardo de Góes Fischer  
Everardo Moreira Lima  
Ferdinando José Bianchini Latgé  
Fernando Araripe de Moraes Quadros  
Fernando José Pessoa da Silva  
Fernando Lucio Lagoeiro de Magalhães  
Fernando Paciello  
Flavio Curi Vitari  
Francisco das Neves Baptista  
Francisco de Oliveira  
Francisco Eugenio Freire Moraes  
Francisco Gil Castello Branco  
Francisco Habib Otoch  
Francisco José Vaz  
Francisco Massá Filho  
Gabriel Villela Junior  
Gastão Lobão da Costa Araujo  
Gastão Menescal Carneiro  
Gelcy Migon Pinto de Oliveira  
Geraldo di Biase  
Geraldo Freitas Caldas  
Geraldo Mattos Maia  
Gerardo Rangel dos Santos  
Gerson Nicacio Garcia  
Gevan de Carvalho Almeida  
Gilberto Machado Simões  
Guy Benigno Brasil  
Hamilton Xavier  
Hédel Luís Nara Ramos  
Heitor Costa Junior  
Heitor Pedrosa Filho  
Helio Cesar Penna e Costa  
Helio Zagherro Gama  
Heloisa Helena Gomes Barboza  
Henrique Ernesto Claudio Dagna  
Henrique Nogueira da Costa  
Hermesinda Oliveira Cavalcante da Rocha  
Hilton Massa  
Hisashi Kataoka  
Homero das Neves Freitas  
Hortêncio Catunda de Medeiros  
Hugo Gonçalves Roma  
Inácio Nunes  
Irenice Nunes Azevedo Lima  
Iris Gameiro Seiffert  
Itala Cremer  
Ivan Anatócles da Silva Ferreira  
Ivan Rezende Pereira Leal  
Ivonildes Luiz Altino de Lima  
Jackson Lopes Correa  
Jarcléa Pereira Gomes  
Jayme Duarte Vieira  
Jefferson Machado de Góes Soares  
João Baptista Storduto de Carvalho  
João Carlos de Miranda Freire  
João Rodrigues de Oliveira  
Joaquim Alfredo Ribeiro Mariano  
Joaquim Armindo Thomaz  
Joaquim Borges Valadão Filho  
Jocymar Dias de Azevedo  
Jorge Alonso Ferraço  
Jorge Armando Figueiredo Enne  
Jorge Euclides Pereira Ninho  
Jorge Ibraim Salluh  
Jorge Joaquim Lobo  
Jorgê Vacite Filho

José Araujo dos Santos  
José Carlos da Cruz Ribeiro  
José da Silveira Lobo  
José Dias Barroso  
José Diniz Pinto Bravo  
José Francisco Basilio de Oliveira  
José Francisco de Martino  
José Ivanir Gussem  
José Murad Lasmar  
José Perelmiter  
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 Junior  
Leoncio de Aguiar Vasconcelos  
Leonel dos Santos  
Licio de Oliveira Araujo  
Lilia Izaguirre de Toledo Malta  
Liliane Chaves de Castro Magalhães  
Lourdes Gamba  
Lourineide de Arruda Xavier  
Lucia Maria Cuiñas da Cunha  
Lucy Lopes Kratz  
Luis Fernando Ribeiro Matos  
Luiz Almeida do Valle  
Luiz Antonio Pacca Campos Mello  
Luiz Carlos Rodrigues da Costa  
Luiz Carlos Vivas Vieira  
Luiz de Araujo Braz  
Luiz Facca  
Manoel Geraldo Areunete  
Marcello Maria Domingues de Oliveira  
Marcelo Antonio de Meneses Oliveira  
Marcos Mizrahi  
Maria do Carmo Alves Garcia  
Maria Eliza de Proença Hingst  
Maria Lenigia Rocha Pires de Carvalho  
Maria Suzane Chaves Meireles  
Mariana de Oliveira  
Marilene Gomes Fernandes  
Marilia Bulhões dos Santos Carneiro  
Mario Carrilho da Fonseca e Silva

Mario de Carvalho Pereira  
Mario Ferreira dos Reis  
Mario Portugal Fernandes Pinheiro  
Mario Tobias Figueira de Mello  
Mario Tobias Figueira de Mello Filho  
Mariza Clotilde Villela Perigault  
Marlene Cardoso Gonzales  
Marly Martin Mazzuchelli  
Mauricio Parreiras Horta  
Mauricio 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  
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  
Octavio Freitas  
Olegário Maciel Cólly  
Onédio 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 Araujo  
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 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 Bernardes Barroso  
Roberto Ribeiro França  
Rodolpho Antonio Avena  
Ronaldo Tostes Mascarenhas  
Rosa Déa Veiga da Silva  
Ruth Sarah Hirschfeldt  
Sálua Bunahum  
Santos Levy  
Sávio Soares de Sousa  
Sebastião de Almeida Parente  
Sergina Mello  
Sergio Castanheira  
Sergio de Andréa Ferreira  
Sergio Zetterman

Simão Isaac Benjó  
Sonia Maria Moret Freire Lourenço  
Sonia Maria Ribeiro Valle Acioli  
Stenio Lutgardes Neves  
Sylvio Tito Carvalho Coelho  
Telius Alonso Avelino Memória  
Themístocles de Faria Lima  
Theodoro Arthou  
Ugo Soares Pinheiro Chagas  
Ulysses Leocadio  
Vera Maria Barreira Jatahy  
Vera Maria Florencio Berto  
Vicente Silvio Ferreira do Nascimento  
Waldir Novelino  
Waldy Genufno de Oliveira  
Wander Cezar 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 31.12.96)

**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

Desig. - Vera Maria José Rollas

**1ª Câmara Cível**

**1ª Procuradoria**

Titular - Ertulei Laureano Matos

**2ª Procuradoria**

Titular - Décio Luiz Gomes (PGJ)

Desig. - Luiz Otávio de Freitas

**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. - Elaine Costa da Silva

**3ª Procuradoria**

Titular - Celso Fernando de Barros (PGJ)

Desig. - Alvaro Hungria Ferreira Pinto

**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. - Neje Hamaty

**2ª Procuradoria**

Titular - Carlos Machado Vianna

**3ª Procuradoria**

Titular - Roberto Abranches (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. - Maria Teresa Moreira Lima

**3ª Procuradoria**

Titular - José Maria Leoni Lopes de Oliveira

**6ª Câmara Cível**

**1ª Procuradoria**

Titular - Renato Pereira França (PGJ)

Desig. - Paolina Leone Candia Hryniewicz

**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 Benjó

**3ª Procuradoria**

Titular - Evangelina Fontelas Rosado

Spinelli

**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

Desig. - Vera Maria José Rollas

**10ª Câmara Cível**

Desig. - Maria Elizabeth Riente Lima

Desig. - Heloisa Maria Alcofra Miguel

Desig. - Rosane Orichio de Siqueira Mello

Desig. - Vera Maria José Rollas

**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 - Virgílio Augusto da Costa Val

**4ª Procuradoria**

Titular - Leny Costa de Assis (PGJ)

Desig. - Maria Carmo dos Santos Casa

Nova

**2ª Câmara Criminal (e Seção Criminal)****1ª Procuradoria**

Titular - Mary Virginia Northrup

**2ª Procuradoria**

Titular - Victória Siqueiros Soares Le Cocq

D'Oliveira (PGJ)

Desig. - Antonio Carlos Coelho dos Santos

**3ª Procuradoria**

Titular - Adir Maria de Andrade Equi

**4ª Procuradoria**

Titular - Antonio Francisco Feteira

Gonçalves (Lic. Esp.)

Desig. - Celma Pinto Duarte de Carvalho

Alves

**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

**4ª Procuradoria**

Titular - Sergio Demoro Hamilton (PGJ)

Desig. - Luiz Roberto Saraiva Salgado

**4ª Câmara Criminal (e Seção Criminal)****1ª Procuradoria**

Titular - Luiz Brandão Gatti

**2ª Procuradoria**

Titular - Adolpho Lerner

**3ª Procuradoria**

Titular - Antonio Carlos Silva Biscaia

**4ª Procuradoria**

Titular - Mauro Campello

## Tribunal de Alçada Cível

### 1ª Câmara (Órgão Especial)

#### 1ª Procuradoria

Titular - Ronaldo Simão

#### 2ª Procuradoria

Titular - João Batista Petersen Mendes (Afast.)

Desig. - Ronaldo Simão

Desig. - David Milech

#### 3ª Procuradoria

Titular - David Milech

### 2ª Câmara (2º Grupo)

#### 1ª Procuradoria

Titular - Hugo Jerke (PGJ)

Desig. - Sandra Muniz Melo Ramos Castro

#### 2ª Procuradoria

Titular - Augusto Dourado

#### 3ª Procuradoria

Titular - José Antonio Leal Pereira

### 3ª Câmara (Órgão Especial)

#### 1ª Procuradoria

Titular - José Bianchini (Lic. Esp.)

Desig. - Marilza Matos Mendes de Borges

#### 2ª Procuradoria

Titular - Mario Antonio de Carvalho (PGJ)

Desig. - Israel Stoliar

#### 3ª Procuradoria

Titular - Laiza de Paula Rossi (PGJ)

Desig. - Marilza Matos Mendes de Borges

Desig. - Israel Stoliar

### 4ª Câmara (4º Grupo)

#### 1ª Procuradoria

Titular - Alma Rubens Alvim de Carvalho

#### 2ª Procuradoria

Titular - Elisabeth de Moraes Cassar

Ferraz Alves (PGJ)

Desig. - Alma Rubens Alvim de Carvalho

Desig. - Nildson Araújo da Cruz

#### 3ª Procuradoria

Titular - Nildson Araújo da Cruz

### 5ª Câmara (Órgão Especial)

#### 1ª Procuradoria

Titular - Heloisa Helena Pires dos Santos (Lic. Méd.)

Desig. - Kleber Couto Pinto

#### 2ª Procuradoria

Titular - Sergio Bastos Viana de Souza (PGJ)

Desig. - Beatriz Marilda Alves

#### 3ª Procuradoria

Titular - Edilma Raposo dos Santos Engels

### 6ª Câmara (3º Grupo)

#### 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 (Órgão Especial)

#### 1ª Procuradoria

Titular - Adolfo Borges Filho

#### 2ª Procuradoria

Titular - Maria Amelia Couto Carvalho (PGJ)

Desig. - Leonardo de Souza Chaves

#### 3ª Procuradoria

Titular - Regina Celi Silva Machado

### 8ª Câmara (1º Grupo)

#### 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 (Férias)

Desig. - José Roberto Paredes

#### 4ª Procuradoria

Titular - Vago

Desig. - Marlene Cardoso Gonzales

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

#### 1ª Procuradoria

Titular - Vago

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

#### 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 Lúcia das Chagas Gomes de Sá

### 4ª Câmara

#### 1ª Procuradoria

Titular - Fernando Chaves da Costa (PGJ)

Desig. - Paulo Ivan de Oliveira Teixeira

#### 2ª Procuradoria

Titular - Assy Mirza Abranches

#### 3ª Procuradoria

Titular - Julio Cesar de Sousa Oliveira

#### 4ª Procuradoria

Titular - Vera de Souza Leite (PGJ)

Desig. - Suely da Silva Jardim Pylro

## 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 Araujo Junior

#### 5ª Procuradoria

Titular - Angelo Moreira Glioche (PGJ)

#### 6ª Procuradoria

Titular - Roberto Pontes Dias

### 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 31.12.96)**

**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 Amaral Fonseca Lobo  
Marly Macedônio

**Tribunal de Alçada Criminal**

Giuseppe Italo Brasilino Vitagliano

Telma Musse Diuana

# Tribunais do Poder Judiciário

## Tribunal de Justiça

1. Presidente	1. Presidente
2. Desembargadores	2. Desembargadores
3. Promotores	3. Promotores
4. Juizes	4. Juizes
5. Advogados	5. Advogados
6. Funcionários	6. Funcionários
7. Procuradores	7. Procuradores
8. Escrivães	8. Escrivães
9. Carteiros	9. Carteiros
10. Outros	10. Outros

## Tribunal de Alçada Civil

1. Presidente	1. Presidente
2. Desembargadores	2. Desembargadores
3. Promotores	3. Promotores
4. Juizes	4. Juizes
5. Advogados	5. Advogados
6. Funcionários	6. Funcionários
7. Procuradores	7. Procuradores
8. Escrivães	8. Escrivães
9. Carteiros	9. Carteiros
10. Outros	10. Outros

## Tribunal de Alçada Criminal

1. Presidente	1. Presidente
2. Desembargadores	2. Desembargadores
3. Promotores	3. Promotores
4. Juizes	4. Juizes
5. Advogados	5. Advogados
6. Funcionários	6. Funcionários
7. Procuradores	7. Procuradores
8. Escrivães	8. Escrivães
9. Carteiros	9. Carteiros
10. Outros	10. Outros

## Tribunal de Contas

1. Presidente	1. Presidente
2. Desembargadores	2. Desembargadores
3. Promotores	3. Promotores
4. Juizes	4. Juizes
5. Advogados	5. Advogados
6. Funcionários	6. Funcionários
7. Procuradores	7. Procuradores
8. Escrivães	8. Escrivães
9. Carteiros	9. Carteiros
10. Outros	10. Outros

## SUMÁRIO

### DOCTRINA

<b>Afranio Silva Jardim</b> - Os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública nos Juizados Especiais Criminais .....	33
<b>Angela Centurion Abranches</b> - Dois pesos e duas medidas .....	36
<b>Arnoldo Wald</b> - A definição do controlador na liquidação extrajudicial e em processos análogos .....	38
<b>Damásio E. de Jesus</b> - Revelia e prescrição penal .....	53
<b>Ellen Gracie Northfleet</b> - Ainda sobre o efeito vinculante .....	59
<b>Hugo Nigro Mazzilli</b> - Questões controvertidas do inquérito civil .....	61
<b>João Marcello de Araujo Junior</b> - Crime de Cartola (corrupção e abuso do poder de legislar) .....	87
<b>Jorge Lobo</b> - Observações sobre a teoria da responsabilidade objetiva .....	94
<b>José Carlos Barbosa Moreira</b> - A Constituição e as provas ilicitamente obtidas .....	101
<b>José dos Santos Carvalho Filho</b> - Regime jurídico dos atos administrativos de confirmação e de substituição .....	115
<b>Juarez Tavares</b> - Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos .....	123
<b>Luís Roberto Barroso</b> - Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional .....	160
<b>Paulo Cezar Pinheiro Carneiro</b> - Ação Civil Pública: instrumento para o controle das cláusulas contratuais abusivas .....	176
<b>Paulo Rangel</b> - Interesse e legitimidade para recorrer no processo penal .....	182
<b>Paulo Roberto de Azevedo Freitas</b> - O novo regime jurídico da união estável. A ab-rogação da Lei nº 8971/94 pela Lei nº 9278/96 .....	191
<b>Sergio Demoro Hamilton</b> - Exame de corpo de delito - Realidade e Mito .....	196

### PARECERES E RAZÕES

- Furto tentado. Redução da pena tomando por base o <i>iter criminis</i> percorrido pelo agente e não os antecedentes do acusado ( <b>Adolfo Borges Filho</b> ) .	209
- Recurso em sentido estrito. Provimento. Denúncia rejeitada com base em convencimento pessoal do magistrado de que na diligência policial se teriam violado as exigências do art. 5º, incisos XI e LVI da Constituição Federal. Presunção <i>iuris tantum</i> de idoneidade dos atos emanados dos agentes da autoridade ( <b>Adolpho Lerner</b> ) .....	212

– Aplicação da regra do art. 600 § 4º, CPP, em matéria eleitoral. Possibilidade (Alcides Martins) .....	218
– Recurso Especial. Direito de visitação. Interesse dos menores justaposto ao dos pais. Ausência de prequestionamento (Edmundo José Anjo Coutinho) .....	220
– Mandado de segurança impetrado por usuário e por associação civil integrada por usuários de transporte coletivo intermunicipal. Interesse difuso dos usuários presente. Legitimação para mandado de segurança coletivo e individual (Elio Gitelman Fischberg) .....	222
– Recurso Extraordinário. Ministério Público. Legitimidade concorrente para a prática de atos na persecução penal. Inexistência de monopólio da Polfícia Judiciária para a investigação penal (Helcio Alves de Assumpção) .....	227
– Recurso Administrativo. Desvio de finalidade da Administração. Inobservância do princípio da proporcionalidade punitiva (José dos Santos Carvalho Filho) .....	232
– Revisão Criminal. Homicídio culposo. Nova prova (parecer técnico) produzida 10 anos após o evento, sem ser contraditada pelo Ministério Público, não pode prevalecer sobre exame de local realizado poucas horas após o evento. A prescrição da condenação em sede de revisão só pode ser declarada após a recusa da pretensão pelo Juízo <i>a quo</i> (José Roberto Paredes) .....	235
– Apelo contra a vontade do réu. Conhecimento. Prevalência da manifestação recursal levada a efeito pela defesa técnica (Luiz Brandão Gatti) .....	240
– Responsabilidade civil das estradas de ferro por danos causados a seus usuários. Dano moral. Indenização (Marcos Maselli Gouvêa) .....	245
– Estelionato na modalidade de alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria (art. 171 § 2º, II, CP). Inocorrência (Mario Henrique Mazza) .....	249
– Acidente do trabalho. Recurso do Ministério Público. Legitimidade. Conhecimento e provimento. Prestações atrasadas. Pagamento de créditos em fila de precatório. Inobservância (Nildson Araújo da Cruz) .....	252
– Dano material e moral resultante de morte. Indenização. Inteligência do art. 5º, inciso V, da Constituição Federal (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro) .....	262
– Regime prisional. Regressão cautelar em caso de fuga de preso. Possibilidade (Pedro Moreira Alves de Brito) .....	266
– Nulidade por vício da citação ou, se superada, da sentença por violação dos cânones formais do <i>decisum</i> . Redução da sanção penal com a conseqüente declaração de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva (Ronaldo de Medeiros e Albuquerque) .....	273

- Recurso Especial. Ministério Público. Legitimidade concorrente para a prática de atos na persecução penal. Inexistência de monopólio da Polícia Judiciária para a investigação penal (**Sergio Demoro Hamilton**) ..... 278
- Argüição de Inconstitucionalidade. Violação ao art. 145 da Constituição Federal (**Simão Isaac Benjó**) ..... 286

## **JURISPRUDÊNCIA**

### *Superior Tribunal de Justiça*

#### *Jurisprudência Criminal*

- *Processual Penal. Recurso do Ministério Público. Prazo. Termo inicial.* Havendo divergência de datas entre a certidão genérica do Cartório, referente à intimação da sentença ao Promotor, e a data do “ciente”, na própria sentença, aposto pelo representante do Ministério Público, prevalece esta última. Em matéria de recurso, na dúvida, decide-se em favor da sua admissibilidade, em conseqüência do princípio da pluralidade dos graus de jurisdição. Recurso especial conhecido e provido (**Quinta Turma**) ..... 295
- *Processual Penal. Habeas Corpus. Homicídio. Prisão preventiva: ordem pública e aplicação de lei penal. Falta de fundamentação substancial, uma vez que não se pode confundir estardalhaço causado pela imprensa, em virtude do inusitado crime, com os reais motivos para o decreto prisional. Ordem concedida.*
  - I - O paciente, jovem primário e de bons antecedentes, matou a tiros uma garota de programa que estaria com AIDS. O diálogo que precedeu o acontecido foi registrado num gravador. O homicida apresentou-se espontaneamente à polícia. O fato repercutiu na imprensa nacional. Mediante representação do delegado, o juiz decretou sua prisão para “garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação de lei penal.”
  - II - Não se pode confundir “ordem pública” com o “estardalhaço causado pela imprensa pelo inusitado do crime”. Como ficar em liberdade é a regra geral, deveria o juiz justificar substancialmente a necessidade de o paciente ficar preventivamente preso. Não basta invocar, de modo formal, palavras abstratas do art. 312 do CPP.
  - III - Ordem concedida (**Sexta Turma**) ..... 298
- *HC - Promotor de Justiça como autoridade coatora - Competência originária do TJ para apreciar HC.* A teor do art. 74 - IV da Constituição do Estado de São Paulo combinado com o art. 96, III, da Constituição Federal, a competência originária para julgar *habeas corpus*, em sendo a autoridade coatora Promotor Público, é do Tribunal de Justiça estadual.
  - Ordem concedida (**Quinta Turma**) ..... 304

- *Constitucional e Processual Penal. Habeas Corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que “são inadmissíveis... as provas obtidas por meio ilícito”, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da “atualização constitucional” (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da “razoabilidade” (reasonableness). O “princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas” (exclusionary rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada (Sexta Turma)..* 306
- *Processual Penal. Representação. Arquivamento. Assentada jurisprudência do Tribunal sobre a legalidade do arquivamento de representação criminal, determinado pelo Procurador-Geral a quem caiba decidir, em última instância, quanto à propositura da ação penal (Quinta Turma) .....* 313

### **Jurisprudência Cível**

- *Civil. Testamento público. Anulação.*
  1. Manuscrito desprovido da necessária formalidade não possui o condão de revogar testamento anterior, lavrado com observância das solenidades legais.
  2. As testemunhas impedidas de participarem do ato são as resultantes de parentesco por consangüinidade; não, as por afinidade.
  3. Ausência de contrariedade à lei federal.
  4. Dissídio jurisprudencial improvado.
  5. Recurso especial não conhecido (Quarta Turma) .....

317
- *Execução. Bem de família. Ao imóvel que serve de morada às embargantes, irmãs e solteiras, estende-se a impenhorabilidade de que trata a Lei 8.009/90 (Quarta Turma) .....* 326
- *Concubinato. Pedido de sua dissolução. Direito de partilhar bens (meação). Comunhão limitada ou parcial. Em tal regime, comunicam-se os bens adquiridos na constância do matrimônio. Mas são excluídos da comunhão, “Os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação ou por sucessão”. Não é legítimo nem legal tenha o concubinato tratamento diverso. É de lhe ser dado trata-*

mento igual ao do casamento, uma vez aplicado o regime da comunhão limitada ou parcial, donde deverem ser excluídos da comunhão, portanto não sujeitos à meação, os bens que como tais foram herdados. Cód. Civil, art. 269-I. Recurso especial conhecido e provido em parte (**Terceira Turma**) ..... 328

*Administrativo. Processual Civil. Ação Civil Pública. Competência da Justiça Estadual. Litisconsórcio ativo. Órgãos do Ministério Público Federal e Estadual. Inadmissibilidade.*

Em sede de ação civil pública, na qual se discute questão administrativa do âmbito da Secretaria de Segurança do Estado do Ceará, assunto cujo exame compete à Justiça Estadual, não há como se conceber a admissão do MP Federal no pólo ativo da demanda, em litisconsórcio com o MP Estadual. Recurso desprovido (**Sexta Turma**) ..... 337

## **NOTICIÁRIO**

- Eleição para escolha do Procurador-Geral de Justiça .....	345
- Renovado o Conselho Superior do Ministério Público .....	345
- Novos Procuradores de Justiça .....	345
- Homenagem aos novos Procuradores de Justiça .....	346
- Solenidade de Vitaliciamento de Promotores de Justiça .....	350
- Nova Diretoria da FEMPERJ .....	350
- Colar do Mérito do Ministério Público .....	351
- Ampliadas e reformadas as instalações da FEMPERJ .....	351
- Posse da Diretoria e do Conselho Deliberativo da AMPERJ .....	351
- Missa em memória dos colegas falecidos .....	352
- Aposentadorias .....	353
- Exonerações .....	353
- Falecimentos .....	353

**LISTA DE ANTIGÜIDADE** ..... 355

**ÍNDICE DE AUTORES** ..... 363

**ÍNDICE DE ASSUNTOS** ..... 367

1. A Comissão de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal, criada em 1994, teve como objectivo principal a análise da situação financeira e económica do Banco de Portugal, bem como a avaliação da sua gestão e da sua capacidade de cumprir as obrigações assumidas.

2. O presente relatório apresenta os resultados da investigação efectuada pela Comissão de Inquérito, bem como as conclusões a que chegou.

3. O objectivo principal da presente investigação foi a análise da situação financeira e económica do Banco de Portugal, bem como a avaliação da sua gestão e da sua capacidade de cumprir as obrigações assumidas.

4. A Comissão de Inquérito realizou uma série de reuniões com os membros do Conselho de Administração do Banco de Portugal, bem como com os membros da Direcção-Geral do Banco de Portugal, para obter informações sobre a situação financeira e económica do Banco de Portugal.

5. Os resultados da investigação são apresentados no presente relatório, bem como as conclusões a que chegou a Comissão de Inquérito.

**ÍNDICE**

- Índice de Assuntos ..... 1
- Índice de Actores ..... 2
- Índice de Acto de Inquérito ..... 3
- Novo Director do BEMERU ..... 4
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 5
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 6
- Novo Director do BEMERU ..... 7
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 8
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 9
- Novo Director do BEMERU ..... 10
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 11
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 12
- Novo Director do BEMERU ..... 13
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 14
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 15
- Novo Director do BEMERU ..... 16
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 17
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 18
- Novo Director do BEMERU ..... 19
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 20
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 21
- Novo Director do BEMERU ..... 22
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 23
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 24
- Novo Director do BEMERU ..... 25
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 26
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 27
- Novo Director do BEMERU ..... 28
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 29
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 30
- Novo Director do BEMERU ..... 31
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 32
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 33
- Novo Director do BEMERU ..... 34
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 35
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 36
- Novo Director do BEMERU ..... 37
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 38
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 39
- Novo Director do BEMERU ..... 40
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 41
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 42
- Novo Director do BEMERU ..... 43
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 44
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 45
- Novo Director do BEMERU ..... 46
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 47
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 48
- Novo Director do BEMERU ..... 49
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 50
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 51
- Novo Director do BEMERU ..... 52
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 53
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 54
- Novo Director do BEMERU ..... 55
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 56
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 57
- Novo Director do BEMERU ..... 58
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 59
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 60
- Novo Director do BEMERU ..... 61
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 62
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 63
- Novo Director do BEMERU ..... 64
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 65
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 66
- Novo Director do BEMERU ..... 67
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 68
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 69
- Novo Director do BEMERU ..... 70
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 71
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 72
- Novo Director do BEMERU ..... 73
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 74
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 75
- Novo Director do BEMERU ..... 76
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 77
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 78
- Novo Director do BEMERU ..... 79
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 80
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 81
- Novo Director do BEMERU ..... 82
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 83
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 84
- Novo Director do BEMERU ..... 85
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 86
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 87
- Novo Director do BEMERU ..... 88
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 89
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 90
- Novo Director do BEMERU ..... 91
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 92
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 93
- Novo Director do BEMERU ..... 94
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 95
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 96
- Novo Director do BEMERU ..... 97
- Situação de Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 98
- Inquérito do Conselho de Administração do Banco de Portugal ..... 99
- Novo Director do BEMERU ..... 100

# DOCTRINA



## *Os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da Ação Penal Pública nos Juizados Especiais Criminais*

AFRANIO SILVA JARDIM \*

Divergindo da doutrina majoritária, entendemos que a Lei nº 9.099/95 não mitigou o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública condenatória. Não aceitamos dizer que nos Juizados Especiais Criminais vigora o princípio da discricionariedade regulada ou controlada.

Na verdade, o legislador *não* deu ao Ministério Público a possibilidade de requerer o arquivamento do termo circunstanciado e das peças de informação que o instruírem quando presentes todas as condições para o exercício da ação penal. Vale dizer, o sistema do arquivamento continua sendo regido pelo Cód. Proc. Penal, descabendo ao Ministério Público postular o arquivamento do termo circunstanciado por motivos de política criminal. Aqui também não tem o *Parquet* discricionariedade que lhe permita manifestar ou não em juízo a pretensão punitiva estatal.

Por outro lado estabelecemos uma premissa para a compreensão do sistema interpretativo proposto: quando o Ministério Público apresenta em juízo a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95, está ele exercendo a ação penal, pois deverá, ainda que de maneira informal e oral - como a denúncia - fazer uma imputação ao autor do fato e pedir a aplicação de uma pena, embora esta aplicação imediata fique na dependência do assentimento do réu. Em outras palavras, o Promotor de Justiça terá que, oralmente como na denúncia, descrever e atribuir ao autor do fato uma conduta típica, ilícita e culpável, individualizando-a no tempo (prescrição) e no espaço (competência de foro). Deverá, outrossim, a nível de tipicidade, demonstrar que tal ação ou omissão caracteriza uma infração de menor potencial ofensivo (competência de juízo), segundo definição legal (art. 61). Vale dizer, na proposta se encontra embutida uma acusação penal (imputação mais pedido de aplicação de pena).

Entendendo o fenômeno processual desta forma, fica fácil compreender como o Juiz está autorizado a aplicar a pena aceita pelo réu. Não há violação do princípio *nulla poena sine iudicio*. Existe ação penal, jurisdição e processo. Este é o devido processo legal.

Destarte, *presentes os requisitos do § 2º do art. 76*, poderá o Ministério Público exercer a ação penal de dois modos: formulando a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, após atribuir ao réu a autoria ou participação de uma *determinada* infração penal, ou apresentar a denúncia oral. Nas duas hipóteses,

estará o Ministério Público manifestando em juízo uma pretensão punitiva estatal. Assim, a discricionariedade que existe está restrita apenas entre exercer um tipo de ação penal ou o outro. Faltando um daqueles requisitos, não cabe a proposta e o Ministério Público terá o dever de oferecer a denúncia tendo em vista o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Pelo exposto, fica claro que ao Juiz é vedado fazer a proposta de aplicação de pena acima mencionada. Dentro do sistema processual acusatório, não é dado ao Juiz provocar a sua própria jurisdição. Não pode o Juiz acusar o autor do fato de ter praticado uma determinada infração de menor potencial ofensivo e sugerir-lhe a aplicação de uma pena. A relação processual assim instaurada teria feição meramente linear, própria do sistema inquisitório. Teríamos um processo penal sem a presença do autor da ação penal que, pela Constituição da República, é de exclusividade do Ministério Público. Também descabe dizer que o autor do fato tem direito subjetivo de ser acusado da prática de uma infração de menor potencial ofensivo ...

Em verdade, o sistema que se depreende da referida Lei nº 9.099/95 não rompe com o tradicional princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública condenatória, mas apenas outorga ao Ministério Público a faculdade jurídica de exercer uma espécie de ação. Somente tem pertinência aplicar-se a regra do art. 28 do Cód. Proc. Penal quando o Promotor de Justiça, presentes todas as condições da ação penal, requer o arquivamento do termo circunstanciado, funcionando aí o Juiz como fiscal do aludido princípio. Entretanto, se a ação penal é exercitada, seja pela proposta de transação, seja pela denúncia oral, cabe ao magistrado tão-somente fazer o juízo de admissibilidade daquela ação que lhe é apresentada.

Por derradeiro, resta dizer algumas poucas palavras sobre a sistemática da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, instituto que não é peculiar aos Juizados Especiais Criminais.

Aqui, forçoso é reconhecer que houve uma clara mitigação ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública condenatória, previsto no art. 42 do Cód. Proc. Penal. Oferecida a denúncia, pela sistemática do código, não tem o Ministério Público disponibilidade do processo; a pretensão punitiva foi deduzida e será apreciada pelo Juiz, ainda que o próprio Ministério Público opine pela absolvição do réu, consoante autorizado pelo art. 385 do Cód. Proc. Penal. Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, o pedido de condenação vai ser julgado, entrando-se no mérito do processo. Entretanto, se o crime imputado ao réu tiver pena mínima cominada igual ou inferior a um ano, presentes os requisitos do art. 89 da lei especial, tem o Ministério Público a faculdade jurídica - a lei diz "poderá propor" - de sugerir ao réu a suspensão da relação processual mediante determinadas condições. Cumpridas tais condições no prazo fixado entre dois a quatro anos, estará extinta a punibilidade do acusado. Desta forma, o Ministério Público dispôs da *res deducta in iudicio*, o que lhe era expressamente vedado anteriormente para todas as infrações penais.

Trabalhando dentro desta ótica, pode-se melhor entender por que o Juiz não pode fazer, de ofício, a proposta de suspensão do processo contra a vontade do titular da ação penal pública. Primeiro, porque estaria dispondo do que não tem: o direito de ação; segundo, porque estaria impedindo que o titular do direito de ação - que tem natureza constitucional - continue a exercê-lo; terceiro, porque estaria excluindo o Ministério Público da própria relação processual penal, destruindo o *actum trium personarum*, próprio do sistema acusatório. Outrossim, afasta-se a idéia de que a disponibilidade limitada da ação penal pública condenatória possa ser entendida como um direito subjetivo do réu. Cuida-se de discricionariedade, contra a qual nos insurgimos, mas outorgada expressamente pelo legislador ao titular do direito de ação. Note-se que, na ação penal privada exclusiva ou principal, onde o Cód. Proc. Penal deu discricionariedade de o ofendido conceder ou não perdão ao querelado, que também depende de aceitação, jamais se sustentou que tal perdão seria um direito subjetivo do acusado.

É preciso interpretar a Lei nº 9.099/95 dentro dos postulados dos princípios que informam o nosso sistema processual acusatório e não como desejaríamos que o legislador tivesse dito. Na espécie, as diversas interpretações açodadas e simpáticas não contribuem para boa aplicação da lei, cujo espírito é corretíssimo e salutarmente vanguardista. O caos, que se está criando na doutrina, já com reflexos na jurisprudência, em nada contribui para concretizar as mudanças que devem sempre ser desejadas, mas pode levar ao desprestígio esta importante experiência em nosso país.

---

\* **Afranio Silva Jardim** é Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Professor Adjunto de Direito Processual Penal da UERJ e da Faculdade Cândido Mendes, Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Gama Filho, Professor da EMERJ, Mestre e Livre-Docente em Direito Processual.

## *Dois pesos e duas medidas*

ANGELA CENTURION ABRANCHES \*

Bastante polêmicas têm sido as discussões sobre a diminuição ou não da idade para imputação penal.

Em análise bem simplista temos, de um lado, aqueles que continuam entendendo não ter o menor de dezoito anos capacidade psíquica para discernir o mal que pratica. Acrescentam, ainda, aos seus argumentos, a carência de instituições penais adequadas para suportar um número ainda maior de apenados, caso a menoridade penal fique abaixo de dezoito anos.

De outro, aqueles que sustentam a tese de que a sociedade está cada vez mais à mercê de delinqüentes juvenis que, sob o manto da inimputabilidade, praticam atos infracionais cada vez mais graves, tendo a certeza da impunidade.

Pois bem.

Com certeza, o mais forte argumento, para a manutenção dos dezoito anos como idade mínima para o início da responsabilidade penal, é a falta de capacidade psíquica e emocional do menor de dezoito anos, para compreender a gravidade dos atos por ele praticados, entendendo-se que, só a partir dessa idade, o jovem adquire maturidade psicológica suficiente para distinguir completamente o bem do mal e, a partir daí, poder ser responsabilizado penalmente.

Para aqueles que insistem em tal ponto de vista, seria salutar uma reflexão sobre condutas antes consideradas típicas em razão da menoridade das vítimas e que hoje já não condenam mais os agentes que as praticam.

O exemplo mais claro é o crime de **sedução**, capitulado no art. 217, do Código Penal, que assim descreve o tipo:

*“Art. 217 - Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança.”*

Atualmente, ninguém mais admite que uma jovem, ainda que menor de dezoito anos, seja inexperiente a ponto de não saber o que é um ato sexual e suas consequências, entendendo-se que a vítima, nesse caso, tem plena capacidade psíquica e emocional para discernir o que é o ato sexual.

Tanto é assim, que, no anteprojeto do novo Código Penal, já não será considerado crime a figura do art. 217 da atual lei substantiva penal.

Lembre-se, ainda, que nos crimes em que a tipicidade está diretamente ligada à presunção de violência, como é o caso do agente que pratica conjunção carnal com menor de quatorze anos - *estupro por violência ficta, ou seja, com presunção de violência - art. 213, c/c art. 224, letra "a", do Código Penal*, esta presunção não é absoluta, isto é, admite prova em contrário.

Em caso recente, o Supremo Tribunal Federal inocentou um réu que fora processado por estupro, porque mantivera relações sexuais com uma jovem de doze anos. Assim entendeu a Suprema Corte, porque naquele caso concreto ficara comprovado que a adolescente tinha capacidade emocional e psíquica suficiente para consentir o ato sexual, ficando, dessa forma, descaracterizado o crime de estupro. Fez-se alusão, na época, à caducidade do Código Penal que, editado em 1940, já não corresponde à realidade atual e ao desenvolvimento mental e psicológico dos jovens que hoje têm acesso a todos os meios de informação.

É evidente que na esteira desse entendimento outros casos surgirão, porque a cada dia que passa fica mais difícil argumentar, por exemplo, que uma adolescente, ainda que menor de quatorze anos, não tenha todas as informações necessárias a respeito de sexo, hoje possíveis, graças à evolução dos meios de comunicação.

Assim, pergunta-se: Por que entender que vítimas de dezessete anos ou menos podem ter amadurecimento mental e psicológico capaz de descaracterizar o crime ou inocentar um criminoso e não se entender que um jovem menor de dezoito anos tenha maturidade para compreender o que é um delito quando o pratica?

Vale ressaltar que a inimputabilidade do menor de dezoito anos está descrita no mesmo Código Penal de 1940, que tipifica como crime a sedução, espelhando uma realidade de mais de cinquenta anos atrás.

### **Dois pesos e duas medidas?**

---

\* Angela Centurion Abranches é Promotora de Justiça no Estado do Espírito Santo.

## *A definição do controlador na liquidação extrajudicial e em processos análogos*

ARNOLDO WALD

1. As dificuldades financeiras que atingiram bancos particulares e públicos, nos últimos anos, e que foram agravadas pelos efeitos indiretos do Plano Real e da conseqüente redução substancial da inflação, ensejaram, para o Ministério Público, a função de caracterizar adequadamente o controlador das instituições financeiras, para que pudesse ser responsabilizado.
2. O problema, que já apresenta dificuldades, no caso das instituições privadas, se torna mais complexo quando, nas entidades públicas do sistema financeiro, o verdadeiro controlador é o Estado.
3. Em recente processo, em curso na Justiça paulista, foi suscitada pelo Ministério Público a tese de acordo com a qual deveria ser considerado, como controlador, nos casos de aplicação do Regime de Administração Especial Temporária (RAET), aos quais se aplica, no que couber, a Lei nº 6.024/74, não o próprio Estado, mas as autoridades que o representam, ou seja o Governador e, eventualmente, o Secretário da Fazenda.
4. É em torno dessa questão que apresentamos algumas reflexões que nos parecem oportunas, a fim de não confundir a justa punição, que deve incidir sobre os administradores e diretores culpados pela insolvência da instituição financeira, com uma sanção objetiva que viria a recair sobre autoridades estaduais, cuja responsabilidade se fundamenta, não no direito bancário, mas na Constituição e na legislação administrativa.

### *A) O conceito de controle acionário*

5. A figura do acionista controlador passou a ser encarada com maior realce a partir das transformações de natureza societária, nascidas com a chamada revolução industrial, que provocou o aparecimento da sociedade anônima de grande porte, no seio da qual se agrupavam duas espécies de participantes: o *empreendedor*, ou empresário, com o poder de comando dos negócios sociais, e o *investidor*, especulador que agrega o seu capital à sociedade, com vistas ao seu retorno, em lucros.
6. Torna-se, pois, necessário fazer a distinção entre o acionista controlador, os acionistas minoritários (com direito a voto mas sem exercício do controle) e os acio-

nistas sem direito de voto, também qualificados pela doutrina como “acionistas ren-  
deiros.”<sup>(1)</sup>

7. Afigurava-se, no âmbito doutrinário e legal, a dificuldade de qualificar esse poder de controle empresarial, perfeitamente distinto da participação social e da direção da sociedade, de tal modo que diversas doutrinas foram construídas na tentativa de delinear a natureza jurídica do controle da sociedade.

8. Para **Berle e Means**, o controle se caracteriza como bem social ou empresarial, daí porque o seu valor pertenceria à companhia e não aos seus acionistas.<sup>(2)</sup>

9. **Guido Rossi** diferencia o controle sobre a empresa do controle sobre a sociedade, ficando a cargo dos acionistas a deliberação de escolha dos administradores da sociedade, aos quais competiria exercer o controle empresarial, assemelhando, assim, a noção de controle ao poder de direção e administração.<sup>(3)</sup>

10. Na sua obra clássica, **Claude Champaud** tratou da noção de controle como um poder sobre bens alheios, decorrente da administração dos bens empresariais, considerando o controle como sendo um poder de dominação da sociedade, e exercendo-se por intermédio dos mecanismos das instituições societárias, com o fim de dirigir a atividade econômica da empresa.<sup>(4)</sup>

11. Analisando os aspectos jurídicos da macroempresa, a doutrina considera que o modelo democrático do parlamentarismo revelou-se, no caso da sociedade anônima, uma “piedosa ficção”. Com efeito, ao crescente absentéismo dos acionistas, particularmente dos minoritários, adicionou-se a transferência de poderes da assembléia geral para a diretoria, hoje o verdadeiro fulcro do poder na grande empresa, dado o crescente processo de especialização das funções executivas.<sup>(5)</sup>

12. Na disciplina das sociedades por ações, a figura do acionista controlador está definida no art. 116, da Lei nº 6.404:

“Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

**a) é titular de direitos de sócio** que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

(1) **Arnoldo Wald**, “Considerações sobre a Aquisição e a Alienação do Controle Societário: o Estudo da Jurisprudência”, in “Revista Forense”, vol. 321, pp. 3-12.

(2) **Adolf A. Berle Jr. e Gardiner C. Means**, *The Modern Corporation and Private Property*, traduzido para a língua portuguesa por **Olavo Miranda**, Ed. Ipanema Ltda, RJ, 1957.

(3) **Guido Rossi**, *Persona Giuridica, Proprietà e Rischio d'Impresa*, Milão, 1967, p. 115 e segs.

(4) **Claude Champaud**, *Le Pouvoir de Concentrations de la Société par Actions*, Librairie Sirey, Paris, 1962, p. 105.

(5) **Fábio Konder Comparato**, *Aspectos Jurídicos da Macro Empresa*, RT, 1970, p. 13 e segs.

b) *usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.*" (grifamos)

13. O critério adotado perquire a forma interna de manifestação do controle, decorrente da titularidade dos direitos políticos de sócio, aliado ou não a determinados expedientes legais, de tal forma que o seu titular participe de maneira decisiva na formação da vontade social.

14. A fórmula legal abrange as três principais modalidades de exercício do controle interno: controle totalitário, controle majoritário e controle minoritário.

15. A ordem classificatória supra-aludida advém da tradicional sistematização procedida por **Berle e Means**, levando em conta o grau de divórcio entre a propriedade e o controle, tema central de sua tese.

16. A legislação brasileira também contempla, no já aludido preceito societário, o controle exercido em conjunto, na referência a um "grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum", bastante freqüente nas sociedades abertas e fechadas, e ainda nas chamadas *joint ventures*, objeto de reconhecimento expresso do legislador pátrio, no vigente diploma legal das sociedades por ações.

17. Cabe distinguir, ainda, o controle interno direto do indireto, conforme esteja sendo exercido via participação direta do seu titular ou através de outras pessoas jurídicas.

18. A Lei das Sociedades por Ações refere-se claramente às modalidades direta e indireta do controle nos artigos 243, § 2º e 236, parágrafo único:

*"Art. 243 ...*

*§ 2º. Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores."*(grifamos)

*"Art. 236 ...*

*Parágrafo único. Sempre que pessoa jurídica de direito público adquirir, por desapropriação, o controle de companhia em funcionamento, os acionistas terão direito de pedir, dentro de 60 (sessenta) dias da publicação da primeira ata da assembléia geral, realizada após a aquisição do controle, o reembolso das suas ações, salvo se a companhia já se achava sob o controle, direto ou indireto, de outra pessoa jurídica de direito público, ou no caso de concessionária de serviço público."* (grifos nossos)

19. Ainda na lei societária, a doutrina observa, no âmbito dos grupos econômicos, dois níveis de controle: o primeiro é o do controle da sociedade controlada pela controladora e o segundo é o do controle da sociedade dominante, que pode pertenc-

cer tanto a pessoas físicas quanto jurídicas. Os arts. 265, § 1º e 269, VII, tratam respectivamente dos dois níveis de controle da seguinte forma:

“Art. 265 .....

§ 1º. A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira e *exercer, direta ou indiretamente*, e de modo permanente, *o controle das sociedades filiadas*, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.”

“Art. 269. O grupo de sociedades será constituído por convenção aprovada pelas sociedades que o compoñham, a qual deverá conter:

.....  
VII - a declaração da nacionalidade do *controle do grupo*;

..... ”  
(grifamos)

20. Destaque-se do contexto a regra inscrita no parágrafo único do art. 269, que tem por efeito levantar o véu da personalidade jurídica, para desvendar a nacionalidade dos titulares do controle da sociedade controladora do grupo, esclarecendo, em função deste elemento, quando o grupo de sociedades será considerado sob controle brasileiro, nos seguintes termos:

“Art. 269 .....

.....  
Parágrafo único. Para os efeitos do nº VII, o grupo de sociedades *considera-se sob controle brasileiro* se a sua sociedade de comando está sob o controle de:

- a) pessoas naturais residentes e domiciliadas no Brasil;
- b) pessoas jurídicas de direito público interno; ou
- c) sociedade ou sociedades brasileiras que, *direta ou indiretamente*, estejam sob o controle das pessoas referidas nas alíneas a e b.” (grifamos)

21. No bojo da disciplina do “Regime de Administração Especial Temporária”, a referência ao controlador da instituição financeira abarca tanto o controle exercido por pessoa física quanto o exercido por pessoa jurídica, tanto o controle direto quanto o indireto, ou seja, o que se exerce através de outra sociedade.

22. Dispõem o art. 15 e seus parágrafos do Decreto-Lei nº 2.321/87:

“Art. 15. *Decretado o regime de administração especial temporária, respondem solidariamente com os ex-administradores da instituição, pelas obrigações por esta assumidas, as pessoas naturais ou*

jurídicas que com ela mantenham vínculo de controle, independentemente da apuração de dolo ou culpa.

§ 1º. Há vínculo de controle quando, alternativa ou cumulativamente, a instituição e as pessoas jurídicas mencionadas neste artigo estão sob controle comum; quando sejam, entre si, controladoras ou controladas, ou quando qualquer delas, diretamente ou através de sociedades por ela controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da instituição.

§ 2º. A responsabilidade solidária decorrente do vínculo de controle se circunscreve ao montante do passivo a descoberto da instituição, apurado em balanço que terá por data base o dia da decretação do regime de que trata este Decreto-lei." (grifos nossos)

23. Posteriormente, a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1.182, de 17.11.95, do Ministro da Fazenda **Pedro Malan** ao Presidente da República, afirmou que dentre os bens "do acionista controlador" alcançados pela indisponibilidade, *constituem exceção os bens dos Estados controladores de instituições financeiras, que não serão alcançados, porque definidos em lei como inalienáveis ou impenhoráveis, numa evidente demonstração de que o legislador (da medida provisória) não confunde o "Estado - acionista controlador" com "os agentes políticos que o representavam num determinado momento"* e não submete os bancos estaduais ao regime jurídico ditado para as instituições financeiras controladas por capitais privados, no tocante à responsabilidade do controlador.<sup>(6)</sup>

24. Na ação civil pública, que move contra os administradores e controladores do **Banespa**, o próprio Ministério Público Estadual (de São Paulo) *reconhece essa situação quando afirma que:*

*"Entretanto, não se pode esquecer que o acionista controlador, conceituado como sendo aquele que, direta ou indiretamente, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores, ..."*<sup>(7)</sup>

25. Observa-se da redação dos dispositivos normativos acima referidos que a política legislativa foi a de fortalecer as garantias patrimoniais da execução das obrigações assumidas pela instituição financeira, estabelecendo responsabilidade solidária entre ex-administradores e controladores (pessoas físicas ou jurídicas), pelo montante do passivo a descoberto, apurado no balanço levantado quando da decretação

<sup>(6)</sup> Hoje, a matéria é objeto da Medida Provisória nº 1.470, de 7.6.96 e das suas eventuais prorrogações.

<sup>(7)</sup> Nota 160 a fls. 63 da inicial, referindo-se ao art. 116 da Lei 6.404/76.

do regime especial de administração temporária.

26. Para tanto, utilizou-se o Decreto-lei nº 2.321 dos conceitos previstos na disciplina das sociedades por ações - Lei nº 6.404/76 - de acionista controlador e de sociedade controladora, que devem ser transpostos pelo aplicador da norma especial, de forma harmônica, guardando a devida correlação com a disposição geral da lei societária, numa interpretação sistemática do direito, que se impõe, no caso, como critério de hermenêutica jurídica.

27. Deixando de lado, por ora, a questão relativa à responsabilidade solidária, cabe perquirir, no caso de instituição financeira controlada por pessoa jurídica de direito público, quem estaria na posição de acionista controlador, para os efeitos de responsabilização civil, no contexto do art. 15 do decreto-lei regulador do Regime de Administração Especial Temporária (RAET).

28. Sabe-se que o Estado, atuando como empresário, pode exercer determinada atividade econômica, através de sociedade de economia mista integrante da Administração indireta, criada por lei com uma finalidade de interesse público, própria e específica, ou simplesmente pode participar de outras sociedades, com vínculo de controle ou de coligação.

29. No caso do pedido de arresto, requerido na Justiça paulista, o acionista controlador do **Banco do Estado de São Paulo S. A. - Banespa** - sociedade de economia mista estadual é evidentemente o **Estado de São Paulo**.

30. O conceito legal da sociedade de economia mista já é encontrado no Decreto-lei federal nº 200, de 25.2.1967, com a redação que lhe deu o Decreto-lei nº 900, de 29.9.1969, que assim a define:

*“entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito de voto pertençam, em sua maioria, à União ou da entidade da administração indireta.” (grifamos)*

31. Por sua vez, a legislação estadual paulista incorporou o conceito da lei federal, não havendo dúvida quanto ao controle da sociedade de economia mista, que é exercido pelo Estado e não pelos seus representantes.

32. Por sua vez, o art. 238 da Lei nº 6.404 esclarece que:

*“Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (art. 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.” (grifos nossos)*

33. Na qualidade de Chefe do Poder Executivo, o Governador do Estado é o representante e mandatário do acionista controlador, na forma da Constituição Estadual, mas com ele não se confunde. Da mesma forma que se afirma que a pessoa física do

Governador não pode ser responsabilizada pessoalmente pelos débitos do Estado, é inadmissível considerá-la acionista controladora das sociedades de economia mista, sendo incabível, portanto, a sua responsabilização pelos prejuízos causados à instituição financeira que ostenta essa condição, com base na legislação bancária e societária.

34. Com efeito, o art. 47 da Constituição do Estado de São Paulo atribui ao Governador competência para “indicar diretores de sociedade de economia mista e empresas públicas”. Essa atribuição não o transforma, contudo, em acionista controlador da companhia, já que *não é, pessoalmente, detentor dos direitos de sócio da sociedade de economia mista*, que pertencem ao Estado de São Paulo. O Governador do Estado é tão-somente seu representante legal, enquanto servidor público do mais alto escalão da Administração Direta, mas não o seu substituto processual, nem devedor solidário com a instituição financeira.

35. Também o Secretário da Fazenda, sendo pessoa estranha ao corpo acionário e à diretoria e administração da sociedade, não pode juridicamente assumir a qualificação jurídica de acionista controlador da companhia, pois as ações de comando da sociedade não lhe pertencem.

36. A transposição do papel de acionista controlador à pessoa física do executivo, que o representa, a partir da aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, ou sob qualquer outro fundamento, não encontra nenhum respaldo jurídico.

37. A alegação da petição inicial da ação civil pública, de acordo com a qual o Governador e os Secretários da Fazenda teriam um “domínio pessoal sobre o banco” em virtude dos cargos por eles ocupados não encontra fundamento nem na lei, nem na prática administrativa. De qualquer modo, a exegese da Lei nº 6.024/74 e do Decreto-lei nº 2.321/87, pela sua própria natureza e pelas limitações patrimoniais que ambos impõem, deve ser restrita, não se admitindo interpretações extensivas e, muito menos, analógicas. O simples poder de indicar os diretores, por si só, não basta para caracterizar o exercício do controle, especialmente quando tal indicação é feita em nome e por conta do Estado.

38. Acresce que a inicial do arresto considera que, na forma da lei, pode ser responsabilizada

*“qualquer pessoa física ou jurídica que mantenha vínculo de controle com a sociedade bancária em regime especial de intervenção.”*  
(grifos nossos)

39. Ora, o que falta para justificar o pedido do Ministério Público é justamente a prova da existência do vínculo de controle entre as pessoas físicas que exercem as suas funções no Estado (Governador e Secretário) e a sociedade de economia mista, cujas ações pertencem à pessoa jurídica de direito público, e não ao Chefe do Executivo Estadual e aos seus auxiliares mais próximos, aos quais se atribui unicamente a função de traçar a política geral do Estado. A gestão do banco, sociedade anônima,

é exclusivamente da responsabilidade dos seus administradores e do seu controlador (o Estado), conforme se verifica pela Lei nº 6.404 e pelas disposições constitucionais aplicáveis ao caso.

40. Aliás, a responsabilidade do Estado pelo passivo da companhia de economia mista, no caso, independe do disposto no Decreto-lei nº 2.321/87 e na Lei 6.024/74 e está consagrada na própria lei societária, pois o art. 242, da Lei nº 6.404, determina, na sua parte final, após ter excluído a possibilidade de ser decretada a falência da sociedade, que:

“... a pessoa jurídica que a controla (a sociedade de economia mista) responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações.” (grifamos)

41. Conclui-se, assim, que inexistente fundamento legal para que, em qualquer interpretação construtiva mas coerente, sejam equiparados o Governador e os Secretários de Estado ao controlador, pois tal entendimento contraria a letra e o espírito da lei, assim como a sistemática legal vigente na matéria, constituindo uma verdadeira heresia jurídica.

42. Veremos, em seguida, que também não se justifica tal equiparação em virtude da aplicação, ao caso, da teoria da desconsideração.

#### **B) Da inaplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica**

43. É verdade que, em determinados casos, especialmente quando ocorrem fraudes, a sociedade anônima está sendo equiparada à sociedade em comandita por ações, com fundamento na doutrina da penetração, da transparência ou da desconsideração da pessoa jurídica (*disregard doctrine*) importada do direito anglo-saxão. De acordo com a mencionada teoria, em algumas hipóteses, é preciso “levantar o véu” que encobre a realidade e, afastando o biombo que constitui a estrutura jurídica da empresa, procurar aqueles que realmente a comandam, ou a utilizam, para responsabilizá-los pessoalmente quando se servem da empresa como meio de afastar a sua responsabilidade pessoal.

44. A doutrina da transparência tem sido estudada em nosso país na obra clássica de **Lamartine Correa de Oliveira**<sup>(8)</sup>, assim como por **Rubens Requião**, em excelente artigo intitulado “*Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine)*” e republicado na sua conhecida obra *Aspectos Modernos de Direito Comercial*,<sup>(9)</sup> e por **Fábio Konder Comparato**, na sua tese de concurso, para a cátedra, na Faculdade de Direito da U.S.P., no qual tivemos o prazer de examiná-lo.<sup>(10)</sup>

(8) **J. M. Lamartine Correa de Oliveira**, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1979.

(9) **Rubens Requião**, artigo publicado na “*Revista dos Tribunais*”, vol. 410, p. 12 e *Aspectos Modernos de Direito Comercial*, vol. I, Saraiva, 1977, p. 67.

(10) **Fábio Konder Comparato**, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, São Paulo, 1975, p. 349.

45. No direito estrangeiro, **Rolf Serick** teve o ensejo de salientar que a doutrina da desconsideração se aplica quando

*“ a estrutura formal da pessoa jurídica é utilizada de maneira abusiva.”* <sup>(11)</sup> (grifamos)

46. Por sua vez, o ilustre jurista português **Ferrer Correia** afirma que:

*“ a desconsideração se impõe quando a separação entre sociedade e sócio seja invocada para legitimar soluções que sejam contrárias quer ao fim da disposição concreta da lei, quer a uma vontade contratual expressa ou tácita, quer ainda aos princípios gerais da boa fé, do abuso de direito e de fraude.”* <sup>(12)</sup>

47. Para a doutrina norte-americana, o privilégio de utilizar a personalidade da sociedade jurídica cessa quando utilizado para que os seus sócios possam furtar-se ao cumprimento de contratos, ou ainda para justificar o erro, proteger a fraude ou defender o crime.<sup>(13)</sup>

48. É evidente que, no caso concreto, jamais houve confusão patrimonial entre os bens do **Banespa** e os do Governador e dos Secretários da Fazenda, que, inclusive, não têm competência para praticar qualquer ato de disposição ou de oneração, direta ou indireta, dos haveres do banco. Não houve, no particular, descumprimento das obrigações do banco nem interferência no seu patrimônio por parte das autoridades governamentais. Assim sendo, não há como pretender aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica do Estado, para justificar o arresto dos bens das pessoas físicas do ex-Governador e dos ex-Secretários da Fazenda.

49. Na realidade, em virtude do arresto e da ação ordinária, o Ministério Público paulista pretende substituir-se ao Estado, para cobrar dos seus mandatários e funcionários alegados prejuízos, que decorreram do não pagamento oportuno das dívidas do Estado ao banco.<sup>(14)</sup> E essa cobrança no caso se fundamenta na legislação referente à liquidação extrajudicial das instituições financeiras, que só se aplica aos banqueiros e bancários e não deve incidir sobre os funcionários públicos. E muito menos ainda se explica a sua incidência quando os alegados débitos incobráveis são dívidas do Estado, cuja solvência é presumida de fato e de direito, inclusive pela regulamentação bancária.

<sup>(11)</sup> **Rolf Serick**, *Aparencia e Realidad en las Sociedades Mercantiles: el Abuso de Derecho por Medio de la Persona Juridica*, tradução espanhola, Barcelos, Ed. Ariel, 1958, p. 241-242.

<sup>(12)</sup> **Antonio de Arruda Ferrer Correia**, *Sociedades Ficticias e Unipessoais*, Coimbra, Livraria Atlantida, 1942, p. 198.

<sup>(13)</sup> **William Meade Fletcher**, *Cyclopedia of the law of Private Corporation*, Chicago, Callaghan & Company editor, v. I, § 41, p. 166.

<sup>(14)</sup> É o que afirma em recente entrevista o Governador **Mário Covas**: “o fato é que o único problema do Banespa é a dívida de cerca de R\$17,5 bilhões que o Governo do Estado tem junto ao Banco.” (“*Gazeta Mercantil*”, 7 a 09.06.96).

50. Deve, ainda, ser ponderado que a *disregard doctrine* atinge não os diretores, mas sim o acionista controlador, que os franceses chamam *maître de l'affaire* e os americanos denominam *active shareholder*. Donde se conclui que a teoria da desconsideração ou da transparência não deve ser aplicada ao diretor assalariado ou empregado, que não participa do controle acionário e é, na realidade, um executivo, um profissional, a serviço da empresa. Do mesmo modo, a teoria da desconsideração não se deve aplicar à autoridade pública que se limita a fixar a política financeira do Estado e não participa da gestão do banco estadual.

51. Como já salientado, no caso específico das sociedades de economia mista, também não encontra o menor respaldo o levantamento do véu da personalidade jurídica para tentar responsabilizar a pessoa física, que representa a entidade de direito público, controladora da sociedade. Na hipótese, responsável é o Estado, sem prejuízo da ação regressiva, que somente lhe cabe nos casos de dolo ou culpa do funcionário, nos termos da Constituição e da legislação administrativa própria.

52. Acresce, finalmente, que a *disregard doctrine*, mesmo quando recai sobre o acionista controlador, pressupõe sempre que tenha ocorrido a utilização fraudulenta da companhia, pelos seus controladores, como se deduz da legislação inglesa e da jurisprudência norte-americana. Assim, na Inglaterra, essa responsabilidade pessoal só surge nos casos de dolo e de negligência e imprudência graves na conduta dos negócios (*reckless trading*).<sup>(15)</sup>

53. Aliás, a lei inglesa só admite a propositura de ação contra o administrador (*officer*) nos casos de culpa grave (*misfeasance e breach of trust*), e tão-somente para que sejam ressarcidos os danos causados à sociedade pelos atos, por ele, contra ela praticados, e a doutrina reconhece que a jurisprudência britânica tem sido ainda mais tímida do que o legislador na aplicação da teoria da desconsideração.<sup>(16)</sup>

54. Nos Estados Unidos, do mesmo modo, a doutrina da transparência tem sido aplicada com reservas e tão-somente nos casos de evidente intuito fraudulento, quando a sociedade é utilizada como simples instrumento (*mere instrumentality*) ou *alter ego* ou agente do acionista controlador. Em tais hipóteses de confusão do patrimônio da sociedade com o dos acionistas e de indução de terceiro em erro, a jurisprudência dos Estados Unidos tem admitido excepcionalmente levantar o véu para responsabilizar pessoalmente os acionistas controladores.<sup>(17)</sup>

55. Quanto aos perigos da incidência generalizada da teoria da desconsideração, **Rubens Requião** assinalou, oportunamente, que:

(15) V. **André Tunc**, *Le Droit Anglais des Sociétés Anonymes*, Paris, Dalloz, 1971, nº 45, p. 46.

(16) **L. C. B. Gower**, *Principles of Modern Corporation*, 4ª edição, Londres, Stevens & Sons, 1979, p. 133.

(17) V. o comentário intitulado "*Should Shareholders be Personally Liable for the Torts of Theirs Corporations*", in "*Yale Law Journal*", vol. 76, nº 6, maio de 1967, p. 1190-1192, e ainda **Harry G. Henn** e **John R. Alexander**, *Laws of Corporations*, 3ª ed., St. Paul, West Publishing Co., 1983, p. 344 a 352.

*“Há, pois, necessidade de se atentar com muita agudeza para a gravidade da decisão que pretender desconsiderar a personalidade jurídica. Que nos sirva de exemplo, oportuno e edificante, a cautela dos juízes norte-americanos na aplicação da disregard doctrine, tantas vezes ressaltada em seus julgados, de que tem ela aplicação nos casos efetivamente excepcionais.*

*É preciso, para a invocação exata e adequada da doutrina, repelir a idéia preconcebida dos que estão imbuídos do fetichismo da intocabilidade da pessoa jurídica, que não pode ser equiparada tão insolitamente à pessoa humana no desfrute dos direitos incontestáveis da personalidade; mas também não devemos imaginar que a penetração do véu da personalidade jurídica e a desconsideração da pessoa jurídica se tornem instrumento dócil nas mãos inábeis dos que, embora levados ao exagero, acabassem por destruir o instituto da pessoa jurídica, construído através dos séculos pelo talento dos juristas dos povos civilizados, em cuja galeria sempre há de ser iluminada a imagem genial de Teixeira de Freitas, que no século passado, precedendo a muitos, fixou em nosso direito a doutrina da personalidade jurídica.”* <sup>(18)</sup> (grifamos)

56. Na realidade, quer se aplique ou não a teoria da desconsideração, ela só pode atingir o controlador definido pelo artigo 116 da lei societária, jamais os seus representantes legais ou estatutários, pessoas físicas que não são acionistas. A condição de titular das ações - que asseguram preponderância nas deliberações sociais - é, pois, premissa inafastável para que se possa aplicar a teoria da desconsideração.

57. Assim, no campo da aplicação da lei bancária e, em particular, da incidência do Decreto-lei nº 2.321/87, é evidente que o *Governador do Estado não é controlador da sociedade de economia mista*, do mesmo modo que o Presidente da *holding* ou sociedade dominante - quando não é o seu principal acionista - não pode ser considerado controlador, em nome pessoal, da empresa subsidiária.

58. Quanto ao Secretário de Estado da Fazenda, ao qual também foi imputada responsabilidade, na qualidade de acionista controlador, cabe ressaltar que nenhuma representatividade tem este no **Banespa**, nem na relação societária do Estado de São Paulo com o banco. Enquanto auxiliar direto e da confiança do Governador, é responsável, nos termos do art. 52 da Constituição Estadual pelos atos que praticar ou referendar no exercício do cargo. Trata-se, aqui, sem nenhuma dúvida, de eventual caso de responsabilidade civil subjetiva do agente da Administração Pública, que só pode ser perquirida em ação própria intentada pelo Estado na qual aplicar-se-á o direito administrativo, como será exposto no tópico seguinte.

59. Assim, admitida a possibilidade de responsabilização solidária do acionista controlador do **Banespa - o Estado de São Paulo** - estar-se-ia no campo da respon-

<sup>(18)</sup> Rubens Requião, *Aspectos Modernos de Direito Comercial*, Editora Saraiva, 1º vol., 2ª ed., p. 84.

sabilidade civil do Estado, que deve respeitar o regime instituído no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, o que significa afirmar que *os agentes públicos respondem apenas regressivamente* por indenização suportada pela Administração Pública, *desde que comprovada a sua culpa ou dolo* na ocorrência dos eventos danosos causadores da responsabilização do Estado.

### *C) Do regime jurídico da responsabilidade civil do Estado e do agente da Administração Pública*

60. Até o fim do Estado Novo e a volta do país ao regime constitucional, havia divergências sobre o alcance do preceito contido no art. 15 do Código Civil, cujo sistema se baseava na culpa. Com a Constituição de 1946 (art. 194), ficou clara a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público, baseada na teoria do risco administrativo. Trata-se de princípio que permaneceu nas posteriores Constituições de 1967, com a Emenda de 1969 (art. 107), e de 1988 (art. 37, § 6º), sem prejuízo da responsabilidade pessoal do funcionário, baseada no dolo ou na culpa.

61. Salienta a melhor doutrina que a idéia de responsabilidade do Estado é uma conseqüência lógica da noção do Estado de Direito, pressupondo a submissão do Poder Público à ordem jurídica constituída. Daí porque “a responsabilidade do Estado governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica, e, por isso mesmo, é mais extensa que a responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas.”<sup>(19)</sup>

62. Para o Professor **José Cretella Júnior**, o Estado deve ser responsabilizado, havendo dano e nexa causal, desde que provada a relação entre o prejuízo e a pessoa jurídica de direito público, fonte da descompensação ocorrida.<sup>(20)</sup>

63. Não obstante, a responsabilidade objetiva da Administração Pública não decorre apenas do risco, que se dá, por exemplo, nas atividades perigosas e nocivas, mas também pode ser suscitada a partir de atividades em que não se tenha revelado qualquer culpa do serviço.

64. Trata-se de conseqüência da chamada teoria da igualdade dos encargos inspirada na doutrina francesa. Assim, para **Léon Duguit**, como a atividade do Estado se exerce no interesse de toda a coletividade, os ônus que dela resultam não devem pesar mais fortemente sobre uns e menos sobre outros. Se da intervenção do Estado resulta prejuízo para alguns, a coletividade deve repará-lo, exista ou não culpa por parte dos agentes públicos. É que o Estado, de um certo modo, é o segurador daquilo

<sup>(19)</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 125.

<sup>(20)</sup> José Cretella Júnior, *O Estado e a Obrigação de Indenizar*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1980, p. 105.

que se denomina, freqüentemente, de risco social, ou seja do risco resultante da atividade social e econômica traduzida pela intervenção estatal.<sup>(21)</sup>

65. Cumpre aduzir, sobre o tratamento jurisprudencial da matéria, que para os efeitos de atribuição de responsabilidade civil do Estado, não se faz distinção entre os atos dos prepostos e os de funcionários superiores, como ilustram os julgados abaixo transcritos:

*“Para efeito da responsabilidade civil do Estado, não há distinguir entre atos de funcionários superiores e atos de simples prepostos, uns e outros representantes seus na esfera de suas atribuições peculiares.”*<sup>(22)</sup>

*“Responde o Município, objetivamente, pelos atos culposos de seus prepostos, que o obrigam, inclusive, à reparação dos danos causados a terceiros.”*<sup>(23)</sup>

*“As pessoas jurídicas de Direito Público responderão pelos danos que seus funcionários causarem a terceiros, porém sob a condição subordinativa de que seus agentes pratiquem o ato lesivo no exercício da função, ou seja, na qualidade de funcionário.”*<sup>(24)</sup>

*“Se o funcionário público causa danos a outrem, com violação de direito, cabe à Fazenda do Estado reparar a lesão patrimonial, na esfera da responsabilidade civil, regida pelo princípio da responsabilidade objetiva, que independe da prova de culpa.”*<sup>(25)</sup>

66. A doutrina também é pacífica em reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado, defendida, há longos anos, por Amaro Cavalcanti, Francisco Campos, Aguiar Dias, Hely Lopes Meirelles e Caio Tácito.<sup>(26)</sup>

67. Por outro lado, como esclarece Weida Zancaner Brunini, com base na Constituição Federal, a teoria subjetiva permanece, ainda, nas relações entre o Estado e o funcionário. Nessa relação, o direito de regresso do Estado contra o funcionário condiciona-se à culpabilidade desse último.<sup>(27)</sup>

68. Saliente-se, nesse passo, conforme unanimemente admitido na doutrina, que a

<sup>(21)</sup> **Léon Duguit**, *Las transformaciones del Derecho Publico*, 2ª ed., tradução espanhola, Madrid, p. 306 e seguintes.

<sup>(22)</sup> TJSP - 2ª C. - Ap. - Rel. **Mário Guimarães** - j. 12.2.40 - RT 124/634.

<sup>(23)</sup> TJPR - 1ª C. - Ap. - Rel. Des. **Nunes do Nascimento** - j. 14.6.83 - RT 579/164.

<sup>(24)</sup> TJPR - 2ª C. - Ap. - Rel. Des. **Abrahão Miguel** - j. 31.8.83 - RT 581/166.

<sup>(25)</sup> TJSP - 5ª C. - Ap. - Rel. Des. **Márcio Bonilha** - j. 4.10.84 - RT 601/107.

<sup>(26)</sup> **Arnoldo Wald**, “Os fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado”, in “Revista de Informação Legislativa”, vol. 117, p. 19 a 22.

<sup>(27)</sup> **Weida Zancaner Brunini**, *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1981, p. 32.

responsabilidade objetiva não pode alcançar o funcionário público, que só responde civilmente na medida em que praticou o ato culposo ou doloso que causou o prejuízo.

69. Transpondo o preceito constitucional e a lição da jurisprudência e da doutrina para o problema da responsabilidade do controlador, tem-se que os antigos Governadores do Estado de São Paulo e Secretários da Fazenda não podem ter declarada a indisponibilidade do seu patrimônio pessoal, na forma do regime jurídico instituído para as situações de intervenção, liquidação extrajudicial e do regime de administração especial temporária (RAET), com base na responsabilidade objetiva assumida pelo Estado de São Paulo, na qualidade de acionista controlador do **Banespa**.

70. Somente após ter sido chamado o Estado de São Paulo a arcar com os prejuízos do **Banespa**, poderá, em tese, agindo, regressivamente, contra os respectivos administradores, responsabilizá-los pelas indenizações correspondentes aos atos que individual e pessoalmente tenham praticado, culposa ou dolosamente, em relação ao patrimônio do banco, nos limites em que nele praticaram atos de administração, gestão ou disposição.

71. O que não é possível é aplicar a legislação bancária às pessoas que nenhuma função exerceram no sistema bancário, não tendo sido, em tempo algum, controladores, administradores, ou empregados da instituição financeira. Tratando-se de direito especial, com área própria de aplicação, não é concebível aplicá-lo fora da esfera na qual o legislador entendeu que devia ter a sua incidência, especialmente quando as suas disposições têm caráter especial e até singular, em relação ao resto do sistema jurídico vigente.

72. O direito bancário se aplica aos bancos, seus controladores, administradores e prepostos. Ao Governador e aos Secretários, que não participaram, nem podiam participar, nem do controle, nem da gestão do banco, aplica-se o sistema de responsabilidade consagrado, para autoridades e funcionários públicos, pelo direito constitucional e administrativo que, em relação a eles, só admite a responsabilidade regressiva, que só pode ser baseada na culpa ou no dolo devidamente comprovados, sem qualquer presunção de sua ocorrência.

73. Conclui-se, assim, que as autoridades administrativas alheias aos bancos não podem ser qualificadas como controladores, aplicando-se-lhes necessariamente as normas de direito público.

74. Não se admite, outrossim, a superposição ou a simbiose, total ou parcial, das normas de direito bancário e de direito constitucional e administrativo para o fim de consagrar uma responsabilidade administrativa individual ou coletiva desvinculada da culpa ou do dolo.

75. Por outro lado e finalmente, a indisponibilidade dos bens do controlador à qual se referem o Decreto nº 2.321 e as recentes Medidas Provisórias não se aplica aos bancos estaduais pois:

a) o controlador sendo o Estado, os seus bens são indisponíveis e impenhoráveis;

b) os representantes legais do Estado (Governadores) e seus auxiliares não podem sofrer as sanções de direito bancário - indisponibilidade e arresto - na qualidade de controladores.

76. Assim sendo, no momento em que se cogita de reformar a lei bancária, parece oportuno reexaminar a legislação específica aplicável aos bancos estaduais insolventes para que o direito bancário não mais colida com o direito constitucional vigente.

77. Enquanto mantidos os atuais textos legais, cabe ao intérprete dar-lhes um sentido compatível com a sistemática jurídica vigente e conforme à Constituição.

## Revelia e prescrição penal

DAMÁSIO E. DE JESUS\*

A Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, deu nova redação ao art. 366 do CPP, determinando o *caput*: “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o Juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312” (do CPP).

O tema da revelia e prescrição vem despertando grande interesse, havendo controvérsia a respeito da retroatividade ou aplicação imediata da lei nova no tocante aos processos em curso por crimes cometidos antes de 17 de junho de 1996, data em que entrou em vigor.

A norma do art. 366, *caput*, do CPP, na parte em que determina a suspensão do processo, tem natureza processual penal, uma vez que disciplina o “desenvolvimento do processo” (Manzini, *Trattato di Diritto Processuale Penale*, I:68 e 69). Quando, entretanto, prevê a suspensão do prazo prescricional, é de Direito Penal material. Daí derivam indagações sobre a sua incidência sobre as ações penais em andamento com réus revéis citados por edital que cometeram infrações penais na vigência da legislação anterior.

Há três orientações:

1<sup>a</sup> - a lei nova retroage por inteiro, nas partes penal e processual penal. De modo que, nas ações em curso com réu revel citado por edital, deve o Juiz sobrestar o andamento do processo, ficando também suspenso o prazo prescricional;

2<sup>a</sup> - a lei nova, na parte processual penal, é de aplicação imediata (art. 2º do CPP); o preceito penal, entretanto, não tem efeito retroativo (CF, art. 5º, XL; CP, art. 2º, parágrafo único). Para essa corrente, o Juiz deve declarar suspenso o processo; o prazo da prescrição punitiva, contudo, tem curso normal. Suspende-se o processo, mas não a prescrição;

3<sup>a</sup> - a Lei nº 9.271/96 é irretroativa por inteiro, não tendo aplicação aos processos em curso de réus revéis citados por edital que praticaram infrações penais antes de 17 de junho de 1996.

Nossa posição: a terceira.

A primeira orientação, que entende retroativa a lei nova nas partes de natureza penal e processual penal, não pode ser aceita, uma vez que não observa o princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais severa. A suspensão do prazo prescricional em face do sobrestamento da ação penal, que prejudica o réu e favorece a acusação, era desconhecida em nossa legislação. Logo, o atual art. 366, *caput*, nesse ponto é mais gravoso que o ordenamento legal anterior (*novatio legis in pejus*). Deve ser, por isso, irretroativo, não se aplicando às infrações penais cometidas antes da vigência da lei nova, nos termos do arts. 5º, XL da CF e 2º, parágrafo único do Código Penal (no mesmo sentido: **Alberto Silva Franco**, “Suspensão do processo e suspensão da prescrição”, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, junho de 1996, 42:2). Não se pode, diante disso, conferir às duas formas de suspensão, a do processo e a da prescrição, praticamente o mesmo efeito, imprimindo à lei incidência imediata no que tange ao sobrestamento da ação penal e efeito retroativo na parte em que impõe a suspensão da prescrição.

A segunda posição não nos parece correta. Ela cinde o dispositivo: a parte processual penal tem efeito aplicativo imediato; a penal, por ser mais severa que a anterior, é irretroativa. O processo em curso fica suspenso; a prescrição da punição punitiva, porém, segue seu curso normal. Paralisa-se a ação penal, mas não o prazo prescricional.

Creemos que a lei nova não tem aplicação imediata e nem é retroativa. Praticada infração penal a partir da vigência da Lei nº 9.271/96 (17 de junho de 1996), se o réu, citado por edital, não comparecer ao interrogatório, deixando de constituir defensor, ser-lhe-á decretada a revelia, ficando suspensos o processo e a prescrição da pretensão punitiva. As infrações penais anteriores, entretanto, não são atingidas (no mesmo sentido: **André Vinícius de Almeida**, “Questões polêmicas da Lei nº 9.271/96”, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais cit., 42:6).

Constitui princípio hoje mundialmente reconhecido que o réu tem direito à informação a respeito da acusação, seus motivos e conteúdo. Atualmente, países como a Alemanha, Noruega, Suíça, Inglaterra, Áustria, Holanda, Canadá, Uruguai, Argentina e Chile, dentre outros, não admitem o prosseguimento da ação penal contra o réu revel citado por edital. Se, conhecendo a acusação, o infrator não se defende, deixando o processo correr à revelia, a ação penal pode ter prosseguimento até final condenação. Se, entretanto, não é encontrado, não podendo, por isso, tomar ciência da acusação, o processo não tem curso, aguardando-se o seu comparecimento (**Ada Pellegrini Grinover**, “A reforma do Código de Processo Penal”, “Revista Brasileira de Ciências Criminais”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, nº 10, p. 61, nº 14).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral da ONU e em vigor desde 23 de março de 1976, em seu art. 14, nº 3, alínea “a”, prevê que qualquer pessoa acusada de uma infração penal tem direito a ser prontamente informada, em língua conhecida e de maneira detalhada, dos moti-

vos e natureza da imputação (Compilação das normas e princípios das Nações Unidas em matéria de prevenção do crime e da justiça penal, Procuradoria-Geral da República, Lisboa, 1995, p. 436). Respeita-se o “devido processo legal”, em que se inserem os princípios do contraditório e da amplitude da defesa.

É necessário tocar o sino dos dois lados para se saber onde está desafinado, se na parte da acusação ou da defesa. Não é possível ter continuidade uma ação penal, culminando com a condenação sem ser ouvido o réu, levando-se em conta exclusivamente os elementos de prova produzidos pela acusação. Muitas vezes, e nós que militamos diuturnamente na justiça penal sabemos disso, os elementos desfavoráveis ao indiciado coletados na fase do inquérito policial são, em juízo, completamente infirmados pela prova de defesa, orientada pela palavra do réu.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), em seu art. 8º, nº 2, determina que o suspeito deve ser comunicado da acusação (alínea “b”), tempo e meios de que dispõe para sua defesa (“c”), tendo direito de entrar em contato com seu defensor (“d”) (“Revista Brasileira de Ciências Criminais” cit., 1993, nº 1, p. 256). E a nossa Constituição Federal, no art. 5º, § 2º, determina que os direitos nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, “ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, aqueles mandamentos, ratificada a Convenção pelo Brasil (Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992), fazem parte do nosso Direito interno, completando o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º LIV). Hoje, o direito do réu à informação sobre a acusação integra o princípio do devido processo legal.

O reconhecimento de que o processo não pode prosseguir contra réu que não tomou conhecimento da acusação não é novidade entre nós. Nas ações penais por crimes inafiançáveis da competência do Júri, os arts. 413 e 414 do Código de Processo Penal determinam a suspensão da ação penal até que o réu seja intimado pessoalmente da pronúncia. E a jurisprudência, há muitos anos, vinha anunciando “o direito fundamental da pessoa humana de saber-se processada criminalmente.” (RTJ, 103:445; RT, 512:377, 525:393, 542:419, 572:395, 573:489, 575:471, 586:403, etc.)

Na extradição, lembra **Ada Pellegrini Grinover**, a maioria dos países, hoje, não a admite na hipótese de condenação à revelia (“Os fundamentos políticos do novo tratamento da revelia”, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais cit., p. 1; “Processo Penal transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais”, “Revista Brasileira de Ciências Criminais” cit., 1995, nº 9, pp. 59 e 78). Com efeito, o Tratado Tipo de Extradição das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1990, em seu art. 3º, que trata dos “motivos obrigatórios de recusa”, prevê na alínea “g”: a extradição não deve ser concedida “se a sentença do Estado requerente foi proferida na ausência do interessado” (Compilação das normas e princípios das Nações Unidas em matéria de prevenção do crime e da justiça penal cit., p. 86). A adoção dessa norma internacional, fundada no princípio do *fair trial* (**Otto Logodny** e **Sigrun Reisner**, “*Extradition treaties, human rights and emergency-brake - judgements - a comparative european survey*” in “*International Review of Penal Law*”, Editions

Erés, Toulouse, França, vol. 665, p. 559, nº 9), é adotado pela Argentina, Chile, Uruguai, Áustria, Alemanha, Suíça, Suécia, Holanda, Inglaterra, Finlândia, Salvador, Espanha, Venezuela, Malta, Itália e Noruega, dentre outros países (**Otto Logodny** e **Sigrun Reisner**, *op. e locs. cit.*, p. 559 e nota 102).

Vê-se que andou bem o legislador brasileiro ao adotar uma regra mundialmente aceita: não corre processo contra réu revel citado por edital, com fundamento no princípio do direito à informação. Esse princípio é aplicável a toda a legislação, como a militar e a eleitoral. Observe-se que, no Juizado Especial Criminal, a citação deve ser sempre pessoal (art. 66, *caput*, da Lei. nº 9.099/95). Não encontrado o infrator, os autos são remetidos ao Juízo Comum (art. 66, parágrafo único), onde o processo poderá ser suspenso.

A instituição da regra do direito à informação não deve, entretanto, desprezar o “princípio da isonomia das partes”, com fundamento no espírito do *fair trial* (processo justo), vigente no moderno Processo Penal latino-americano. O confronto entre o poder punitivo do Estado e o direito de liberdade do cidadão, observa **Ada Pellegrini Grinover**, deve ser “feito em termos de equilíbrio, assegurada a efetiva *paridade de armas*” (“Lineamentos gerais do novo Processo Penal na América Latina: Argentina, Brasil e o código modelo para Ibero-América”, in *Ciência e Política Criminal em homenagem a Heleno Fragoso*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992, p. 43, nº 4.2). Realmente, é preciso que o sino, para que produza bom som, não penda para um só lado. Na administração da justiça criminal, é necessário que a balança da deusa não se incline favoravelmente só na direção de uma das partes em litígio. O equilíbrio entre acusação e defesa é indispensável. Ambas devem ter as mesmas armas. Como dizia **Radbruch**, o processo criminal é um duelo em que se defrontam partes com armas iguais, não se cogitando de privilégio em favor de uma delas (*Lo spirito del Diritto inglese*, Milão, Giuffrè, 1962, p. 14). Nesse sentido, a Convenção Européia sobre Direitos Humanos e a Convenção Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos presumem que as partes do processo apresentem “igualdade de armas”, *equality of arms* (**P. O. Traskman**, “*Reform movements in criminal procedure and the protection of human rights in Finland*”, in “*International Review of Penal Law*” cit., vol. 64, p. 1.081, nº 3). É sob esse fundamento que o art. 366, *caput*, do Código de Processo Penal, em sua nova redação, concedeu uma arma à defesa, a suspensão do processo. Não deixou, porém, a acusação desprevenida: conferiu-lhe a suspensão do prazo prescricional como instrumento de combate. Assim, no tema em foco, enquanto a defesa do réu revel citado por edital tem a seu favor a suspensão do processo, a acusação tem a arma da suspensão do prazo prescricional. Como diz **Ada Pellegrini Grinover**, a nova redação “equilibra o benefício para o acusado, da suspensão do processo com a correspondente suspensão do prazo da prescrição, visando a não incentivar a impunidade” (“Fundamentos políticos ...” cit.). Realmente, na palavra de **André Vinícius de Almeida**, o legislador “não se propôs a prestigiar o contraditório e a ampla defesa em detrimento da lei penal, tanto que decretou a suspensão obrigatória do curso da prescrição” (artigo cit.). Por isso, a corrente que se orienta no sentido da suspensão dos processos em

andamento, permitindo porém o curso do prazo prescricional, desequilibra a balança, dando à defesa, como arma, uma metralhadora e, à acusação, um revólver calibre 32 sem balas. É como colocar os autos do processo no armário, aguardando-se a prescrição.

O Ministério da Justiça, bem antes de a lei nova entrar em vigor, noticiando a reforma “pontual” da legislação criminal brasileira, na Mensagem nº 785, de 19 de julho de 1995, encaminhando Projeto de Lei ao Congresso Nacional, revelava seu interesse “na punição de fatos que comprometem bens e valores individuais e sociais, sem prejuízo da garantia constitucional de todos os recursos essenciais à plenitude da defesa”. E a Mensagem nº 1.269 do Ministério da Justiça, de 29 de dezembro de 1994, que encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de que se originou a Lei nº 9.271/96, informou que o novo texto visava a dois pontos: o aperfeiçoamento da administração da justiça criminal e a redução da impunidade. Daí porque, concedendo à defesa o sobrestamento da ação penal, com isso aperfeiçoando a justiça, ao mesmo tempo criou uma nova causa de suspensão do prazo prescricional, com intenção de reduzir a criminalidade. A tese mista, como se vê, não atende ao espírito da inovação. Frustrada restaria a *mens legis*, observa **André Vinícius de Almeida**, “se a extinção da punibilidade resultasse inexorável de seu emprego” (art. cit.).

A nova redação do tipo processual apresenta uma disposição mista, impondo princípios de direito substantivo e processual. Quando isso ocorre, prevalece a natureza penal. E assim convém, uma vez que a suspensão do processo gera, fatalmente, o impedimento do decurso prescricional. O Juiz, nos termos da nova legislação, sobrestando o processo, provoca automaticamente a suspensão do lapso prescricional, proibindo que o feito se dirija à extinção da punibilidade. Enquanto a suspensão do processo decorre de pronunciamento judicial normativo, exigindo apreciação rigorosa da legalidade formal da citação por edital, a suspensão do prazo prescricional da pretensão punitiva opera *ex vi legis*, independentemente de declaração do Juiz. Difícil aceitar que o magistrado, nos processos em curso, determine o seu sobrestamento, favorecendo a defesa, e declare que o curso da prescrição segue seu rumo, prejudicando a acusação. Esse entendimento, afirma **André Vinícius de Almeida**, fere a intenção da norma, “que em hipótese alguma valida o abandono do esforço estatal de responder, mediante a aplicação de sanção de natureza penal, ao ato criminoso perpetrado pelo réu” (artigo cit.).

Hipótese que merece atenção é a do réu que se oculta para não ser citado (CPP, arts. 355, § 2º e 362). Haverá duas correntes:

1ª - a *interpretação literal* do art. 366, *caput*, do CPP, conduz à tese de que nas duas hipóteses de que deriva a citação por edital, seja quando o réu não é encontrado (art. 361) ou se oculta para não ser cientificado da acusação (art. 362), suspende-se o processo;

2ª - da *interpretação teleológica* do texto resulta que não se suspende a ação penal no caso de o réu, conhecendo a acusação, ocultar-se para não ser citado, ainda que se expeça o edital citatório.

Nossa posição: a segunda (não se suspende o processo na hipótese do art. 362 do CPP). O novo princípio legal, com fundamento na regra de que o réu tem direito de ser informado da imputação, pressupõe, para ensejar a suspensão do processo, que não tenha tido ciência da acusação. Dessa forma, se o infrator, tendo conhecimento da persecução penal, oculta-se para não ser citado pessoalmente, não há o suporte teleológico necessário à incidência da medida, ainda que venha a ser expedido o edital. Seria como premiar um artifício malicioso. Como diz **Rogério Schietti Machado Cruz**, não deve ser aplicada a solução do art. 366, *caput*, “àquelas situações ... em que o réu evita a sua citação pessoal, pois a suspensão do processo, até que seja pessoalmente citado, premiará a sua astúcia, em prejuízo do interesse estatal e societário de que a conduta ilícita seja devidamente apurada. O Estado terá o exercício de sua jurisdição penal sobrestado simplesmente porque o réu, deliberadamente, ‘driblou’ a lei penal, valendo-se de uma alternativa criada pela lei instrumental” (“A citação editalícia e a eficácia do processo”, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais cit., julho de 1996, nº 43, p. 2).

Terminado o prazo da suspensão da prescrição, o processo não retoma o seu curso, ainda que haja conexão de crimes com prazos prescricionais diversos: a ação penal só prossegue com o comparecimento do réu, pessoalmente ou por intermédio de advogado, atendido o princípio do direito à informação sobre a pretensão acusatória. De modo que, encerrado o prazo de suspensão da prescrição: **1.** o prazo prescricional recomeça a correr, levando-se em conta o período anteriormente decorrido; **2.** o processo continua paralisado, aguardando-se o comparecimento do acusado ou sua ciência da imputação. Não se pode dizer que a acusação fica prejudicada porque a ação penal continua paralisada e a prescrição segue seu curso. De ver-se que, praticamente, a prescrição tem dobrado o seu prazo. Assim, num caso de furto simples (CP, art. 155, *caput*), em que a prescrição da pretensão punitiva ocorre em oito anos (CP, art. 109, IV), a extinção da punibilidade somente se daria após 16 anos a partir da suspensão do processo, descontado eventual período anterior. Além disso, permitindo-se que, encerrado o prazo da suspensão da prescrição, tivesse prosseguimento o processo sem a presença do réu, restaria prejudicado o princípio do direito à informação.

Por fim, o conteúdo processual penal da lei nova impede que seja aplicada aos processos findos. Nesse sentido, analisando os arts. 88 e 91 da Lei nº 9.099/95: **Ada Pellegrini Grinover**, “Direito intertemporal e âmbito de eficácia da Lei dos Juizados Especiais Criminais”, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais cit., nov. de 1995, 35:4 e 5.

## *Ainda sobre o efeito vinculante*

ELLEN GRACIE NORTHFLEET\*

Os Professores **Arnoldo Wald** e **Ives Gandra da Silva Martins**, na edição do “**Estadão**”, de 15.4.96, desenvolveram com absoluta clareza as duas linhas de pensamento que se colocam, hoje, nos meios jurídicos, uma para defender, outra para antagonizar a adoção de algum efeito vinculante para as decisões dos Tribunais Superiores. Alinho-me entre os que acreditam que a maior parte das questões trazidas ao foro, especialmente ao foro federal, são causas repetitivas, onde, embora diversas as partes e seus patronos, a *lide* jurídica é sempre a mesma. São causas que se contam aos milhares em todo o país e que dizem respeito a matérias exaustivamente discutidas e de há muito pacificadas pela jurisprudência. Como exemplo, as devoluções de empréstimos compulsórios, as causas em que se busca a correção monetária dos salários de contribuição, para efeito de cálculo das aposentadorias, aquelas em que os depositantes reivindicam a aplicação de índices expurgados ao cálculo de seus saldos em cadernetas de poupança, entre inúmeras outras.

É impossível sustentar que processos dessa natureza devam prosseguir congestionando o Judiciário e percorrendo suas diversas instâncias na sucessão, quase interminável, dos recursos colocados à disposição das partes pela legislação processual. Nenhum progresso para a ciência jurídica resultará do julgamento desses feitos. Eles nada mais são que uma reprodução de peças padronizadas. Da petição inicial ao acórdão derradeiro, nada será acrescentado ao entendimento que já se cristalizou a respeito da matéria. É inútil e custoso manter a máquina judiciária ocupada com questões que já não oferecem relevo ou dificuldade. Mais que isso, tal atitude desvia atenção e recursos do Judiciário, os quais deveriam estar melhor aplicados nas questões que têm maior atualidade e demandam reflexão e atividade criativa por parte dos magistrados. São ademais infundados os temores de que a adoção do efeito vinculante pudesse coarctar de alguma forma a independência dos juízes, essa garantia constitucional que não se erige em privilégio para uma categoria, mas em garantia para o cidadão. Em países de extensa tradição democrática o sistema é utilizado sem qualquer arranhão ao devido processo legal e à garantia de um julgamento isento. Por isso pareceu-me adequado trazer alguma informação suplementar sobre a forma como, no sistema anglo-saxão, se aplica a doutrina do *stare decisis*. Não se trata - como parece que alguns imaginam - de mera repetição acrítica de julgamentos anteriores. Ao contrário, na afirmação do Prof. **Brumbaugh**, em seu livro *Legal Reasoning and Briefing*, “os precedentes não se devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se

existem similaridades de fato e de direito e para determinar a posição atual da Corte com relação ao caso anterior”. Por isso mesmo, **Benjamin Cardozo**, em seu *The Nature of the Judicial Process*, adverte: “Na aplicação de um precedente, o jurista precisa determinar a *autoridade* desse precedente. Será ele vinculativo ou meramente persuasivo? Se ele for vinculante, o princípio estabelecido no caso antecedente deve ser aplicado e define o julgamento no caso subsequente. Se for apenas persuasivo, uma variedade de fatores adicionais deve ser considerada para que se decida sobre sua aplicação e sobre a extensão e o grau desta aplicação”. O exame dos fatos do caso-paradigma e daquele em julgamento definirá, em grande parte, a adequação ou não do precedente. Mas mesmo o fundamento de direito do precedente pode ser posto à prova. É o que afirma o Chanceler **Kent** em seus *Commentaries*: “Uma decisão formal a respeito de uma questão de direito torna-se paradigma para caso semelhante, e os juízes devem acompanhar tal decisão enquanto ela não for superada, *a menos que possa ser demonstrado que a lei foi mal compreendida ou mal aplicada naquele caso específico.*”

Sem dúvida, o legislador brasileiro, quando cogitar da adoção de algum efeito vinculante para as decisões judiciais, levará em consideração todas as nuances que emprestam particular eficiência ao sistema tal como é adotado nos países do *common law*. Não seria razoável imaginar que, desde logo, se garanta força de precedente a súmulas que não foram concebidas para terem tal extensão. Será necessário que os Tribunais Superiores revisem os enunciados já emitidos, para cancelá-los como precedentes, e redobrem suas cautelas ao editar novas formulações. Mais importante que tudo, porém, especialmente no que diz respeito às matérias da competência da Justiça Federal, é que a jurisprudência firmada seja considerada como a interpretação autorizada da lei do país, e, como tal, vincule a administração pública.

Este detalhamento permitirá que se concretize o anseio manifestado pelos Profs. **Arnoldo Wald** e **Ives Gandra**, ecoando, neste particular, as exigências da própria sociedade brasileira por “decisões céleres e justas, sem que o Direito deixe de evoluir de modo construtivo.”

---

\* Ellen Gracie Northfleet é Juíza Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

---

# Questões controvertidas do Inquérito Civil <sup>(1)</sup>

HUGO NIGRO MAZZILLI \*

## 1. Objeto do trabalho

- Nosso objetivo é discutir os pontos que causam maior polêmica e as principais dificuldades do inquérito civil. Trata-se de instituto relativamente novo, de pouco mais de uma década — o que é muito pouco em termos de existência de um instituto jurídico —, de forma que não pretendemos ter soluções prontas e acabadas para cada um dos inúmeros pontos controvertidos a respeito do inquérito civil — que são muitos e extremamente complexos —, mas sim discutir as principais questões que têm surgido no trato da questão, em nossa vida profissional, inclusive junto ao Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (CSMP).

## 2. Criação do inquérito civil

- A primeira lei que instituiu o inquérito civil foi a Lei federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985.
- Como surgiu? Inicialmente, o Promotor de Justiça **José Fernando da Silva Lopes**, em palestra no Grupo de Estudos de Ourinhos (1980), sugeriu a criação de um *inquérito civil*, à guisa do já existente *inquérito policial*. Não previu ele o instituto como passou a existir hoje, mas sim um procedimento investigatório *dirigido por organismos administrativos, para ser encaminhado ao Ministério Público para servir de base à propositura da ação civil pública*.
- Tal como existe hoje, o inquérito civil foi sugerido no anteprojeto da Lei da Ação Civil Pública (LACP), de **Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior** (1984), que serviu de base à Lei nº 7.347/85. Esses ilustres membros do Ministério Público paulista previram o inquérito civil como instrumento diverso do inquérito policial: na sua visão,

<sup>(1)</sup> Estas notas serviram de base à palestra proferida pelo autor na Escola Paulista do Ministério Público, em 20/11/96.

o inquérito civil deveria ser conduzido diretamente pelo Ministério Público e deveria destinar-se a colher elementos para propositura de eventual ação civil pública.<sup>(2)</sup> Foi sua proposta integralmente acolhida na LACP.

### 3. O inquérito civil na legislação subsequente

- A Lei nº 7.347/85 foi a pioneira a prever o inquérito civil.
- A seguir, vieram a Constituição da República de 1988 (art. 129, III); a Lei nº 7.853/89 (pessoas portadoras de deficiência); o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA — art. 210 da Lei 8.069/90); o Código de Defesa do Consumidor (CDC — art. 90 da Lei 8.078/90); a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP — art. 25, IV, da Lei 8.625/93) e a Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU — art. 7º, I, e 38, I, da LC federal nº 75/93).

### 4. O que é o inquérito civil?

- O inquérito civil é um procedimento administrativo investigatório a cargo do Ministério Público; seu objeto é a coleta de elementos de convicção que sirvam de base à propositura de uma ação civil pública ou coletiva para a defesa de interesses metaindividuais — ou seja, destina-se a colher elementos de convicção para que, à sua vista, o Ministério Público possa *identificar ou não* a hipótese em que a lei exige sua iniciativa na propositura de alguma ação civil pública ou coletiva.
- Só o Ministério Público está autorizado a instaurar inquérito civil; não os demais co-legitimados à ação civil pública. A União, o Estado, o Município, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações ou as associações civis podem propor a ação civil pública ou coletiva; antes de propor sua ação, é natural que recolham elementos de convicção necessários, mas não poderão estes co-legitimados fazê-lo por meio do inquérito civil, pois, na forma como foi concebido na Lei nº 7.347/85 e legislação subsequente, trata-se de instrumento exclusivo de investigação do Ministério Público.
- É errônea a expressão, às vezes encontrada, de *inquérito civil público*. Usa-se a expressão ação civil *pública* em contraposição à ação civil *privada* — mas como não existe inquérito civil *privado*, não há falar em inquérito civil *público*.

---

<sup>(2)</sup> De sua autoria, v. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, Saraiva, 1984.

## 5. *Função institucional ou instrumento de atuação?*

- O art. 129, III, da Constituição, insere o inquérito civil dentre as *funções institucionais do Ministério Público*.
- Entretanto, a LOMPU — que é de aplicação subsidiária para *Ministério Público dos Estados*<sup>(3)</sup> — bem distingue o que são funções institucionais (art. 5º — como a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e o zelo pelo efetivo respeito dos poderes públicos aos direitos assegurados na CF, *v.g.*) e aqueles que são os instrumentos de atuação ministerial (art. 6º — como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação civil e a ação penal públicas, além do próprio inquérito civil).

## 6. *Inquérito civil e inquérito policial*

- Deve-se traçar a distinção entre inquérito civil e inquérito policial.
- Disciplina legal: **a)** do inquérito policial, nos arts. 4º e s. do Código de Processo Penal; **b)** do inquérito civil, nos arts. 8º e 9º da LACP.
- Objeto: **a)** do inquérito policial — apurar infrações penais na sua materialidade e autoria para servir de base à denúncia; **b)** do inquérito civil — apurar lesões a interesses metaindividuais, na sua materialidade e autoria, para servir de base à ação civil pública ou coletiva.
- Presidência: **a)** do inquérito policial: cabe à autoridade policial; **b)** do inquérito civil: cabe ao Promotor de Justiça.
- Controle de arquivamento: **a)** no inquérito policial: o Promotor de Justiça requer o arquivamento, que é determinado pelo Juiz, com a *possibilidade de reexame* da promoção de arquivamento pelo Procurador-Geral de Justiça (art. 28 do CPP); **b)** no inquérito civil: o Promotor de Justiça não *requer* e *sim determina* o arquivamento, havendo *obrigatório reexame* pelo CSMP, independentemente de provocação de terceiros.

## 7. *O inquérito civil é indispensável?*

- Embora normalmente seja o inquérito civil muito útil para colher elementos aptos à propositura da ação civil pública ou coletiva, não é ele indispensável para isso.
- O inquérito civil pode ser dispensado em várias hipóteses, como, por exemplo, em caso de: **a)** urgência (como no requerimento de medida cautelar); **b)** existência prévia de peças de informação suficientes (documentos extraídos de outros autos; processo administrativo; autos do Tribunal de Contas etc.).

<sup>(3)</sup> Cf. art. 80 da LONMP.

- Antes do advento do inquérito civil, o Ministério Público não podia promover investigações? Podia e ainda pode: a Lei Complementar n° 40/81 (a anterior Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) já lhe dava o poder de promover diligências, efetuar requisições e expedir notificações, poder esse que conservou por força de suas atuais leis orgânicas<sup>(4)</sup>; acresce que a própria Constituição Federal lhe comete a direção de *procedimentos administrativos de sua competência* (CF, art. 129, VI e VIII). Entretanto, sem dúvida é o inquérito civil o sistema de investigação mais disciplinado, metódico e sujeito ao mais saudável sistema de controle por parte da sociedade e da própria instituição.

#### 8. *Modo de instauração do inquérito civil*

- O inquérito civil pode ser instaurado por meio de portaria ou despacho do órgão do Ministério Público, em requerimento, ofício ou representação que lhe sejam encaminhados.
- Poderá ser instaurado a requerimento ou de ofício.

#### 9. *Problemas ligados à instauração do inquérito civil*

- *a) O inquérito civil só se destina a apurar lesões a interesses metaindividuais (interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos)?*
- E quanto às lesões a outros interesses que, na área civil, justifiquem a ação civil pública do Ministério Público? Por meio do inquérito civil, poderia o Ministério Público investigar previamente fatos que possam ensejar a propositura de outras ações civis públicas a seu cargo, como a ação de nulidade de casamento, algumas ações rescisórias, a ação direta de inconstitucionalidade, a destituição de pátrio poder e outros exemplos de defesa de interesses individuais indisponíveis?
- Há duas posições possíveis para enfrentar o problema: *a)* uma, de que não pode fazê-lo, pois a instauração de inquérito civil estaria limitada aos objetivos específicos da LACP (defesa de interesses difusos e coletivos); *b)* outra, de que pode instaurá-lo nesses casos. Esta última é a solução preferível, não apenas pelo aspecto analógico em vista do alcance originário da LACP, mas pelo alargamento do objeto do inquérito civil, trazido pelo CDC (art. 90), pela própria CF (art. 129, III) e pelas Leis Orgânicas do Ministério Público (LONMP, art. 26, I; LOMPU, art. 6°, VII, c, e 38, I). É o posicionamento que

<sup>(4)</sup> Sobre a questão da vigência da LC n° 40/81, v. nosso *Regime jurídico do Ministério Público*, Cap. 6, 3ª ed., Saraiva, 1996.

defendo em meus trabalhos<sup>(5)</sup>, com endosso de **Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz**.<sup>(6)</sup>

- Assim, além dos interesses diretamente objetivados na LACP (interesses ligados ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, ao consumidor, à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos), hoje o Ministério Público está autorizado a instaurar inquérito civil para apurar danos ao patrimônio público e social (art. 129, III, da CF), cuidar da prevenção de acidentes do trabalho (setor prevenção), enfrentar hipóteses previstas no ECA, defender pessoas portadoras de deficiência ou de populações indígenas, investigar abusos do poder econômico, apurar omissões a que se refere o art. 129, II, da CF, etc.
- Vantagens do inquérito civil: trata-se de meio mais metódico e organizado de investigação, que poderá ser muito útil em diversas atividades ministeriais, como antes de propor eventual ação de extinção de fundação, destituição de pátrio poder, rescisórias etc. Além disso, a instauração de inquérito civil permite que, nas substituições, afastamentos ou até sucessão do Promotor de Justiça, seu trabalho tenha continuidade. Lembro-me de que, durante nossa gestão no CSMP (1994-1995), houve o caso de um colega que faleceu, e na sua gaveta e nos seus armários, havia uma série de procedimentos não formalizados. Ora, o trabalho do Promotor de Justiça não é *pessoal* e sim *institucional*, sendo de toda conveniência que seja formalizado, até para ter continuidade.
- *b) O Ministério Público pode instaurar inquérito civil para apurar lesão a interesses individuais homogêneos?*
- A questão é controvertida. De um lado, há os que propendem pela resposta positiva, baseados na legitimidade genérica que ao Ministério Público foi concedida na matéria pelo CDC (arts. 81-2). Argumentam que, se o CDC permite ao Ministério Público ajuizar ação civil pública para defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não só na área do próprio consumidor, mas em qualquer outra área (art. 90 CDC), então não haveria razão para restringir sua iniciativa nessa área. Em reforço dessa argumentação, poderíamos lembrar que o art. 6º, VII, *d*, da LOMPU, também permite expressamente que o Ministério Público instaure inquérito civil para defesa de interesses individuais homogêneos, norma essa de aplicação subsidiária ao Ministério Público dos Estados (art. 80 da LONMP). De outro lado, porém, há os que, como nós, entendem ser necessário compatibilizar a destina-

<sup>(5)</sup> *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 8ª. ed., Saraiva, 1996.

<sup>(6)</sup> "Apontamentos sobre o inquérito civil", *"Justitia"*, 165/33; "Inquérito civil — 10 anos de um instrumento de cidadania" — em *Ação civil pública*, Saraiva, 1995.

ção social e constitucional do Ministério Público com a defesa do interesse a ele cometido; no caso dos interesses difusos, não há negar, está legitimado à sua defesa, mas no caso de interesses individuais homogêneos e até coletivos, a iniciativa do Ministério Público só pode ocorrer em casos como estes: *a*) conforme a natureza do dano (saúde, segurança, educação); *b*) conforme a dispersão dos lesados (a abrangência social do dano, sob o aspecto dos sujeitos atingidos); *c*) conforme o interesse social no funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (previdência social, captação de poupança popular etc.). Neste sentido, é também a solução acolhida pela Súmula 7-CSMP de São Paulo.<sup>(7)</sup>

- *c) O Ministério Público pode instaurar inquérito civil para investigar decisões da administração tomadas (ou não tomadas) dentro do campo da discricionariedade administrativa?*
- Diversos julgados têm advertido contra o cabimento de ação civil pública ou coletiva (e, *a fortiori*, contra cabimento de inquérito civil) para contrastar diretrizes de oportunidade e conveniência do administrador — pois a discricionariedade do ato administrativo só pode ser aferida pela própria administração. Sem negar tais considerações, aliás pacíficas na doutrina e na jurisprudência tanto em matéria de inquérito civil como de ação civil pública, o Ministério Público pode ingressar no exame: *a*) dos aspectos formais de competência e legalidade do ato administrativo vinculado e do ato discricionário; *b*) do mérito do ato administrativo vinculado; *c*) do mérito do ato administrativo discricionário, quando tenha havido imoralidade, desvio de poder ou de finalidade ou, finalmente, quando a administração o tenha motivado, embora não fosse obrigada a fazê-lo (*teoria dos motivos determinantes*). Outrossim, como *os fins a atingir pela administração são sempre vinculados*, conforme válido ensinamento de **Hely L. Meirelles**, apesar das dificuldades que o Promotor de Justiça encontrará, é possível que se instaure inquérito civil, p. ex., diante da falta de vagas para menores nas escolas, da inexistência de atendimento de saúde, da falta de condições de saneamento básico etc. Afinal, se são direitos, alguns até constitucionais, a eles correspondem deveres que podem ser cobrados em juízo.
- Assim, por exemplo, é o que ocorre na aplicação de orçamentos. É certo que o Poder Executivo pode efetuar despesas ou remanejar verbas, dentro da lei; mas, se o fizer fora dos parâmetros legais ou constitucionais (art. 167 da CF), poderá haver dano ao patrimônio público ou até crime a investigar. O que não poderá o Ministério Público é pretender impor ao administrador critérios discricionários dele, Ministério Público, no tocante à utilização do orçamen-

---

<sup>(7)</sup> V. íntegra das referidas súmulas em nossa obra *A defesa dos interesses difusos*, cit.

to, nem tomar do administrador o poder de decidir quais as despesas, investimentos ou opções são as melhores para a coletividade — pois para isso o administrador foi eleito, e não o Promotor de Justiça nem o Juiz.

- *d) Os fatos que ensejem a instauração de inquérito civil devem ser determinados?*
- Uma breve, porém necessária digressão, aponta-nos que o direito romano considerava delitos certos atos precisamente indicados na lei.<sup>(8)</sup> Havia uma ligação muito intensa entre o ilícito civil e o ilícito penal, de forma que o ilícito penal era em regra também um ilícito civil, mas, como a abrangência deste fosse sendo alargada, os demais ilícitos civis, que não eram propriamente ilícitos penais, eram considerados *quasi ex delicto*.
- Esse quadro levou a muitas equiparações e semelhanças entre o ilícito civil e o ilícito penal. Contudo, com a evolução da teoria da responsabilidade civil, gradativamente se tem afastado o ilícito civil do ilícito penal, seja sob o aspecto da ausência de culpa ou dolo — porque no Direito Civil não raro basta o mero vínculo da causalidade entre o agente e o prejuízo —, seja porque e principalmente há características próprias na descrição típica do ilícito civil, que admite contornos mais flexíveis que o ilícito penal.
- Assim, a teoria da tipicidade, que, em defesa das mais altas garantias individuais, atingiu seu ponto culminante no Direito Penal, no Direito Civil não restou tão exacerbada. Enquanto no Direito Penal os tipos são descritos com a maior precisão possível, a ponto de não serem sequer a regra os chamados *tipos anormais* (como os que contêm elementos normativos — *indevidamente, sem justa causa*; ou contêm elementos subjetivos — *com o fim de etc.*), já no Direito Civil *qualquer ação humana que viole o direito ou cause prejuízo* constitui ilícito civil — independentemente de tratar-se de uma ação prévia e abstratamente definida pela lei material com todas as suas circunstâncias, ao contrário do Direito Penal (art. 159 CC).
- Sob o aspecto civil, em regra não há, como no Direito Penal, um rol de ações humanas ilícitas, e sim existe apenas uma norma genérica equivalente à prática de comportamento contrário à ordem jurídica.
- Na área civil, seria, pois, pressuposto de uma ação a existência de tipicidade, ou de um *fato típico determinado*? Poderia parecer à primeira vista que a resposta mais simples seria a positiva, ainda que mitigada a afirmação pelos contornos próprios do ilícito civil; contudo, é preciso cautela para não generalizar demais nem fazer analogias excessivas e assim descabidas com o Direito Penal, pois, em vista das peculiaridades do ilícito civil, neste, o princípio da tipicidade é norma aberta; além disso, a exigência de fato determi-

---

<sup>(8)</sup> Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, § 71.

nado é muito mais flexível no Direito Civil do que no Direito Penal.

- É natural que, observadas as peculiaridades do ilícito civil, não se deva descurar de uma adequação típica mínima entre a ação humana e o resultado vedado pela lei. Em alguns casos, o legislador civil é até mais rigoroso a respeito e aproxima-se do legislador penal, como ocorre com a responsabilização civil de agentes públicos pelo sistema da Lei nº 8.429/92, que exige a prática de atos determinados de improbidade. Mas, não é demais insistir em que, em vista dos pressupostos e objetivos diversos que distinguem a esfera civil da esfera penal, em regra devemos entender com mais largueza o fenômeno da adequação típica do ilícito civil, justamente porque em regra os ilícitos civis são tipos abertos. Além disso, os ilícitos civis podem constituir um *estado de coisas* e não propriamente uma ação precisa ou determinada, atual ou pretérita. Assim, por exemplo, a falta de segurança nos transportes ou a falta de vagas nas escolas podem ser consideradas, *lato sensu*, como matéria a ser investigada em inquérito civil, ainda que não decorram de um ato isolado de um administrador específico em determinado momento. O mesmo se diga, p. ex., da degradação atual do Rio Tietê, que pode ser considerada resultado de um estado de coisas de dezenas de anos, e não fruto de uma ou algumas poucas ações humanas individualizadas, determinadas ou localizadas mais precisamente no tempo. Nem por isso essas matérias ficam a salvo de investigação ou de medidas reparatórias na área do inquérito civil ou da ação civil pública ou coletiva. Tome-se ainda como exemplo a ação civil pública em andamento, que está sendo movida pelo Ministério Público e por entidade ambiental, e que se destina a restaurar a qualidade de vida em Cubatão, fruto da poluição desenfreada de dezenas de anos e centenas de indústrias.
- No inquérito civil, havendo motivos razoáveis para tanto, até mesmo *meras atividades perigosas* podem ser investigadas, e seria absurdo ter de esperar por um fato determinado, ou por um dano específico, para iniciar investigações na área civil, até porque a própria LACP admite propositura de ação civil pública para *evitar danos* (art. 4º da LACP). É o que fazem, v.g., com zelo e eficiência, os Promotores de Justiça da Promotoria de Justiça de Acidentes do Trabalho (Setor de Prevenção), quando investigam condições laborativas em situações de conhecido risco, recorrendo ao inquérito civil, obtendo compromissos de ajustamento ou propondo as ações competentes.
- *e) Cabe instauração de inquérito civil à vista de notícia de jornal ou representação?*
- Seria um absurdo dar resposta abstrata ou genérica a essa pergunta. A resposta correta é: *depende do caso concreto*. Assim como um Delegado de Polícia pode abrir um inquérito policial à vista de uma representação ou de uma notícia de jornal, quando reconheça haver justa causa para tanto, também o Promotor de Justiça pode instaurar um inquérito civil nas mesmas

circunstâncias. Há representações ou reportagens de jornais ou revistas tão bem fundamentadas, que seria um despropósito cruzar os braços e nada fazer, assim como também seria equivocada, *data venia*, instaurar uma investigação preliminar para investigar precisamente o que seria objeto do próprio inquérito civil, pois este já é a própria investigação preliminar criada pelo legislador federal.

▪ *f) Competência*

▪ Para instaurar o inquérito civil ou propor a ação civil pública, normalmente, a regra é a competência do local do dano que ocorreu ou deva ocorrer (art. 2º da LACP). A nosso ver, trata-se de regra de competência *absoluta* (e não *funcional*, como diz, sem maior técnica, a lei). Note-se bem, trata-se de regra de competência, não de jurisdição. Em que pese a atual vacilação na jurisprudência, entendemos não ter dado a LACP jurisdição aos Juízes estaduais sobre questões de interesse da União. A nosso ver, a LACP preserva a competência da Justiça Federal, nos casos em que a CF lhe comete o processo e o julgamento das causas em que sejam interessada a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, na condição de autora, ré, assistente ou oponente (art. 109 I, da CF).<sup>(9)</sup>

▪ Como já antecipamos, há entendimentos em sentido contrário, no sentido de que a competência da justiça local, ainda que estadual, abrangeria até mesmo causas em que fosse interessada a União, entidade autárquica ou empresa pública federal. Nosso entendimento, porém, é diverso<sup>(10)</sup>, pois, embora a CF admita exceções à regra de competência da Justiça Federal, nesse caso, a LACP não é expressa em excepcionar a competência da Justiça Federal: a LACP apenas cuida de competência absoluta, e não é regra de jurisdição; apenas diz que a ação será proposta no foro do local do dano, cujo juízo terá competência absoluta (a lei diz *funcional*) para apreciar a causa. Assim, p. ex., tendo ocorrido um dano causado pela própria União, em comarca que não seja sede de vara federal, a atribuição para investigar os fatos será do membro do Ministério Público que tenha atribuições em tese para propor a ação correspondente perante vara da justiça federal com competência absoluta sobre o local do dano. Estará cumprido o art. 2º da LACP.<sup>(11)</sup>

▪ Em casos de lesão a interesses individuais homogêneos, o art. 93 do CDC estabelece regras próprias (foro da Capital do Estado ou do País, para danos

<sup>(9)</sup> Será, porém, da competência da justiça estadual a ação em que seja interessada sociedade de economia mista, sociedade anônima de capital aberto ou outras sociedades comerciais, ainda que delas participe a União como acionista, cf. Súmula nº 8-CSMP.

A respeito do teor das Súmulas do CSMP, aqui citadas, v. nota de rodapé nº 7, *retro*.

<sup>(10)</sup> *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., Cap. 15.

<sup>(11)</sup> Nesse caso, nada obstará a que houvesse litisconsórcio de vários Ministérios Públicos, na forma do art. 5º, § 5º, da LACP, com a redação que lhe deu o CDC.

regionais ou nacionais, conforme o caso). Por analogia, essa regra também pode ser aplicada seja para a instauração do inquérito civil, seja para a propositura da ação civil pública, em hipóteses semelhantes.

## 10. Natureza do inquérito civil

- O inquérito civil não é *processo* administrativo e sim *procedimento*; nele não há uma acusação nem nele se aplicam sanções; dele não decorrem limitações, restrições ou perda de direitos. No inquérito civil não se *decidem interesses*; não se aplicam penalidades. Apenas serve ele para colher elementos ou informações com o fim de formar-se a convicção do órgão do Ministério Público para eventual propositura de ação civil pública ou coletiva.
- Assim, não sendo *um fim em si mesmo*, o inquérito civil não é contraditório; é o mesmo que ocorre com o inquérito policial, e, pois, *a fortiori*, é o que se dá com o inquérito civil.<sup>(12)</sup>
- O inquérito civil *pode* ser contraditório? Pode, se convier. Tomemos estas hipóteses como exemplo: o Ministério Público não está bem instruído se é ou não caso de propor a ação civil pública ou coletiva, se houve ou não o dano, se a argumentação do autor do requerimento é ou não correta (nesses casos, como em outros, ouvir todos os interessados deve ser útil ou até mesmo necessário).
- Às vezes, porém, *não deve* ser contraditório, senão em todas as fases, ao menos em algumas delas (como quando deseja o Promotor de Justiça surpreender uma situação que precise constatar, como os lançamentos poluentes; o uso de lixos clandestinos etc.)
- Neste último caso, o Promotor de Justiça pode impor *sigilo* ao inquérito civil, cuja preservação será obrigatória pelos funcionários do Ministério Público; aqui, cabe analogia com o inquérito policial (imposição de sigilo nos casos de “interesse da sociedade” — art. 20 CPP).

## 11. Publicidade

- A questão da publicidade do inquérito civil está estreitamente ligada à questão anterior. Em regra, a resposta é positiva, em decorrência do princípio geral da publicidade dos atos da administração (art. 37 da CF).
- Daí, os atos do inquérito civil são em regra públicos (audiências, inquirições, expedição de certidões), feita, porém, a ressalva análoga à do art. 20 do CPP

---

<sup>(12)</sup> Esse entendimento é compartilhado por Nelson Nery Jr., Rodrigues Fiorillo, Rosa Nery, Antonio Augusto M. Camargo Ferraz.

(imposição de sigilo, se da publicidade advier prejuízo à investigação), ou a hipóteses em que o órgão do Ministério Público tenha acesso a dados ou informações sigilosas, hipótese em que lhe incumbirá o dever de preservar o sigilo legal.

## 12. Requisições em matéria sigilosa

- Tem havido resistência na doutrina e em decisões judiciais sobre o amplo poder de requisição do Ministério Público no inquérito civil.
- Contudo, como hoje a LOMPU, a LONMP e a LACP não fazem mais as mesmas restrições da LC nº 40/81 (esta lei, feita em tempo de ditadura, limitava o poder de requisição do Ministério Público, excluindo-o em caso de sigilo legal ou segurança nacional), o Ministério Público poderá requisitar quaisquer documentos ou informações, de quaisquer autoridades, inclusive nos casos legais de sigilo. Nesse caso, deverá o próprio membro do Ministério Público tomar as cautelas para não ocorrer uso indevido das informações.
- No mesmo sentido, é o ensinamento de **Nelson & Rosa Nery**.<sup>(13)</sup>
- A meu ver, só nos casos de exceções constitucionais, como no sigilo das comunicações telefônicas, é que o Ministério Público precisará de autorização judicial para ter acesso à informação sigilosa.<sup>(14)</sup>

## 13. Controle de legalidade

- A LC paulista nº 734/93 instituiu um sistema de recursos para controlar a instauração do inquérito civil. Lembremos, rapidamente, o momento em que o fez: isso ocorreu em fim de governo estadual, em época em que nós e outros tantos denunciávamos a prejudicial concentração de poderes nas mãos da chefia do Ministério Público — atitude que o Ministério Público paulista majoritariamente recusou quando acatou nossas denúncias e nos elegeu de forma maciça para o CSMP em 1993.<sup>(15)</sup>
- Desta forma, a LOEMP previu dois recursos em matéria de inquérito civil: **a)** contra o indeferimento de representação visando à sua instauração (no prazo de 10 dias a contar da ciência do indeferimento — art. 107, § 1º); **b)** contra a instauração do inquérito civil (no prazo de 5 dias a contar da ciência da instauração — 108, § 1º).

<sup>(13)</sup> Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery, em *Código de Processo Civil Comentado*, notas à LACP, 2ª. ed., Rev. dos Tribunais, 1996.

<sup>(14)</sup> Cf. art. 5º, XII, da Constituição.

<sup>(15)</sup> A propósito, cf. nosso *Regime jurídico do Ministério Público*, 3ª. ed., Cap. 8, Saraiva, 1996.

- Ora, se o indeferimento de instauração de inquérito civil fosse eventualmente lançado sobre peças de informação, a rigor o recurso seria inócuo, pois tal decisão equivaleria ao arquivamento das peças de informação, e, como tal, já estaria sujeita ao reexame do CSMP. E, quanto à primeira hipótese (recurso contra a instauração de inquérito civil), estava claro que o objetivo da LC estadual era o de limitar a liberdade de ação dos órgãos de execução do Ministério Público, por isso que, em nossa gestão junto ao CSMP, em caso algum foi provido o recurso interposto contra a instauração de inquérito civil por Promotor de Justiça (1994/1995).<sup>(16)</sup>
- É totalmente írrito o sistema de recursos no inquérito civil, criado pela LOEMP.
- Ainda que em tese pudesse o legislador estadual dispor sobre procedimento, não estaria a disciplina do inquérito civil contida no objeto da LOEMP do Ministério Público. O objeto a ela reservado no art. 128, § 5º, da CF, seria apenas *dispor sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público*, e não dar disciplina normativa ao inquérito civil, ainda mais inovando o legislador paulista e criando recursos destinados a obstar ao funcionamento de um procedimento já inteiramente disciplinado por lei federal.
- Não poderia a LOEMP apartar-se do modelo federal.<sup>(17)</sup> Os Estados podem em suas leis locais de organização do Ministério Público dispor sobre qual membro do Ministério Público poderá instaurar um inquérito civil, quais as providências administrativas devem tomar para fazê-lo, mas não podem dispor sobre as hipóteses de instauração, o objeto, a revisão do arquivamento, os recursos. Como dizem Nelson & Rosa Nery, “não poderão os Estados editar leis normatizando o inquérito civil no âmbito estadual, pois estariam ferindo o *modelo federal* da LACP, que já traçou o regime jurídico *integral* do inquérito civil. Assim, v.g., a LOEMP-SP art. 108, que estabelece recurso, com efeito suspensivo, contra a instauração do inquérito civil, em flagrante inconstitucionalidade por ferir o modelo federal.”<sup>(18)</sup>
- Além do mais, a Constituição facultou ao Procurador-Geral iniciativa para o projeto de lei de organização do Ministério Público local (art. 128, § 5º), mas no caso da LC paulista nº 734/93, iniciada por projeto do chefe do *Parquet* local, houve vício de iniciativa no tocante às normas que disciplinaram o inquérito civil, já disciplinado em lei federal.
- Haveria o mesmo vício se a LOEMP paulista criasse recursos contra o ato do Promotor de Justiça que requisita inquérito policial ao Delegado de Polícia.

<sup>(16)</sup> V. nota de rodapé nº 15, *retro*.

<sup>(17)</sup> Esse argumento foi bem exposto por Nelson & Rosa Nery, em sua obra *Código de Processo Civil Comentado*, cit., em notas à LACP.

<sup>(18)</sup> *Código de Processo Civil Comentado*, cit., notas ao art. 8º da LACP.

O respectivo controle de legalidade já existe e é do Poder Judiciário, não dos órgãos administrativos do Ministério Público, sob pena de instituir-se verdadeira hierarquização ministerial.

- Como agentes políticos dotados de independência funcional, os órgãos do Ministério Público não se subordinam hierarquicamente aos órgãos de administração superior da instituição. Assim, se houver ilegalidade na instauração do inquérito civil, a situação se equipara a uma requisição de inquérito policial sem justa causa, a uma denúncia criminal dada ilegalmente, ou a uma ação civil pública proposta sem base para tanto: a solução é jurisdicional, apenas. No caso de inquérito civil instaurado sem justa causa, caberá mandado de segurança, por exemplo, conforme o caso. Além disso, como lembrou **Antonio Augusto M. C. Ferraz**, nos trabalhos já citados, o trancamento judicial do inquérito civil só ocorrerá em hipóteses restritas, e, nessa linha, podemos imaginar casos de ilegalidade, desvio de finalidade ou falta de atribuições, quando será possível impetrar-se o mandado de segurança contra a instauração do inquérito civil; nos casos de conduções coercitivas ilegalmente determinadas pelo Ministério Público, caberá o *habeas-corpus*; neste caso, a competência será originária dos Tribunais de Justiça, conforme precedentes jurisprudenciais corretamente indicados por **Nelson & Rosa Nery**.<sup>(19)</sup>

#### 14. Procedimentos preparatórios

- Às vezes, o Promotor de Justiça recebe um requerimento, uma representação, uma denúncia de lesão a interesses metaindividuais, e pode ter dúvidas à primeira vista se é ou não caso de instaurar um inquérito civil. Nesses casos, principalmente depois que altas autoridades começaram a perder cargos em virtude de improbidade administrativa e outras tantas começaram a ser investigadas pelo Ministério Público em decorrência dos mesmos motivos, surgiu um movimento em prol da instauração de *procedimentos preparatórios*, verdadeiras investigações preliminares ao inquérito civil.
- Foi solução caseira do Ministério Público paulista, depois endossada na LC estadual nº 734/93.
- Entretanto, a LC paulista nº 734/93, segundo o art. 128, § 5º, da CF, deveria destinar-se a dispor sobre *organização, atribuições e estatuto* do Ministério Público local, não a instituir ou alterar o inquérito civil, instrumento todo criado e disciplinado pela lei federal (LACP). Além disso, o meio para apurar se há ou não lesão a um dos interesses que justificam em tese a propositu-

<sup>(19)</sup> *Código de Processo Civil Comentado*, cit., notas ao art. 8º da LACP.

ra de ação civil pública ou coletiva é precisamente o inquérito civil, e não o procedimento preparatório ou preliminar. O inquérito civil é que já é o procedimento preparatório. Não um procedimento preparatório de outro preparatório.

- A solução da LC estadual nº 734/93 contém o mesmo absurdo que o faria outra lei estadual que, alegando também tratar-se de mero *procedimento*, estabelecesse que o Delegado de Polícia poderia instaurar um procedimento preparatório para, se a seguir julgasse necessário, vir a instaurar o inquérito policial. Quem negaria estar a lei estadual a disciplinar diversamente o procedimento instituído pela lei federal?
- Nas felizes palavras de Antonio Augusto M. C. Ferraz, criticando o procedimento preparatório ao inquérito civil, cabe verberar: “como se fosse razoável investigar um fato para saber se é o caso de investigar esse mesmo fato.”<sup>(20)</sup>
- Além disso, a LC estadual nº 734/93 traz sérios e indesejáveis riscos: quem não se lembra das velhas *sindicâncias policiais*? Será mera questão de terminologia recorrer-se ao procedimento preparatório, sindicâncias ou apurações prévias, se tiverem eles o mesmo tratamento do inquérito civil (e deverão ter, por força dos arts. 8º e 9º da LACP); se não o tiverem, especialmente no controle de arquivamento, ficará evidenciada a burla ao controle de arquivamento do CSMP. Será inevitável a perda de atribuições ministeriais, quando mal exercidas.
- Assim, se o órgão do Ministério Público instaura inquérito civil, haverá controle do CSMP; se não instaura, controle algum?! Os autos irão para a gaveta, para o armário ou para o lixo?! Afinal, as investigações a cargo do Ministério Público não são um trabalho pessoal e sim institucional, e, sem prejuízo da necessária liberdade e independência funcional dos membros da instituição, seus misteres estão sujeitos aos controles de obrigatoriedade e legalidade: há sério interesse da coletividade em que esse controle seja desenvolvido a contento, assim como ocorre no arquivamento do inquérito policial. Ao menos, foi assim que o quis o legislador federal.
- Por isso, a LACP deu o mesmo tratamento ao inquérito civil e a quaisquer *peças de informação* (arts. 8º e 9º da LACP). Ora, que são peças de informação? O conceito é o mesmo do CPP: neste, são representações, documentos, certidões, cópias de peças processuais, declarações ou quaisquer informações que, mesmo sem o inquérito policial, permitam caracterizar a autoria e a materialidade de um crime. *Mutatis mutandis*, é o que ocorre com as peças de informação na área civil: não só permitirão servir de base para eventual pro-

---

<sup>(20)</sup> “Inquérito civil — 10 anos de instrumento de cidadania”, em *Lei nº 7.347/85 — reminiscências e reflexões após 10 anos de aplicação* — Rev. Tribunais, 1995.

positura de ação civil pública, como seu arquivamento sempre exigirá controle pelo CSMP.

- No mesmo sentido é o que dispõe a Súmula 12 — CSMP.<sup>(21)</sup>
- Por fim, a instauração de procedimentos preparatórios, em vez do regular inquérito civil, pode até mesmo trazer graves e imediatos prejuízos à defesa de interesses metaindividuais afetos ao Ministério Público, inclusive deixando de obstar o curso do prazo de decadência, característica que, em certos casos, só a teria a instauração do próprio inquérito civil.<sup>(22)</sup>

### 15. Aplicação subsidiária do CPP

- De fato o inquérito policial foi confessadamente a inspiração do inquérito civil. Natural é que algumas soluções analógicas sejam seguidas, como na instauração, na instrução, na coleta da prova técnica do inquérito civil.
- Contudo, algumas cautelas são necessárias: *a)* só devemos fazer analogia com o inquérito policial naquilo em que a LACP não tenha solução própria diversa deste último (obviamente, não caberia analogia quanto ao modo de fazer o arquivamento, pois o sistema do art. 28 CPP é diverso do art. 9º da LACP; por igual, não caberia analogia entre inquérito civil e policial, em matéria de presidência e controle de prazos da investigação); *b)* cabe analogia *naquilo que seja compatível* entre ambos (ex.: art. 20 CPP: sigilo; procedimento inquisitivo; poderes instrutórios; regras de condução etc.).

### 16. Transação ou compromisso de ajustamento

- O compromisso de ajustamento, uma espécie de transação que versa interesses metaindividuais, foi novidade do CDC, que introduziu um § 6º ao art. 5º da LACP.
- O veto ao § 3º do art. 82 do CDC — que previa o mesmo compromisso de ajustamento —, foi inconseqüente porque: *a)* o art. 113 do próprio CDC inseriu o § 6º do art. 5º da LACP, instituindo o mesmo compromisso de ajustamento antes vetado, e este parágrafo tem aplicação subsidiária até mesmo em matéria de defesa do consumidor (art. 113); *b)* o artigo 113 do CDC não foi vetado; *c)* diversas leis subseqüentes admitiram a transação ou o compromisso de ajustamento referendados pelo Ministério Público em qualquer matéria.
- Theotonio Negrão entendeu que houve veto também ao art. 113 do CDC, e,

<sup>(21)</sup> V. nota de rodapé nº 7, *retro*.

<sup>(22)</sup> CDC, art. 26, § 2º, III.

para fundamentar seu entendimento, invocou passagem das razões do veto. *Concessa venia*, não obstante tenha havido expressa manifestação presidencial no sentido de que o art. 113 seria vetado, essa assertiva do Presidente foi exposta antes como argumento de veto a outro dispositivo da mesma lei, mas tecnicamente não foi formalizado o veto ao art. 113, que foi regularmente sancionado e promulgado. Como não existe veto implícito, pois esse sistema não permitiria o controle da rejeição, a doutrina tem aceito a validade do compromisso de ajustamento, aplicado sem maiores transtornos pelo Ministério Público.<sup>(23)</sup>

- Além disso, o compromisso de ajustamento tomado pelo Ministério Público foi sancionado, também sem veto algum, e consta do art. 211 do ECA; outrossim, com as alterações que a Lei nº 8.953/94 introduziu ao CPC, ficou reconhecida a qualidade de título executivo às transações obtidas pelo Ministério Público, em forma até mais abrangente que as da LACP e do CDC.
- Assim, a transação ou o compromisso de ajustamento podem ser validamente tomados pelo Ministério Público, sem qualquer problema.
- Novamente invadindo área que não lhe era própria, a LC paulista nº 734/93 canhestamente determinou que o compromisso de ajustamento teria sua “eficácia condicionada à homologação do arquivamento pelo CSMP” (art. 112, parágrafo único).
- A LC estadual nº 734/93 expediu comando írrito: não só violou o modelo federal como tentou legislar sobre o momento da constituição de título executivo, matéria de direito substantivo e processual... Seria o mesmo absurdo que o legislador estadual estabelecesse que o cheque só teria eficácia de título executivo a partir da terceira recusa de pagamento pelo banco sacado, ou a partir de quando fosse protestado...
- Além do mais, o legislador paulista não previu o óbvio, ou seja, é possível haver compromissos de ajustamento mesmo sem arquivamento do inquérito civil. Perceberam isso os zelosos Promotores de Justiça de Acidentes do Trabalho — Setor de Prevenção. Integrávamos nós o Conselho Superior do Ministério Público, quando fomos procurados pelos colegas Jorge Luiz Ussier e Maria Cristina Barreira de Oliveira, que expuseram o problema, em virtude do que o CSMP editou unanimemente sua Súmula nº 20, nesse sentido<sup>(24)</sup>, com o que se reconheceu a existência de compromissos de ajustamento independentemente do arquivamento do inquérito civil.

<sup>(23)</sup> Para uma análise mais profunda sobre a eficácia dos §§ 5º e 6º do art. 5º da LACP, introduzidos pelo art. 113 do CDC, v. nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., Caps. 5 e 23.

<sup>(24)</sup> V. nota de rodapé nº 7, *retro*.

- Assim, a eficácia do compromisso de ajustamento surge com sua homologação pelo Promotor de Justiça, e não no momento previsto pela LOEMP, que não poderia dispor sobre o momento da formação do título executivo.
- Algumas recomendações são pertinentes em matéria de compromissos de ajustamento: *a*) como regra geral, devem versar obrigação líquida e certa (certa quanto à existência e determinada quanto ao objeto); *b*) a multa pecuniária neles inserida deve ter caráter cominatório e não compensatório, caso se deseje que funcionem como meio de influência do cumprimento espontâneo da obrigação; *c*) hoje, mesmo sem multa ou sem obrigação líquida, cabe execução de obrigação de fazer fundada em título extrajudicial (CPC, art. 585, II, e 645, com alterações da Lei nº 8.953/94) — contudo, há grande conveniência prática em colher obrigação líquida e certa, se possível, além de estabelecer-se cláusula penal ou cláusula cominatória; *d*) se o compromisso de ajustamento levar ao arquivamento do inquérito civil, esse arquivamento estará sujeito à revisão do CSMP.

### 17. *É constitucional o arquivamento do inquérito civil?*

- No inquérito policial, a última palavra sobre seu arquivamento é do Ministério Público, e não há inconstitucionalidade alguma quando o Estado, titular do *ius puniendi*, se recusa a efetuar a acusação penal.<sup>(25)</sup>
- No inquérito civil, a última palavra também é do Ministério Público, e aqui, até com mais técnica, não se exige manifestação judicial enquanto não há pretensão alguma a ser exposta em juízo. Entretanto, aqui no inquérito civil, diversamente do que ocorre no inquérito policial, não estamos lidando com interesse público (do qual é titular o Estado), e sim com interesses metaindividuais, que são compartilhados por inúmeros lesados individuais. Por isso, seria de cogitar se não haveria inconstitucionalidade em monopolizar o Ministério Público o arquivamento do inquérito civil.
- Haveria sim, se o Ministério Público fosse titular privativo da ação civil pública ou coletiva, pois aqui, diversamente da ação *penal* pública, estamos lidando com interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos, e não com interesses estatais, em sentido estrito.
- Contudo, como o Ministério Público não é o único legitimado ativo (na ação civil pública, há legitimação ativa *concorrente e disjuntiva*), não há óbice algum a que co-legitimados proponham a ação que o Ministério Público en-

<sup>(25)</sup> Cf. art. 28 do CPP; v. ainda nosso artigo “O Ministério Público no Processo Penal”, RT. 494/269.

tendeu de não propor. Assim, não há inconstitucionalidade alguma em que o Ministério Público promova o arquivamento do inquérito civil.

### 18. O arquivamento do inquérito civil viola o princípio da obrigatoriedade?

- Não. Segundo Calamandrei, o princípio da obrigatoriedade consiste em que, *identificando o Ministério Público uma hipótese em que a lei exige sua atuação, não poderá o Ministério Público abster-se de agir.*<sup>(26)</sup>
- Sob o nosso sistema jurídico, o Ministério Público tem liberdade para examinar o caso e identificar ou não a hipótese; *identificada* a situação em que a lei exige sua atuação, aí sim terá de agir.
- Há bastante liberdade de atuação dos membros do Ministério Público; não, porém, a ponto de negar a prova dos autos. Há anos, por exemplo, vi um caso de um Promotor que assim “fundamentou” o arquivamento de um inquérito policial: está provado que o indiciado furtou a vítima: ele o confessa, a vítima o acusa, há testemunhas presenciais, a *res* foi apreendida em seu poder; entretanto, neste país em que o presidente da República fez isso, o presidente da Câmara, aquilo etc. etc. etc. — requeiro o arquivamento... Há violação do princípio da obrigatoriedade.
- *Mutatis mutandis*, é o que ocorre no inquérito civil. *Não identificada* lesão alguma a interesse que lhe incumba tutelar, não está o membro do Ministério Público obrigado a promover ação civil pública; em caso contrário, surge-lhe o dever legal de agir. É evidente que, com mísera burla, também não poderá o Promotor de Justiça formalmente dizer que *não está provado isso, não há base para aquilo*, em contrariedade com toda a prova dos autos; nesse caso, igualmente há violação ao dever de agir.

### 19. Arquivamento implícito

- O inquérito civil termina com propositura de ação civil pública ou coletiva, ou com o arquivamento do inquérito civil e sua revisão pelo CSMP.
- O arquivamento tem de ser fundamentado: há obrigação legal de motivá-lo (o art. 129, VIII, da CF, traz para os membros do Ministério Público o dever de “indicar os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; o art. 43, III, da LONMP, também lhes comete o dever de “indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final”).

<sup>(26)</sup> *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. 2, p. 469, § 126, 2ª. ed., 1943.

- Mas pode ocorrer — e tem ocorrido — que o arquivamento não seja fundamentado, ou que não seja *suficientemente* fundamentado. Por falhas ou descuidos, isso pode ocorrer especialmente quando: *a*) haja vários atos ilícitos, em tese, e o Promotor de Justiça só enfrente expressamente alguns dos fatos na promoção de arquivamento; *b*) haja vários possíveis autores ou responsáveis pelas ilegalidades e o Promotor de Justiça só enfrente expressamente a responsabilidade ou ausência de responsabilidade de alguns deles.
- Também pode ocorrer que o Promotor de Justiça não promova o arquivamento e sim proponha a ação civil pública; contudo restringe os limites objetivos ou subjetivos da lide e nada expõe nem fundamenta em relação a outros possíveis ilícitos ou seus autores, ou, se o faz, não destina suas ponderações ao órgão legalmente encarregado de rever sua decisão de arquivamento.
- Nesses casos, estaria havendo arquivamento implícito? Com Ludgero Henrique Perdizes e Álvaro Busana, que abordaram problema semelhante no inquérito policial, podemos concluir que *todo arquivamento deve ser expresso*.<sup>(27)</sup>
- Entretanto, se, não obstante esse dever de fundamentar, a fundamentação estiver ausente, ou não tiver sido encaminhada ao CSMP, o que fazer?
- Em primeiro lugar, devemos reconhecer que nesse caso estará havendo um arquivamento implícito, e, *ipso facto*, devolve-se o conhecimento da matéria ao órgão competente para a revisão do arquivamento. Negar isso será permitir a burla ao sistema de arquivamento do inquérito civil. Em outras palavras, se o Promotor de Justiça arquivasse fundamentadamente o inquérito civil, haveria controle do CSMP; se arquivasse sem fundamento algum ou sem apreciar fato algum, não haveria qualquer controle...
- Quem deve provocar o CSMP para rever o ato do Promotor de Justiça? Em primeiro lugar, o próprio promotor; por isso que deve ele evitar os chamados arquivamentos implícitos; depois, qualquer interessado pode representar ao CSMP (p. ex., um co-legitimado, uma associação, uma das vítimas de lesões individuais homogêneas etc.). Por fim, até o Juiz, como se dá analogicamente com o sistema do art. 28 do CPP — e isso já ocorreu em precedente do Ministério Público paulista, no chamado *Caso Baneser*.<sup>(28)</sup>
- Entretanto, se quem deseja provocar a revisão do caso é o próprio Juiz, não há porque seguir o rito do art. 28 do CPP (como ocorreu no *Caso Baneser*): a analogia mais adequada será com o art. 9º da LACP; assim, a revisão do arquivamento incumbirá ao CSMP.

<sup>(27)</sup> “A admissibilidade do arquivamento implícito”, RBCC, 5/160.

<sup>(28)</sup> Pt. nº 2.976/95-CSMP.

## 20. Tramitação do inquérito civil no CSMP

- Chegando os autos do inquérito civil ao CSMP, poderá este: **a)** homologar o arquivamento; **b)** reformar o arquivamento e mandar que outro membro do Ministério Público proponha a ação civil pública ou coletiva; **c)** converter o julgamento em diligência.
- O arquivamento somente produz um efeito: trata-se de uma solução administrativa para o procedimento, limitada ao âmbito do Ministério Público, e assim mesmo sem criar qualquer preclusão. Qualquer outro co-legitimado pode propor a ação; o próprio Ministério Público não está inibido de propô-la, apesar do arquivamento do inquérito civil, desde que reveja a qualquer tempo sua posição anterior. Nesse sentido, inviável a restrição contida no art. 111 da LOEMP (a de só se poderem reabrir as investigações se de outras provas se tiver notícia), seja porque a LOEMP desbordou seu objeto, seja porque violou o modelo federal, seja enfim porque dispôs sobre pressupostos processuais (segundo a lei paulista, sem novas provas o Ministério Público não poderia reabrir as investigações cíveis, e, *a fortiori*, não poderia propor a ação...).
- Com **Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz**, que acolhe nosso entendimento a respeito (embora escrevendo antes da LOEMP), cabe lembrar que o arquivamento não cria direitos nem uma situação jurídica que deva ser mantida.<sup>(29)</sup>
- **Nelson e Rosa Nery** sustentam, com razão, já sob a vigência da atual LOEMP, que, de forma írrita, seu art. 111 não poderia violar o modelo federal para o inquérito civil.<sup>(30)</sup>

## 21. Arrazoamento perante o CSMP

- A LACP permite que associações legitimadas apresentem razões e documentos ao CSMP, antes do julgamento da promoção de arquivamento (art. 9º, § 2º).
- Na verdade, qualquer interessado pode fazê-lo (o investigado, terceiros interessados, os co-legitimados, ainda que não associações), pois isso é decorrência do direito genérico de petição.
- Para esse fim, deve-se assegurar publicidade à tramitação do inquérito civil no CSMP, com julgamentos em sessões públicas, conforme precedentes do CSMP e conforme disposto em seu Regimento Interno, ressalvadas, naturalmente, as hipóteses de sigilo legal.

<sup>(29)</sup> "Apontamentos sobre o inquérito civil", *Justitia*, 165/33.

<sup>(30)</sup> *Código de Processo Civil Comentado*, cit., notas à LACP.

## 22. Alcance do poder regimental do CSMP

- O art. 9º, § 3º, da LACP, prevê que o reexame dos arquivamentos dos inquéritos civis será feito pelo CSMP, *na forma de seu regimento interno*.
- Instituído pela própria lei federal, como apto a regulamentar o reexame dos arquivamentos dos inquéritos civis, nessa matéria o regimento do CSMP tem caráter complementar e assume nível hierárquico superior ao da própria lei local ou ao de outros atos regulamentares de outros órgãos ministeriais, como o Colégio de Procuradores de Justiça ou a Procuradoria-Geral de Justiça.
- Para atender a esse mandamento legal, o CSMP paulista elaborou regimento interno, publicado no *DOE*, com as regras sobre a tramitação da confirmação, rejeição de arquivamento ou conversão em diligência do inquérito civil.<sup>(31)</sup>

## 23. Quem faz a designação para propositura da ação?

- Rejeitado o arquivamento do inquérito civil pelo CSMP, quem fará a designação de outro membro do Ministério Público para propor a ação civil pública ou coletiva? O CSMP (art. 9º, § 4º, LACP) ou o Procurador-Geral de Justiça (art. 10, IX, *d*, da LONMP)?
- Há um aparente conflito entre os dispositivos da LACP e da LONMP.
- A correta solução consiste no seguinte: em decorrência do julgamento do caso, o CSMP escolhe quem deva propor a ação (a escolha do CSMP paulista tem sempre recaído no substituto automático do Promotor de Justiça que propendeu pelo arquivamento); o Procurador-Geral, como presidente do Conselho, apenas faz o ato formal de designação.<sup>(32)</sup>

## 24. Conflito de atribuições

- Os conflitos de atribuições entre órgãos de execução do Ministério Público são solucionados pelo Procurador-Geral (art. 10, X, da LONMP).
- Se não houver conflito de atribuições, mas entendimento de um Promotor de Justiça de que o caso é da atribuição de outra Promotoria de Justiça do mesmo Estado, bastará a remessa dos autos à Promotoria competente. Se sobrevier conflito de atribuições entre os respectivos membros da instituição, será resolvido pelo Procurador-Geral, no sistema vigente.

<sup>(31)</sup> V. a íntegra dos dispositivos alusivos ao inquérito civil em nosso *A defesa dos interesses difusos*, cit.

<sup>(32)</sup> É esse o posicionamento que sustentamos em *A defesa dos interesses difusos em juízo*; no mesmo sentido, cf. Nelson & Rosa Nery, *CPC Comentado*, *id. ib.*; v., ainda, Antonio Augusto M. Camargo Ferraz, embora escrevendo antes da LONMP, "*Justitia*", 165/33.

- Se o Promotor de Justiça que presida um inquérito civil entender que o caso é de atribuição de outro Ministério Público (p. ex., de outro Estado, ou o Federal), de boa cautela será remeterem-se-lhe os autos por intermédio do CSMP, pois, nesse caso, ao declinar da atribuição própria para investigar o caso, o membro do Ministério Público estará fazendo um verdadeiro arquivamento do caso na esfera local (quando um Promotor de Justiça do Ministério Público local entende que a atribuição não é da instituição a que pertence).

## 25. Arquivamento de outros casos que não os da LACP

- Segundo o art. 110 CDC, o sistema da LACP se aplica à defesa de quaisquer interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e não só àqueles ligados ao meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e ordem econômica; nesse sentido, a norma residual inserida pelo CDC ao art. 1º, IV, da LACP.
- Com isso se quer dizer que o sistema do inquérito civil, previsto na LACP, também se aplica à investigação de danos a quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.
- Resta indagar: e as lesões ao interesse público em sentido estrito (p. ex.: ao patrimônio público)? E as lesões a interesses individuais indisponíveis, muitas das quais que também ensejam atuação do Ministério Público por meio de ações civis públicas ou coletivas (p. ex.: nulidade de casamento, rescisórias etc.)?
- Já vimos que o inquérito civil se presta, analogicamente, a investigar outras questões fáticas que possam em tese ensejar a atuação ministerial, com propositura de ação civil pública, ainda que com objeto diverso da defesa dos clássicos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (p. ex.: denúncias de irregularidades numa fundação; ações diretas de inconstitucionalidade, nulidade de casamento, casos do ECA).
- Além do inquérito civil, a CF comete ao Ministério Público o poder de dirigir investigações e procedimentos administrativos (arts. 129, III, VII e VIII); por outro lado, já vimos que a LOMPU e a LONMP também permitem a instauração de inquérito civil, com objeto mais abrangente que o da LACP (LONMP — art. 25, IV, da Lei 8.625/93; LOMPU — art. 7º, I, e 38, I, da LC federal nº 75/93); por fim, por analogia ao sistema da LACP, nada impede que seja instaurado inquérito civil também para casos nesta não abrangidos.
- Nesses casos, para eventual controle de arquivamento de inquérito civil, deve-se aplicar por analogia o art. 9º da LACP e não o art. 28 do CPP.
- Em matéria de inquérito civil, a posição do CSMP paulista tem sido a de que:
  - a) em se tratando de lesão a quaisquer interesses metaindividuais, é sempre obrigatória a revisão pelo CSMP, mesmo que não se trate de hipótese expres-

samente prevista na LACP (assim, os casos de improbidade administrativa, por exemplo); **b**) em se tratando de lesão a interesses meramente individuais, não se faz a revisão do arquivamento pelo CSMP (como nos casos do ECA; nesse sentido, é o que dispõe a Súmula nº 19 CSMP).<sup>(33)</sup>

- A nosso ver, a tendência é a de que, gradativamente, todos os casos de arquivamentos de inquérito civil passem a ser revistos pelo CSMP; refiram-se eles à matéria abrangida pela LACP ou não.

## 26. Efeitos do arquivamento

- No âmbito do Ministério Público, o efeito do arquivamento do inquérito civil consiste causar o encerramento da investigação. Outrossim, o arquivamento do inquérito civil cria para o Promotor de Justiça que o promoveu um impedimento lógico para que funcione em eventual ação promovida com base nos mesmos fatos por outro membro da instituição ou por uma entidade co-legitimada.
- De fato, se for proposta a ação por *outro* membro do Ministério Público ou por entidade co-legitimada, não poderá o mesmo membro que tinha promovido o arquivamento funcionar no feito, nem mesmo como fiscal da lei, como veremos adiante.
- O arquivamento do inquérito civil nenhum óbice traz a que outro co-legitimado proponha a ação (art. 129, § 1º, da CF): trata-se de legitimação concorrente e disjuntiva.
- É possível a *reabertura* do inquérito civil arquivado?
- Como já antecipamos acima, há duas posições: **a**) uma, de que só é possível fazê-lo com base em novas provas (analogia com o art. 19 do CPP, que exige notícia de “outras provas” para reabertura do inquérito policial; é o sistema da LC estadual nº 734/93, art. 111); **b**) outra, de que não há necessidade de novas provas, pois, ao contrário do que ocorre com o inquérito policial, no qual existe vedação expressa, já no inquérito civil a lei não limitou a reabertura do caso.
- Em primeiro lugar, é preciso colocar no devido lugar a LC paulista nº 734/93: embora o inquérito civil seja *procedimento* e não *processo* (o que em tese permitiria que lei estadual dispusesse sobre ele), na verdade não é a LOEMP instrumento adequado para disciplinar o inquérito civil porque: **a**) o objeto da LOEMP está limitado pelo art. 128, § 5º, da CF (organização, atribuições e estatuto do Ministério Público local); **b**) a disciplina do inquérito civil não diz, pois, respeito ao objeto que a CF reservou à LOEMP; **c**) o inquérito civil está disciplinado pela própria LACP, que, diversamente do CPP, *não faz res-*

<sup>(33)</sup> V. nota de rodapé nº 7, *retro*.

trições sobre a reabertura do inquérito civil arquivado — e não poderia a LOEMP violar o modelo federal; **d**) tem o Procurador-Geral de Justiça iniciativa facultada para projeto de lei para dispor sobre organização, atribuições e estatuto da instituição, mas não para dispor sobre o arquivamento e a reabertura do inquérito civil.

- A LACP não fez restrições à reabertura do inquérito civil porque: **a**) diversamente do inquérito policial, que versa sobre o *ius puniendi* do Estado e o *status libertatis* do indivíduo, e de cuja ação pública o Ministério Público é o único titular privativo, já na ação civil pública e no inquérito civil, os interesses são metaindividuais, sendo compartilhados por indivíduos lesados; o Ministério Público é apenas um legitimado concorrente e disjuntivo. E nenhum dos co-legitimados está preso ao arquivamento do inquérito civil; porque o estaria só o próprio Ministério Público, se a própria lei federal não o dispôs expressamente?
- Aqui não cabe analogia com o inquérito policial, pois a situação não é a mesma nem apresenta semelhanças suficientes para que se busque a mesma solução. O certo é que, sob um inquérito policial arquivado, *sem nova prova*, ninguém pode propor a ação penal pública (nem o Ministério Público nem o particular, por meio de ação privada); mas sob inquérito civil arquivado, qualquer co-legitimado pode propor a mesma ação *até sem nova prova*. Porque só não o poderia o próprio Ministério Público?
- A solução contrária violaria a regra geral da LACP, e, o que é pior: **a**) criaria um pressuposto processual único para o foro paulista, diverso dos demais Estados da Federação; **b**) adviria de uma lei estadual, que não poderia restringir o acesso do Ministério Público ao Judiciário, que lhe foi irrestritamente concedido por lei federal. E se pode o mais, que é propor a ação civil pública, porque não poderia o menos, que é simplesmente reabrir as investigações, com ou sem novas provas?
- **Nelson & Rosa Nery**, em seu *Código de Processo Civil Comentado*, lembram que, como a LACP é lei nacional, que contém disciplina integral do inquérito civil, não pode o legislador estadual violar a *teoria do modelo federal* (seria o mesmo que cada Estado regulamentasse o inquérito policial de forma diferente, usando como pretexto o fato de ser ele um procedimento e não um processo).<sup>(34)</sup>
- Por cautela e para evitar discussões desnecessárias, quando o Promotor de Justiça quiser reabrir um inquérito civil arquivado, não custa, porém, registrar nos autos, sempre que for o caso, que tem *notícia de novas provas*, indicando-as onde sabe que pode ou espera obtê-las.

<sup>(34)</sup> *Op. cit.*, comentários à LACP.

## 27. *Suspeição do membro do MP*

- O Promotor de Justiça que promoveu o arquivamento (não *requereu* mas *promoveu* o arquivamento) pode depois ajuizar a ação civil pública ou coletiva que ele antes tinha resolvido não propor?
- Se tiver havido rejeição pelo arquivamento do CSMP, não poderá. Nesse caso, a própria lei (art. 9º, § 4º, da LACP) assegura que será designado *outro* membro do Ministério Público (não só para preservar a liberdade de convicção do Promotor de Justiça originário, como também para evitar clara incompatibilidade, ou seja, para impedir que este, podendo estar convencido do descabimento da ação, tenha interesse na improcedência).
- Mas, depois de homologado o arquivamento do inquérito civil, em virtude de nova prova ou não, o Promotor de Justiça originário pode convencer-se de que há base para a ação. Nesse caso, não estará sendo violada sua convicção, e, assim, a nosso ver poderá ele próprio propor a ação civil pública, por iniciativa própria ou por provocação de terceiro; nunca por determinação do CSMP.
- E como fiscal da lei? O Promotor de Justiça que promoveu o arquivamento poderá officiar na mesma ação que ele não quis propor, agora proposta por outro colega do Ministério Público ou por um co-legitimado? A nosso ver, não o poderá. Como fiscal da lei tem o membro do Ministério Público os mesmos impedimentos que o Juiz, e um deles é que não pode ter interesse na posição de uma das partes: tendo antecipado um juízo de descabimento da propositura da ação, sua posição de *custos legis* estaria comprometida. Teríamos no caso verdadeiro motivo de suspeição, que poderia justificar até mesmo oposição da competente exceção.

## 28. *Interesse pessoal do membro do MP*

- Como sabemos, as ações civis públicas versam interesses metaindividuais, ou seja, alcançam um feixe de interesses individuais, ligados por um elo comum. A própria LACP exige que essas ações corram, em regra, no foro do local do dano, justamente para que o Juiz, o promotor, as partes, as testemunhas e os peritos tenham maior facilidade de conhecer a extensão do dano.
- Não raro isso levará, por exemplo, a que o promotor que instaure o inquérito civil ou venha a promover a ação civil pública ou coletiva seja um dos moradores da cidade que está sendo contaminada pela poluição que ele visa a combater.
- Nesse caso, não estaria o Promotor de Justiça *pessoalmente interessado na solução da lide*, o que lhe retiraria condições de agir como autor ou até mesmo de instaurar o próprio inquérito civil? Esse argumento prova demais, de forma que devemos distinguir: *a*) no caso de lesão a interesses *difusos*, pela

sua total dispersão, não há impedimento algum. Caso houvesse impedimento, questões ambientais que dissessem respeito ao interesse de toda a coletividade sequer poderiam ser julgadas, porque o Juiz estaria sujeito ao mesmo impedimento...; *b*) no caso de interesses *coletivos* ou *individuais homogêneos*, com titulares determinados ou determináveis, não poderá o promotor ser um dos pessoalmente lesados; os interesses individuais homogêneos ou coletivos não são comungados por toda a coletividade, abstratamente considerada, e sim por um grupo determinado. Se o promotor ou o Juiz fizerem parte do grupo limitado que comunga dos interesses individuais homogêneos ou coletivos (aqui considerados em sentido estrito), estarão incompatibilizados de officio no caso.

---

\* Hugo Nigro Mazzilli é Procurador de Justiça no Estado de São Paulo.

## *Crime de Cartola* (*corrupção e abuso do poder de legislar*)

JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR \*

### *Introdução*

O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, atendendo a recomendação do Comitê de Prevenção do Delito e Luta Contra a Delinquência, transmitiu ao Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (Havana, 1990, mediante a Resolução 1990/23, um Projeto de Resolução sobre a cooperação internacional para a prevenção do delito e a justiça penal no contexto do desenvolvimento, em cujo anexo figurava uma série de Recomendações. A Recomendação n° 8 continha:

“Considerando que a corrupção dos funcionários públicos pode comprometer a eficiência potencial de qualquer tipo de programa oficial, além de criar obstáculo ao desenvolvimento e vitimar indivíduos e grupos, é de fundamental importância que todas as Nações: **a)** - examinem seu Direito Penal, nele incluída a legislação processual, para verificar se responde adequadamente a todas as formas de corrupção e comportamentos conexos e se oferece a possibilidade do emprego de sanções capazes de dissuadir aqueles que pretendam praticar atos dessa natureza; **b)** - formulem mecanismos administrativos e regulamentares para a prevenção das práticas de corrupção e de abuso de poder ...”

Na condição de Chefe da Delegação Brasileira que participou do aludido Oitavo Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (Havana, 1990), presidimos o GRULAC (Grupo Latino-Americano e do Caribe), no seio do qual, diante da provocação da ONU constante da Recomendação (Projeto de) transcrita, tivemos oportunidade de debater a questão e ocasião de esboçar algumas das idéias que aqui serão expostas.

A palavra corrupção nos traz à idéia os crimes contra a administração pública, especialmente, os crimes de corrupção ativa e corrupção passiva. Porém seu âmbito é bem maior, abrangendo todo e qualquer comportamento que possa envolver desvios em relação ao dever, destinados a atender interesse ou sentimentos pessoais.

**Nilo Batista**, em recente *Prefácio*, enfatizou isso, afirmando que “entre os

elevados percentuais pagos a altos funcionários por concorrências públicas e a modesta 'taxa de urgência' paga nos balcões da eficiência funcional, há um traço comum estrutural: a própria corrupção (no sentido de 'decomposição', de 'degradação') geral da administração pública como um todo."<sup>(1)</sup>

Em razão desse amplo espectro que a corrupção abrange, é que, neste estudo, examinaremos, apenas um aspecto, qual seja, a corrupção e o abuso do poder de legislar.

### *A Noção de Abuso do Poder*

A expressão "abuso de poder", como a palavra "corrupção", possui um conteúdo muito amplo, e, por isso mesmo, muitas vezes equívoco.

As dificuldades de conceituação se iniciam pela definição de "poder". Até mesmo na linguagem técnica a *vox* "poder" ora é empregada com referência a instituições ou organismos; ora em relação às pessoas que os compõem ou representam; ora é usada em um sentido mais ou menos abstrato, como a força ou a capacidade que certas pessoas ou grupos detêm ou, ainda, em relação ao próprio Estado. Daí expressões como "Poder do Estado", "Poder de Polícia", "Poder Público", "Poder Judiciário", "Homem de Poder" e tantas outras.

No campo criminológico, o "poder" pode ser concebido, também, como afirma **Landreville**, como uma relação que se estabelece entre indivíduos ou grupos de indivíduos.<sup>(2)</sup>

Seja qual for, entretanto, a acepção em que se tome a palavra, encontraremos sempre um traço comum, qual seja, a definição de poder envolverá, sempre, algo de natureza ideológica e política. Daí dizer-se que "poder" jamais expressará uma noção neutra.<sup>(3)</sup>

**Landreville**, fulcrado em **Rocher**<sup>(4)</sup>, organizou as definições de poder em três grandes grupos: definições voluntaristas; definições sistêmicas e definições críticas.

As definições voluntaristas colocam a imposição da vontade como elemento central do "poder". Daí a clássica definição de **Weber**, segundo a qual "o poder significa toda oportunidade de fazer triunfar no seio de uma relação social a pró-

(1) **Nilo Batista**: *Prefácio de Crimes de Corrupção*, Forense, Rio de Janeiro, 1991, pág. I.

(2) **Pierre Landreville**: *Criminalité et Abus de Pouvoir*, em *Annales Internationales de Criminologie*, 1988, vol. 29, n°s 1 e 2, pág. 140. Trata-se da conferência pronunciada pelo autor durante o X Congresso Internacional de Criminologia, realizado em Hamburgo, (RFA) em 1988, cuja resenha se encontra publicada em **Roberto Lyra e João Marcello de Araujo Junior**: *Criminologia*, Forense, Rio de Janeiro, 1995, 4ª Ed., pág. 218 e ss.

(3) **Steven Lukes**: *Power: A radical view*; Macmillan Press Ltd., Londres, 1974, *apud Pierre Landreville*, *ob. cit.*, pág. 151.

(4) **G. Rocher**: "*Droit, Pouvoir et Domination*", em *Sociologie et Sociétés*, XVIII, n° 1, págs. 33/46.

pria vontade, mesmo contra resistências, pouco importando aquilo que a fundamenta” (5). Dessa definição não se distanciou **Lopez-Rey**, quando afirmou que “poder é a capacidade, a habilidade, a energia ou a força para fazer ou não fazer, provocar ou prevenir algo que se estima benéfico ou não.” (6)

Já as definições sistêmicas sublinham as bases políticas e ideológicas do poder. Elas destacam a legitimação do constrangimento e o silêncio sobre a dimensão conflitual e sobre as desigualdades, que, em regra, se encontram no conceito de “poder”. Por isso, a definição de **Talcott Parsons**: “*Power is generalized capacity to secure the performance of binding obligations by units in a system of collective organization when the obligations are legitimized with reference to their bearing on collective goals and where in case of recalcitrance there is a presumption of enforcement by negative situational sanctions whatever the actual agency of that enforcement.*” (7)

Por fim, **Rocher e Landreville** informam que as definições críticas encaram o “poder” como uma relação de dominação. Algumas dessas definições acentuam a relação de poder no campo das “não decisões”, outras vão mais além, ultrapassando os limites das decisões específicas no estudo do exercício do poder. Estas definições enfatizam os meios pelos quais será possível evitar a emergência e o debate de uma questão. As posições radicais vão mais longe ainda, e concebem o poder como estrutural e ligado ao agente. **Layder**, por exemplo, afirma que o poder estrutural é relativamente independente dos agentes, porém os influencia sempre, quando do seu exercício. (8)

Feita esta síntese da classificação de **Rocher e Landreville** com relação ao conceito de “poder”, devemos estudar, agora, a idéia de “abuso.”

Abusar é ir além do devido, do justo, do necessário, obviamente, dentro de concepções de valores. Portanto, considera-se abuso de poder o exercício de alguma das facetas do poder fora dos limites fixados pelo Direito, seja quanto aos objetivos procurados, seja quanto aos meios empregados, seja, ainda, quanto às conseqüências do exercício do poder. (9)

A noção de abuso de poder está, portanto, referenciada a uma norma.

Daí porque a lei brasileira nº 4.898/65, que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de

(5) **Max Weber**: *Economie et Société*; Plon, Paris, 1971, pág. 56.

(6) **Manuel Lopez-Rey y Arrojo**: *Criminalidad y Abuso de Poder*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 41.

(7) **Talcott Parsons**: *Politics and Social Structure*, The Free Press, Nova York, 1969, pág. 361, *apud Landreville*, *ob. cit.*, pág. 150, nota nº 10.

(8) **D. Layder**: “*Power, Structure and Agency*”, em “*Journal for the theory of social behavior*”, 1985, 15, 2, pág. 131 e ss., *apud Landreville*, *ob. cit.*, pág. 142.

(9) Conclusões do Colóquio Conjunto de Bellagio (abril de 1980), acrescidas de observações de **Landreville**.

autoridade, ter preferido usar a expressão “abuso de autoridade”. Assim agiu o legislador para limitar o abuso, apenas, a uma relação de Direito Administrativo.

Já o Código Penal, necessariamente mais amplo que a Lei nº 4.898/65, ao tratar das circunstâncias agravantes distingue o “abuso de autoridade” do “abuso de poder”. Entretanto, seja na Lei de Abuso de Autoridade, seja no Código Penal o limite para a conceituação do abuso será sempre estabelecido em relação a uma norma. Ocorre que poderemos encontrar o “abuso de poder” na constituição da própria norma. É o que passaremos a analisar em seguida.

### *A Corrupção e o Abuso do Poder de Legislar*

**Raúl Zaffaroni**, em aguda análise do sistema penal dos países da América Latina, afirma que os últimos anos demonstram uma tendência alarmante, em nível legislativo.<sup>(10)</sup> O ex-Presidente do ILANUD acrescenta que o discurso político está se deteriorando, apelando para elementos míticos transpersonalistas. Ademais disso, os operadores políticos da região, isto é, nossos políticos, não têm espaço neste momento para produzir fatos com significação sócio-econômica e, por isso, não encontram melhor coisa que imaginar leis penais improvisadas, com as quais pretendem resolver tudo, desde a ecologia à economia, da corrupção até o perigo nuclear.<sup>(11)</sup>

Essa incompetência (no sentido vulgar) legislativa, muitas vezes é conseqüência de um jogo, ou melhor, de uma luta entre grupos, para a captação e o controle do poder político. Nisso surge uma forma específica de corrupção.

Sob esse aspecto, o Direito Penal deixa de ser um conjunto de normas destinado à solução de conflitos, para se transformar num produtor de conflitos e, mais que isso, num instrumento de imposição de interesses e preconceitos.

Os detentores do poder de fazer as leis, corrompidos pelo interesse, pelo prazer da exibição de poder, muitas vezes se apropriam do instrumento legislativo para fazer impor aos outros a sua vontade e, com isso, obter vantagens.

Essa apropriação do poder de legislar e, conseqüentemente, de instrumentalizar o direito abusivamente, pode ocorrer de várias formas.

Assim, nos Estados onde a predominância de uma classe ou de um grupo é extremamente acentuada, o direito poderá ser utilizado no sentido de eternizar o grupo dominante através do controle econômico. A lei poderá ser empregada para impedir que outros grupos tenham possibilidade de adquirir a propriedade e os meios de produção. De maneira inversa, poderá ser destinada a socorrer membros

<sup>(10)</sup> **Eugenio Raúl Zaffaroni**: “*El sistema Penal en los Países de América Latina*”, em *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, João Marcello de Araujo Junior (Org.), Rio de Janeiro, Revan, 1991, pág. 227.

<sup>(11)</sup> **Eugenio Raúl Zaffaroni**: obra citada, pág. 228.

do grupo hegemônico em eventual dificuldade. Inclusive a lei penal poderá ser instrumentalizada para garantir a impunidade, como durante muito tempo ocorreu com as confusas leis definidoras dos crimes econômicos. <sup>(12)</sup>

Exemplos notáveis dessa manifestação corrompida do poder estão nas leis que historicamente fixaram, ou deixaram de fixar, as áreas indígenas, bem como naquelas que expropriaram bens ou propriedades por mero interesse político, ou para beneficiar terceiros. Nos dias que correm presenciamos os governantes, na esfera mínima da atividade administrativa (até mesmo em nível local), por simples revanchismo político abusarem da lei para tentar sufocar classes funcionais que se mostram hostis, através do estrangulamento de seus vencimentos. <sup>(13)</sup>

**Burns** lembra ainda as leis relativas à escravidão, como exemplo máximo de abuso através do controle econômico. <sup>(14)</sup>

No âmbito transnacional as manifestações de poder econômico levam à corrupção pelo abuso de poder de legislar. As grandes empresas, mediante pressão econômica, logram obter leis que as beneficiam, seja nas relações com os consumidores, seja em relação a seus empregados, ou, ainda, no controle dos negócios, empréstimos, financiamentos e benefícios fiscais. <sup>(15)</sup>

A corrupção no poder de legislar pode manifestar-se, também, no campo ideológico. Como sabemos, o direito é, talvez, a maior fonte de dominação, pela legitimação que produz. Por intermédio do discurso jurídico é possível forjar-se a criação de supostos valores, crenças e representações. É o que acontece, por exemplo, nos Estados religiosos, nos quais os grupos dominantes buscam, pela lei, impor os seus preconceitos, seus valores, sua religião, sua moralidade ou imoralidade. Também os Países revolucionários procuram impor suas reformas ou revoluções, por via abusiva da lei. <sup>(16)</sup>

É, entretanto, no campo político e no da vitimação, que a corrupção pelo abuso do poder de legislar se torna mais evidente. Aqueles que têm o poder de fazer as leis utilizam-se dela para afastar outros grupos do processo político, ou para privar seus membros dos direitos políticos. Foi assim no Brasil, com relação ao Partido Comu-

---

<sup>(12)</sup> **Eduardo Augusto Muylaert Antunes**: "O outro lado do colarinho branco", em **Eduardo Augusto Muylaert Antunes** (organizador): *Direito Penal dos Negócios - crimes do colarinho branco*; AASP, sem data, p. 5 e ss.

<sup>(13)</sup> Exemplo do que se afirma poderá ser encontrado na matéria publicada por **José Carlos Barbosa Moreira**, no "Jornal do Brasil" de 15.5.92, pág. 11, sob o título "Defensoria Pública."

<sup>(14)</sup> **H. Burns**: "*Black people and the tyranny of american Law*"; em *The Annals*, 407, págs. 156/166, 1973. Também em *Reasons*, C.E., RICH, R.M. (eds.), 1978; *The sociology of law: a conflict perspective*, ch. 15, págs. 353/365, Toronto, Butterworths.

<sup>(15)</sup> **E. Fattah**: Relatório Geral de Síntese do V Colóquio Conjunto das Quatro Grandes Sociedades, Bellagio, 1980, em *Criminalité et Abus de Pouvoir: délits et délinquants au-dessus de la loi?*; *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale*, Milão, págs. 21/24.

<sup>(16)</sup> **F. Zimring e G. Hawkins**: "*The legal threat as an instrument of social change*"; em "*Journal of Social Issues*", 27, 2, 1971, pág. 33/48.

nista, que durante décadas foi privado de participar oficialmente do processo político nacional. O mesmo aconteceu durante a ditadura militar, quando um grande número de pessoas teve seus direitos políticos cassados. Com isso, grupos inteiros ficaram excluídos do processo de decisão.

Ademais, a corrupção pelo abuso do poder de legislar manifestou-se, ainda, no período histórico ao qual acabamos de nos referir, como legitimador da violência. Assim, por exemplo, foi com base na lei que os agentes da “lei e da ordem” dissolveram, mediante violência física, manifestações, ontologicamente legítimas de estudantes e trabalhadores; liquidaram associações; impediram reivindicações honestas. Foi em nome da lei que pessoas foram capturadas, presas, torturadas e mortas. <sup>(17)</sup>

### Conclusão

Como acabamos de ver, a corrupção não se limita, apenas, às ações de funcionários públicos, que, no exercício da função, recebem vantagens indevidas. Ela existe mais amplamente nas relações de poder, com o objetivo, muitas vezes, de manter um *statu quo* injusto, uma relação de dominação ou uma situação de anomia. Esse aspecto, infelizmente, muitas vezes permanece oculto, embora possa trazer para a sociedade danos de todas as naturezas.

A análise desse aspecto da corrupção é nova no campo da Criminologia e, por isso, possui, ainda, um longo caminho a percorrer, a despeito do longo avanço já alcançado, especialmente a partir do 6º Congresso das Nações Unidas para a prevenção do Delito e Tratamento do Criminoso, dos debates levados a efeito no Oitavo Congresso e dos conceitos apresentados na mesa-redonda - Crimes dos Governantes (*top hat crimes*) - que teve lugar durante o XV Congresso Internacional de Direito Penal (Rio de Janeiro, 4 a 10 de setembro de 1994).

Tais estudos, dentre outras coisas importantes, chamam a atenção do cientista para uma difícil questão, qual seja, a do reconhecimento ou não do poder vinculante da lei nascida de um processo corrupto de abuso de poder. O exame de tal questão, em matéria criminal, poderá, inclusive, colocar em crise alguns princípios do Direito Penal liberal, como, por exemplo, o princípio da legalidade, que parte do pressuposto da lei justa.

Nós entendemos que o primado da lei não pode ser obscurecido pelos desvios

---

<sup>(17)</sup> **Helena Cláudio Fragoso:** em diversas obras, especialmente, em *Direito Penal e Direitos Humanos*, coletânea de escritos esparsos e, em “Advocacia da Liberdade”, crônica dos tempos da ditadura. Em língua estrangeira destaca-se “*Crime and the abuse of power: offences and offenders beyond the reach of the law?*” apresentado no encontro preparatório (Nova York, 9/13 de julho de 1979) do 6º Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquent.

conseqüentes dos abusos do poder de legislar, e, por isso, esperamos que o Direito Penal brasileiro crie aqueles mecanismos recomendados pelas Nações Unidas, embora acreditemos que continuam atuais as palavras de **Fragoso**, quando afirmava que não devemos ter muitas ilusões quanto à reversão do processo corrupto de abuso do poder de legislar, pois quaisquer estratégias de prevenção e controle somente serão eficazes quando ocorrer uma completa reforma da estrutura econômica e política de nossa sociedade, com o estabelecimento de uma ordem social mais justa e democrática. <sup>(18)</sup> <sup>(19)</sup>

---

<sup>(18)</sup> **Heleno Cláudio Fragoso**: obra citada na nota nº 17.

<sup>(19)</sup> Este estudo é produto do "Projeto Crimes contra a Administração Pública", vinculado, à "Linha de Pesquisa Violência e Criminalidade", da qual o autor é o Coordenador, tanto no Departamento de Direito Penal, quanto no Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da UERJ.

---

\* **João Marcello de Araujo Junior** é Professor Titular de Direito Penal da UERJ e de Criminologia da FBCJ. Ex-Coordenador do Curso de Pós-Graduação, Mestrado, em Direito da Cidade da UERJ. Secretário-Geral Adjunto da *Association Internationale de Droit Pénal* (França). Doutor *Honoris Causa* da Universidade *Inca Garcilaso de la Vega* (Peru). Professor Convidado da Universidade de Pau e da Região do Adour (França). Professor Convidado dos Cursos de Mestrado da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Estadual de Maringá. Membro do Comitê Científico do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD) (Costa Rica). Diretor do *Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali* (Itália). Presidente do ISIEC (Brasil). Membro da Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal Brasileiro (1994). Presidente do Comitê Consultivo do *International Center of Economic Law Studies* (USA). Coordenador do Curso de Mestrado da UNESA.

---

## Observações sobre a teoria da responsabilidade objetiva

JORGE LOBO \*

### I - Introdução

1. A teoria da responsabilidade objetiva tem merecido incontidos aplausos, os quais, por vezes, eclipsam noções rudimentares em matéria de responsabilidade civil, podendo levar os menos avisados a imaginar que:

- a) o princípio da culpa foi banido do direito positivo brasileiro e
- b) basta, hoje, no Brasil, provar o nexo de causalidade entre o fato e o dano, para imputar-se a alguém a responsabilidade de ressarcir a vítima.

2. Não é, entretanto, o que dizem os doutos, pois, hoje, como ontem, aqui, como em qualquer país do mundo, **não há responsabilidade sem culpa** (Savatier, *Traité de la Responsabilité Civile*, 1929, vol. I, nº 5; Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral de Direito Civil*, Ed. Rio, 2ª ed., pág. 352; Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, Forense, 1971, pág. 447, nº 343; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Forense, 1985, vol. I, pág. 456, nº 114), podendo-se, com segurança, passada a euforia dos prosélitos da doutrina objetiva, declarar que sempre estará presente, entre os elementos do ato ilícito, a culpa e que só em caráter excepcional se afasta o legislador desse princípio milenar para instituir casos especiais de responsabilidade sem culpa, nestes invertendo o *onus probandi*, carecendo de fomento de direito a assertiva de que basta provar a relação de causalidade entre o fato e o dano para nascer o dever de indenizar a vítima.

### II - O ato ilícito no direito brasileiro

3. Assinalam os civilistas, pátrios e alienígenas, que o Direito Romano não chegou a formular uma noção abstrata do ato ilícito, limitando-se a classificar tipos casuísticos de delitos e a instruir a chamada responsabilidade *ex delicto* e a responsabilidade *quasi ex delicto*, através das quais o autor do dano era compelido a ressarcir o prejuízo, equiparando-se destarte, o *quasi ex delicto* ao *ex delicto*, segundo a fórmula *quasi ex malefício teneri videtur* (Clóvis Beviláqua, *ob. cit.*, pág. 349).

4. À doutrina moderna viria, assim, a caber a tarefa de aprofundar o estudo do assunto e a criar uma teoria de responsabilidade civil. Contudo, como deixa claro

**Caio Mário da Silva Pereira**, “... tal foi a complexidade com que tratou a matéria, que a construção dogmática do ato ilícito sofreu tormentos nas mãos dos escritores dos séculos XVIII e XIX. Não melhorou muito nas dos contemporâneos nossos, antes tem sido de tal modo intrincado que levou **De Page** a tachar de completa anarquia o que se passa no terreno da responsabilidade civil, tanto sob o aspecto legislativo, quanto doutrinário, como ainda jurisprudencial” (*ob. e vol. cit.*, pág. 454).

5. E por que se chegou a este estado de cousas, verdadeiramente absurdo, de que fala **De Page** ?

6. Porque os estudiosos se ocuparam com a diversificação das noções de dolo e culpa, da distinção entre culpa grave, leve e levíssima, da diferenciação entre delito e quase-delito, felizmente abandonadas pelo legislador brasileiro, segundo o testemunho do eminente **Aguiar Dias** (*Da Responsabilidade Civil*, Forense, 1960, vol. I, pág. 101, nº 65), chegando o nosso direito positivo - acentua o maior tratadista da responsabilidade civil entre nós - “ao extremo da prudência ao deixar de definir a culpa” (*loc. cit.*), bem como, “em lugar da *faute*, fonte de interminável controvérsia, pelo duplo sentido da palavra, o nosso legislador preferiu adotar a noção do ato ilícito” (**Aguiar Dias**, *ob. e vol. cit.*, pág. 150, nº 65), o que fez no art. 159 do Código Civil, *verbis*: “Art. 159: Aquele que, por ação ou omissão, voluntária, ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, artigos 1518 a 1532 e 1537 a 1553.”

7. Ao examinar a matéria, **Orlando Gomes** acentua, fazendo eco, aliás, da opinião unânime da doutrina: “reduzem-se a dois os elementos constitutivos do ato ilícito: um *objetivo*, outro *subjetivo*. O elemento *objetivo*, ou *material* é o *dano*. O elemento *subjetivo*, a *culpa*. Devem estar vinculados por um nexa causal. É necessário, em suma, que o *dano* seja conseqüência da atividade *culposa* de que o produziu” (*Obrigações*, Forense, 5ª ed., pág. 313, nº 183) (*grifos do original*).

8. Por isso, todos, sem exceção, à frente **Aguiar Dias**, asseguram que, “... à evidência, o nosso Código adotou o princípio da culpa como fundamento genérico da responsabilidade” (**Aguiar Dias**, *ob. e vol. cit.*, pág. 155, nº 66).

### III - O princípio da culpa como fundamento genérico da responsabilidade civil

9. Qualquer autor que se leia, qualquer obra que se consulte, desde simples “cursos” até monumentais “tratados”, de Direito Civil ou sobre responsabilidade civil, ressalta indubioso que no elemento subjetivo da culpa repousa uma das vigas mestras da civilização contemporânea, o que levou **Planiol** a sustentar “com veemência” “que, suprimindo a apreciação da culpa nas relações humanas, se destruirá toda justiça, opinião compartilhada pelos autores mais eminentes, como **Colin et Capitan**, **Ripert** e **Boulanger**, **Mazeaud** e **Tunc**, **Esmein**, **Laslou**, **Hariou**, **De**

**Page e Barassi**" (*apud Olavo Tostes* "Indenização por Ato Ilícito no Direito Brasileiro", in *Estudos Jurídicos em Homenagem ao professor Oscar Tenório*, RJ, 1977, pág. 398), e **Carvalho Santos**, ao cuidar da matéria, a declarar, taxativamente: "O fato deve ser culposo. Essencial para haver a responsabilidade civil não é somente a imputabilidade; é preciso também que o fato seja culposo, isto é, contrário ao Direito. A palavra culpa é empregada aí não no seu sentido restrito, mas no seu significado mais lato, abrangendo até o dolo. O nosso legislador, não se afastando da doutrina tradicional, conserva a responsabilidade civil com fundamento na culpa, provada ou presumida, não acolhendo a nova teoria da responsabilidade sem culpa, tal como a querem UNGER e outros juristas de não menor porte" (*Código Civil Interpretado*, F. Bastos, 10ª ed., vol. III, pág. 320 e 321, nº 7).

10. Logo após, o eminente Advogado adverte: "o certo é que o nosso Direito não admite a responsabilidade puramente objetiva, resultando do mero fato danoso. Os partidários da nova teoria da culpa objetiva não julgam bastante o velho conceito da culpa para satisfazer as exigências da vida moderna, sustentando que o direito precisa procurar seus fundamentos em dados econômicos e práticos, para poder manter o equilíbrio da ordem jurídica. Partindo do pressuposto de que o direito, longe de ser uma causa de exoneração, é uma fonte de responsabilidade, os partidários dessas novas doutrinas, com uma interessante argumentação, sustentam que isso acontece porque o direito supõe a ação e a ação cria o risco. Donde a conclusão: nós seremos tanto mais responsáveis quanto maiores e mais efetivos direitos tivermos; é o poder jurídico que cria a responsabilidade. As conclusões a que atinge semelhante doutrina são categóricas, não se trepidando em afirmar que a responsabilidade existe sempre que do ato resulte dano e precisamente em razão deste dano. Nada de investigar se houve culpa ou dolo. Mesmo sem uma ou outro, a responsabilidade subsiste, justamente como um corolário da ação, pela qual se exerceu o direito." (*loc. cit.*)

11. Mais adiante, conclui enfático: "Sobre o assunto diremos ao versar o tema do abuso de direito, bastando, por ora, lembrar que, *no campo do nosso Direito, não teve guarida a teoria dos riscos*" (*ob. e vol. cit.*, págs. 322).

12. Como se vê, tanto **Aguiar Dias**, quanto **Carvalho Santos**, não negam a teoria subjetiva da culpa, mas, apenas, como ainda se vai mostrar, fazem determinadas concessões à teoria objetiva, para casos específicos e especialíssimos, que a legislação catalogue expressa e minudentemente.

13. Todavia, com a invenção de novas máquinas, a multiplicação dos veículos automotores, o ininterrupto crescimento dos centros urbanos, que levaram à ocorrência de um brutal aumento dos acidentes nas fábricas e no trânsito, perceberam os juristas que era necessário alargar o conceito de culpa, para incluir no ato ilícito casos até então inconcebíveis, sempre repelidos pela doutrina tradicional.

14. No início limitado a ampliar a noção de culpa, o movimento reformista rapidamente expandiu-se e, com **Saleilles**, ganhou notável impulso, quando se passou a defender a idéia de que "culpa significa nexa causal entre o ato e dano, confundin-

do-se, pois, com a causalidade (cf. **Orlando Gomes**, *Obrigações*, Forense, 1984, pág. 321, n° 188), para chegar, ao final, à tese de “**Leclerce**, o mais extremado”, que “confunda a culpa com a *lesão ao direito alheio* (**Orlando Gomes**, *loc. cit.*), podendo-se sintetizar essa doutrina nesta lapidar sentença: “... quem quer que crie um risco deve suportar as conseqüências” (cf. **Orlando Gomes**, *idem*, pág. 341, n° 199), o que foi aceito pelo legislador pátrio e deu ensejo ao acolhimento da teoria objetiva, tanto em dispositivos do Código Civil, quanto em leis especiais.

#### IV - A teoria objetiva e a culpa presumida

15. Quem se der ao trabalho de examinar a origem, os fundamentos, a evolução e a atual situação da teoria objetiva, chegará à inelutável conclusão de que ela está intimamente ligada à atividade perigosa da coisa empregada pelo homem, sobretudo à “locomotiva, ao avião, a outros veículos que marcam a trepidação da vida moderna e aos inventos da era industrial” (cf. **Aguiar Dias**, *ob. cit.*, vol. II, pág. 404, n° 161), o que levou o eminente Desembargador **Olavo Tostes** a afirmar: “Se o agente desenvolve uma atividade perigosa, que segundo a lei envolve responsabilidade pelo risco, deve responder pelo dano que venha a causar” (artigo citado), opinião, aliás, encontrada em **Washington de Barros Monteiro**, *obra citada*, vol. 5, pág. 398; **Caio Mário**, *obra citada*, vols. I e II, pág. 460, n° 115 e pág. 397, n° 282, respectivamente; **Silvio Rodrigues**, *obra e volume citados*, pág. 170, n° 55; **Antunes Varela**, *Direito das Obrigações*, Forense, 1977, pág. 266, n° 89; **L. Josserand**, *Cours de Droit Civil Positif Français*, 3ª ed., II, págs. 235 e segs.; **Ripert**, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Aix, 1902; **Saleilles**, *La Responsabilité du fait des choses*, “Rev. Trim.”, 1911, pág. 55, dentre outros.

16. Doutrinando sobre o tema, com especial destaque para o art. 2050 do Código Civil italiano, **Caio Mário** escreveu: “Inovação que o nosso reclama, e que já encontrara guarida no novo Código italiano, é a responsabilidade pelo exercício de atividades perigosas. O seu fundamento é a culpa presumida (*Código Civil italiano*, art. 2050), mas de tão larga amplitude que se pode considerar tenha exorbitado de própria noção de culpa: quem cria um perigo com a sua atividade, pela natureza deste ou dos meios empregados, está sujeito à reparação do dano, salvo se provar que adotou as medidas idôneas a evitá-la; vale dizer, em verdade, que o dever de ressarcir é afastado em se provando que foi devido ao caso fortuito e à força maior” (*ob. cit.*, vol. III, pág. 397, n° 282).

17. No Brasil, ferrenhos adeptos da teoria objetiva, como **Wilson Melo da Silva**, passaram a adotar uma posição mais branda, por verificarem, ao longo do tempo, que não se pode abrir mão do conceito de culpa nas relações humanas e, mesmo nos casos especiais que o direito aceita a teoria objetiva, há que se conceder ao autor do ilícito a oportunidade de provar que não se houve culposamente.

18. **Olavos Tostes**, ao focalizar o tema, enfatiza: “Mas, ainda reconhecendo as concessões que a realidade foi forçada a fazer ao princípio tradicional, a maioria dos autores e das legislações dos países civilizados, inclusive a Rússia soviética, continua fiel ao princípio da culpa. Como expõe o mestre uruguaio **Jorge Peirano Facio**, “o sistema tradicional sofreu na primeira metade deste século a crise mais severa de sua história: a teoria do risco revolucionou até os alicerces da responsabilidade civil, demonstrando que muitos conceitos imperantes no século XIV não podem ser mantidos, ao menos sem um ajuste conveniente. Sem embargo, se apreciarmos em sua cabal dimensão o processo referido, devemos afirmar que o que fica, como saldo da teoria do risco, não é a crise da idéia da culpa em si mesma, mas crise dos textos que a sancionam e da forma em que são interpretados. A demonstração palmar deste ponto de vista se enraíza na verificação de que os mesmos autores que preconizam a validade da teoria do risco não podem abandonar a noção da culpa e, inclusive a jurisprudência, nos países em que penetrou o princípio do risco, criou novas manifestações da idéia da culpa (culpa na guarda, culpa contra a legalidade, etc.) o que demonstra que a idéia de culpa, como fundamento da responsabilidade, satisfaz exigências indubitáveis do espírito humano” (**Facio**, *Responsabilidade extracontratual*, Montevideo, 1954, nº 88, p. 165 e nº 93, pág. 173) (artigo citado, págs. 396/7.)

19. **Alvino Lima**, um estudioso da responsabilidade civil e esclarecido adepto da teoria objetiva, debruçando-se sobre os estudos do primeiro Congresso Internacional da Associação **Henri Capitant**, no Canadá, em 1939, e sobre o relatório de **André Roaust**, eminente professor da Faculdade de Direito de Paris, chegou às seguintes conclusões: **a**) em nenhuma parte, o legislador rompeu completamente com o princípio da responsabilidade baseada na culpa; este princípio resiste à experiência dos fatos e das idéias novas; a teoria da responsabilidade não se transformou, mas tornou-se matizada, mais adaptada às necessidades da civilização contemporânea; **b**) o conceito de culpa perdeu aquela rigidez, dentro dos moldes clássicos, puramente moral, para objetivar-se; confunde-se a culpa com o ato ilícito; **c**) a admissibilidade de presunções *iuris tantum* e *iuris et de jure* da culpa, na proteção cada vez mais crescente da vítima da ação lesiva e danosa; **d**) a admissão da responsabilidade objetiva abre inúmeras exceções à responsabilidade baseada na culpa; a idéia do risco fundamenta um sem-número de casos de responsabilidade; **e**) a idéia da responsabilidade por equidade, no caso dos atos dos loucos e dos menores, passa a ser acolhida por vários códigos” (**Alvino Lima**, *Culpa e Risco*, fls. 30) (*apud Olavo Tostes, loc. cit.*).

20. Por isso, “o legislador não pode admitir a teoria do risco senão em domínios muito particulares e multiplicando as precauções”. (**Mazeaud e Tunc**, *Trat. Resp. Civ.*, 5ª edição, Paris, tomo I, nº 355, pág. 434) (*apud Olavo Tostes, loc. cit.*), o que levou o notável Juiz da Câmara Nacional de Apelações e Professor Titular de Direito Civil da Universidade de Buenos Aires, **Jorge Joaquim Llambias**, em seu *Trata-*

do de *Direito Civil*, a enfatizar: “O jurista, governado pela razão do bem comum, não pode dar saída incontrolada a um princípio explosivo que quebra um dos fundamentos da boa ordem social como é a necessidade de culpa para originar a responsabilidade. Depois de uma evolução muitas vezes secular, conseguir o homem estabelecer que a base da responsabilidade civil é a autonomia moral do fato danoso, a isso se chegando depois de superar paulatinamente o materialismo primitivo. Não é, pois, acertado abandonar esse legado de cultura jurídica da humanidade, pretendendo substituir a base da responsabilidade, que é a culpa, por a simples relação de causalidade entre uma coisa e um dano” (*apud Olavo Tostes*, artigo citado).

21. Do exposto, conclui-se que:

- a) ainda prevalece, no direito dos povos cultos e no direito positivo brasileiro, indubitavelmente, “o princípio da culpa como fundamento genérico da responsabilidade” (**Aguiar Dias**, *ob. cit.*, vol. I, pág. 155, nº 66);
- b) exigências de uma nova realidade econômica e social impuseram “concessões à responsabilidade objetiva” (**Aguiar Dias**, *loc. cit.*);
- c) “ainda reconhecendo as concessões que a realidade foi forçada a fazer ao princípio tradicional, a maioria dos autores e das legislações dos países civilizados, inclusive a Rússia soviética, continua fiel ao princípio da culpa” (**Olavo Tostes**, artigo citado);
- d) a teoria objetiva ou do risco só é admitida em “domínios muito particulares”, multiplicadas as precauções do legislador (**Mazeaud e Tunc**, *loc. cit.*);
- e) a teoria objetiva foi acolhida pelo legislador pátrio, tanto em dispositivos do Código Civil, quanto em leis especiais;
- f) o Código Civil italiano e o projeto do Código Civil brasileiro de 1975 prevêem a responsabilidade pelo exercício de atividades perigosas;
- g) o princípio da responsabilidade pelo exercício de atividades perigosas inverte o *onus probandi*, só se escusando o autor do dano se provar que o evento decorreu de caso fortuito, força maior, fato de terceiro ou culpa da própria vítima.

V - *A teoria objetiva ou do risco só se aplica às hipóteses que a lei brasileira expressamente discrimina*

22. “São poucos”, ensina **Silvio Rodrigues**, “no direito brasileiro os casos de responsabilidade civil inspirados na teoria do risco” (*Direito Civil*, Saraiva, 1985, vol. 4, pág. 171, nº 56), a saber:

- a) o da responsabilidade das estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais (art. 26, da Lei 2681, de 07.12.1912);
- b) o da responsabilidade do patrão pelo dano experimentado por seu operário (inaugurado pelo Dec. n° 24.637, de 10.07.1934; reafirmado pelo Dec.-lei n° 7036, de 10.11.1944; repetido pela Lei n° 6367, de 19.10.1976);
- c) o da responsabilidade do proprietário das aeronaves por danos causados à pessoa em terra (introdução pelo Código Brasileiro do Ar, promulgado pelo Dec. n° 483, de 8.6.38; modificado pelo Dec.-lei n° 32, de 18.11.1966, e, depois, pelo Dec.-lei n° 234, de 28.2.1967).

23. De nossa parte, poderíamos acrescentar:

- a) os causados a terceiros nas explorações de minas (Cód. de Minas, D.-L. n° 1985, de 29.01.1940);
- b) os previstos nos artigos 1521, 1527, 1528, 1529, 1539 e 1546 do Código Civil e
- c) os discriminados no Código Nacional de Defesa do Consumidor.

---

\* **Jorge Lobo** é Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial pela UERJ.

## A Constituição e as provas ilicitamente obtidas \*

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA \*\*

1. No pensamento praticamente unânime da doutrina atual, não se deve reduzir o conceito de ação, mesmo em perspectiva abstrata, à simples possibilidade de instaurar um processo. Seu conteúdo é mais amplo: abarca extensa série de faculdades cujo exercício se considera necessário, em princípio, para garantir a correta e eficaz prestação da jurisdição.<sup>(1)</sup> Dentre tais faculdades sobressai o chamado direito à prova. Sem embargo da forte tendência, no processo contemporâneo, ao incremento dos poderes do Juiz na investigação da verdade,<sup>(2)</sup> inegavelmente subsiste a necessidade de assegurar aos litigantes a iniciativa - que, em regra, costuma predominar - no que tange à busca e apresentação de elementos capazes de contribuir para a formação do convencimento do órgão judicial.

É evidente que o direito à prova implica, no plano conceptual, a ampla possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis. A regra é a admissibilidade das provas; e as exceções precisam ser cumpridamente justificadas, por alguma razão relevante. Esse o princípio fundamental, que se reflete, por exemplo, na propensão dos modernos ordenamentos processuais para abandonar, na matéria, a técnica da enumeração taxativa e permitir que, além dos documentos, depoimentos, perícias e outros meios tradicionais, em geral minuciosamente regulados em textos legais específicos, se recorra a expedientes não previstos em termos expressos, mas

---

\* Conferência pronunciada em Belo Horizonte, em 10.10.1996, e em Salvador, em 18.10.1996. O texto (acrescido das notas) resulta da tradução, revista, ampliada e atualizada, de artigo escrito em castelhano, sob o título "*Restricciones a la prueba en la Constitución brasileña*", para integrar o volume de estudos, a ser editado no México, em memória de **Ignacio Medina Lima**, e nessa forma originária publicado na "*Revista de Derecho Procesal*" (espanhola), nº 3/95, e na "*Revista Uruguaya de Derecho Procesal*", nº 1/96.

<sup>(1)</sup> Lê-se em moderna e prestigiosa obra de teoria geral do processo: "A garantia constitucional da ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando às partes não só a resposta do Estado, mas ainda o direito de sustentar suas razões, o direito ao contraditório, o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz" (**Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Dinamarco, Teoria geral do processo**, 12ª ed., S. Paulo, 1996, pág. 256).

<sup>(2)</sup> Desse ponto de vista, não é possível deixar de enxergar surpreendente e melancólico retrocesso no *Codice di procedura penale* italiano de 1988, cujo art. 190.1 restringe a iniciativa oficial às hipóteses expressamente contempladas: "*La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio.*"

eventualmente idôneos para ministrar ao Juiz informações úteis à reconstituição dos fatos (provas "atípicas").<sup>(3)</sup>

2. Por outro lado, convém ter presente que no direito em geral, e no processo em especial, é sempre imprudente e às vezes muito danoso levar até as últimas consequências, como quem dirigisse veículo sem fazer uso do freio, a aplicação rigorosamente lógica de qualquer princípio. Desnecessário frisar que os princípios processuais estão longe de configurar dogmas religiosos. Sua significação é essencialmente instrumental: o legislador adota-os porque crê que a respectiva observância facilitará a boa administração da justiça. Eles merecem reverência na medida em que sirvam à consecução dos fins do processo, e apenas em tal medida.

Ademais, com muita freqüência hão de levar-se em consideração, ao mesmo tempo, dois ou mais princípios ordenados a proteger valores igualmente importantes para o direito, mas suscetíveis de achar-se em recíproca oposição. Trata-se de fenômeno assaz conhecido: não seria temerário afirmar que toda norma jurídica resulta de uma tentativa, mais ou menos bem sucedida, de conciliar necessidades contrapostas de política legislativa, entre as quais é mister fixar um ponto de equilíbrio.

A disciplina da atividade probatória não constitui aqui exceção. Facilmente se entende que o afã de tornar convincente para o órgão judicial esta ou aquela versão dos fatos possa induzir a parte a exceder as fronteiras do razoável, em detrimento de interesses também juridicamente relevantes. Por exemplo, o ordenamento protege - e hoje não se conceberia que deixasse de fazê-lo - o interesse que tem toda pessoa na preservação de sua intimidade. Daí certas limitações à liberdade de investigar e à exigibilidade da cooperação de terceiros: v.g., a autorização dada à testemunha para negar-se a responder a perguntas relativas a fatos cuja divulgação poderia causar-lhe grave dano, inclusive de natureza moral.<sup>(4)</sup>

3. Em semelhante contexto vem-se suscitando a questão das provas adquiridas com infração a uma norma jurídica.<sup>(5)</sup> Conforme bem se sabe, manifestam-se a tal

<sup>(3)</sup> Por exemplo, art. 332 do Código de Processo Civil: "*Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para demonstrar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.*" A disposição inspirou-se no art. 87 do Código vaticano, cuja redação, cabe observar, é mais clara; para uma comparação entre o modelo e a cópia, vide **Barbosa Moreira**, "*Il codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano*", in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Pádua, 1994, vol. I, pág. 9, ou *Temas de Direito Processual, Quinta Série*, S. Paulo, 1994, pág. 194-5.

<sup>(4)</sup> Assim o art. 406, nº I, do Código de Processo Civil: "A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I. que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau."

<sup>(5)</sup> Dadas as vastas proporções já atingidas pela literatura, não é simples a escolha de indicações bibliográficas. Para um claro resumo das várias posições doutrinárias, vide **Ada Pellegrini Grinover**, "Provas ilícitas", in *O Processo em sua unidade*, II, Rio de Janeiro, 1994, págs. 172-4.

respeito duas teses radicais. De acordo com a primeira, <sup>(6)</sup> deve prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtrai à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do Juiz; a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Já para a segunda, o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.

Entre esses extremos, tem-se proposto soluções mais matizadas. Pensam muitos que a complexidade do problema repele o emprego de fórmulas apriorísticas e sugere posições flexíveis. Seria mais sensato conceder ao Juiz a liberdade de avaliar a situação em seus diversos aspectos; atenta a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deve ser sacrificado, e em que medida.

Alude-se, a tal propósito, ao chamado princípio da proporcionalidade.<sup>(7)</sup> Há que verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites por aquela determinados; ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, e a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar se, dos dois males, se terá escolhido realmente o menor.

4. As vezes se imputa a semelhante doutrina o risco de dar margem à excessiva influência de fatores subjetivos e, por conseguinte, à emergência do arbítrio judicial. Mas cumpre não perder de vista quão freqüentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do Juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como o de “bons costu-

<sup>(6)</sup> Dominante, registre-se, não apenas em países de regime autoritário, como os que formavam o antigo bloco socialista, mas também noutros de tradições inquestionavelmente liberais (no sentido mais nobre da palavra), v.g. Inglaterra, Canadá, Austrália, Bélgica, Dinamarca, Suíça: vide **Ada Pellegrini Grinover**, *Liberdades públicas e processo penal*, 2ª ed., S. Paulo, 1982, págs. 116 e segs., 129 e segs.

<sup>(7)</sup> Preconizava a adoção desse princípio, sob o regime anterior, **Moniz de Aragão**, *Exegese do Código de Processo Civil*, vol. IV-I, Rio de Janeiro, sem data, págs. 82-3. Cf., já na vigência da atual Carta Política, **Nelson Nery Junior**, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, págs. 141-2. Vide sobre o tema, na Espanha, **Asencio Melado**, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madri, 1989, págs. 96 e segs., e sobretudo **Gonzalez-Cuellar Serrano**, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madri, 1990, *passim*. Na Alemanha faz tempo que se invoca, na jurisprudência e na doutrina do processo penal (v. g. **Henkel**, *Strafverfahrensrecht*, 2ª ed., Stuttgart - Berlim - Colônia - Mainz, 1968, pág. 270; **Kern-Roxin**, *Strafverfahrensrecht*, 13ª ed., Munique, 1975, pág. 10), o *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* (ou *Verhältnismässigkeitsprinzip*).

mes”, o de “mulher honesta” ou o de “interesse público”. A subjetividade do Juiz atua constante e inevitavelmente no modo de dirigir o processo e de decidir; se pretendêssemos eliminá-la de todo, seríamos forçados a substituir por computadores os magistrados de carne e osso. Visões desse gênero, projetadas num hipotético futuro, já têm provocado pesadelos demais...

Chegou-se a expressar o receio de que a aplicação do princípio de proporcionalidade conduza a “aberrações”.<sup>(8)</sup> É o caso de perguntar se porventura nunca se poderão mostrar mais aberrantes os resultados da estrita observância da proibição de levar em conta qualquer prova cuja aquisição se afigure ilegal.

Suponhamos, por exemplo, que em processo civil, onde se pleiteia a condenação do réu a cumprir certa obrigação, o autor alegue que o adversário lhe furtara o documento oferecido como prova de já se haver extinguido a obrigação. O Juiz civil tem de examinar a alegação e resolver a questão suscitada, para saber se pode ou não basear a decisão nesse documento. Por hipótese, ele reconhece a ocorrência de furto, rejeita o documento como prova ilícita e, na ausência de outras favoráveis ao réu, condena-o a satisfazer a pretensão do autor. É óbvio que a solução adotada pelo Juiz civil, ainda que transite em julgado a sentença, não produzirá efeitos fora do pleito que lhe tocava julgar, e de maneira alguma impedirá que, em subsequente processo penal, o órgão competente para decidir *principaliter* a matéria venha a absolver o suposto infrator, negando a existência do fato delituoso e afirmando que fora absolutamente regular o comportamento do réu. *Quid iuris?* No feito civil desprezou-se uma prova que, afinal de contas, *não* era ilícita. O litigante que apresentara o documento terá sofrido manifesta e injusta lesão no direito de provar suas alegações - lesão que se cristalizará em definitivo, caso não exista no ordenamento remédio idôneo para ensejar, em tal hipótese, a revisão do julgamento civil. Porventura não se há de ver nisso uma aberração?

5. A Constituição de 1988 distingue-se das antecessoras, entre outras coisas, pelo maior relevo que deu aos temas processuais, e - ao contrário do que antes quase sempre sucedia - não só no campo penal. É natural que se haja ocupado de nosso problema. Nos trabalhos da Assembléia Constituinte exerceu grande influência um grupo de juristas, que prestou excelentes serviços de assessoria aos congressistas. Deve-se principalmente a eles a inclusão de várias disposições importantes no texto constitucional, sobretudo no que tange às garantias processuais dos direitos individuais e coletivos.

Predominava nesse grupo a corrente hostil à admissibilidade das provas obtidas mediante comportamento ilegal. Não surpreende que a Constituição haja adota-

---

<sup>(8)</sup> A expressão é de **Ada Pellegrini Grinover**, *ob. cit.* (nota 5), pág. 177. Mas a posição da autora parece atenuada em trabalho mais recente: “As provas ilícitas na Constituição”, *in O processo em evolução*, S. Paulo, 1996, pág. 49.

do a tese proibitiva, em termos literalmente categóricos. Reza, com efeito, o art. 5º, nº LVI: "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Com a ressalva que em breve se mencionará (nº 9), ante regra de semelhante teor não parece haver lugar para exceções, e nem sequer para atenuações.

6. Apesar disso, é irrealístico pensar que se logre evitar totalmente a conveniência (ou melhor, a necessidade) de temperar a aparente rigidez da norma. Para não ir mais longe: como se procederá, se um acusado consegue demonstrar de maneira cabal sua inocência, com apoio em prova que se descobre ter sido ilicitamente adquirida? Algum Juiz se animará a perpetrar injustiça consciente, condenando o réu, por mero temor de contravir à proibição de fundar a sentença na prova ilícita? Essa questão já preocupa a doutrina, que nega em tal emergência a aplicabilidade do art. 5º, nº LVI, da Constituição. Invocando jurisprudência norte-americana, argumenta-se que o direito de provar a inocência deve prevalecer sobre o interesse de proteção que inspira a norma proibitiva, e acrescenta-se que não pode interessar ao Estado a condenação de um inocente, a qual implicará talvez a impunidade do verdadeiro culpado.<sup>(9)</sup>

Todavia, se a defesa - à diferença da acusação - fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com o princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes? Quiçá se responda que, bem vistas as coisas, é sempre mais cômoda a posição da acusação, porque os órgãos de repressão penal dispõem de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, se estará tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que, atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que

(9) Assim, na mais recente literatura, **Antonio Magalhães Gomes Filho**, *Sobre o direito à prova no processo penal*, S. Paulo, 1995, pág. 107. À mesma conclusão, invocando a garantia constitucional da "ampla defesa", chega **Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho**, *O processo penal em face da Constituição*, Rio de Janeiro, 1992, págs. 25-6. Para ela também parece inclinar-se, embora em termos menos categóricos, **Julio Fabbrini Mirabete**, *Processo Penal*, 4ª ed., S. Paulo, 1995, pág. 260. Consoante informa **Luiz Francisco Torquato Avolio**, *Provas ilícitas*, S. Paulo, 1995, pág. 77, as "Mesas de Processo Penal", ligadas ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, consagraram em Súmula (nº 50) a seguinte proposição: "Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa."

algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o "poderoso chefe" local.

7. Seja como for, o essencial aqui é pôr em realce o caráter *relativo* que por força se tem de atribuir ao princípio constitucional atinente à inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas.<sup>(10)</sup> Visto que, ainda entre os juristas mais comprometidos com a tese da proibição, se acaba por admitir que ela não se aplica de modo automático e indiscriminado sob quaisquer circunstâncias, fica aberta a possibilidade de uma construção jurisprudencial que tome na devida conta as variáveis necessidades sociais.

Sabemos todos que as normas jurídicas em geral, e as normas constitucionais em particular, se articulam num sistema, cujo equilíbrio impõe que em certa medida se tolere detrimento aos direitos por elas conferidos. Os interesses e valores que as inspiram não raro entram em conflito uns com os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, proteção irrestrita. Para assegurar a harmonia do conjunto, é imperioso reconhecer que eles se limitam reciprocamente de modo inexorável. Basta recordar, por exemplo, como a liberdade de manifestação do pensamento e a da atividade de comunicação podem encontrar fronteiras na necessidade de resguardar a honra alheia ou o direito do autor de divulgar ou não os produtos de seu engenho e arte.

A possibilidade de provar alegações em juízo é ínsita na de submeter à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (Constituição, art. 5º, nº XXXV). Não parece razoável que se lhe tenha de sobrepor *sempre*, abstraindo-se de tudo mais, a preservação da intimidade de quem haja motivos para supor que possa ter incidido, ou estar incidindo, ou em vias de incidir, em algum comportamento antijurídico. Daí a conveniência de deixar ao aplicador da norma restritiva determinada margem de flexibilidade no respectivo manejo. Só a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigura-se capaz de permitir que se chegue a solução conforme à Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade.

8. Têm-se notados sinais de reação, aqui e ali, aos exageros a que leva uma consideração unilateral do problema. Em decisão recente e unânime, de 5.3.1996, no *Habeas corpus* nº 4.138 - e na qual se indica precedente análogo - esposou a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendimento matizado, rejeitando a alegação de inadmissibilidade de gravação de conversa telefônica, mediante escuta poli-

<sup>(10)</sup> No dizer de Celso Ribeiro Bastos, in Celso Ribeiro Bastos - Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., S. Paulo, 1989, pág. 273, "o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa de sua redação."

cial supostamente ilícita, no presídio a que se achavam recolhidos os impetrantes. Acentuou o Relator, Ministro Adhemar Maciel, a relatividade dos direitos contemplados no texto constitucional, decorrente da própria necessidade de harmonização recíproca, e referiu-se ao “substrato ético” que não pode deixar de orientar o intérprete na fixação dos limites razoáveis.

Independentemente do juízo que cada um faça sobre a solução dada à espécie, não sofre dúvida a relevância de argumentos contidos na motivação do acórdão. Com razão sublinha o Ministro Relator quão descabido é arvorar em valor supremo, sejam quais forem as circunstâncias, a privacidade deste ou daquele indivíduo: “pode haver”, adverte, “do outro lado da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.”

9. Retomemos o fio da meada. Em linha de princípio, a violação do art. 5º, nº LVI, da Constituição acarreta a ineficácia das provas ilícitas e, eventualmente, a nulidade da sentença nelas fundada.<sup>(11)</sup> Esta última consequência, porém, não se produz senão quando se trata do único fundamento, ou pelo menos do fundamento principal da decisão. Se o Juiz, ao motivá-la, invoca outras razões suficientes de *per si* - quer dizer, se o conteúdo da sentença permaneceria idêntico ainda com abstração da prova impugnada como inadmissível -, então não há porque invalidar o julgamento.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou mais de uma vez nesse sentido. Ao julgar o *Habeas corpus* nº 69.079, em 17.3.1992, considerou despcienda a irregularidade na obtenção da confissão do réu, desde que fundada a condenação noutras provas.<sup>(12)</sup> Em acórdão de 31.3.1992, no *Habeas corpus* nº 69.209, decidiu que, em iguais circunstâncias, não se deve anular a sentença unicamente por figurar, entre os elementos submetidos à apreciação do julgador, fita magnética que se alegava ter sido ilegalmente gravada.<sup>(13)</sup>

Idêntica posição, num primeiro momento, havia tomado a Corte em 30.6.1993, no *Habeas corpus* nº 69.912, também a propósito de caso em que outras provas existiam além da transcrição de fitas gravadas mediante interceptação telefônica ilícita.<sup>(14)</sup> Tal decisão, porém, foi depois anulada e substituída por outra, de 16.12.1993, em que veio o Tribunal a conceder a ordem de *habeas corpus* antes denegada. Ao fazê-lo, adotou o entendimento de que, como só fora possível ter acesso às outras provas pelo uso de informações contidas nas fitas magnéticas, aquelas tinham ficado “contaminadas” pela ilicitude destas e deveriam reputar-se igualmente inadmissíveis.

---

(11) **Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho**, *As nulidades no processo penal*, S. Paulo, 1992, págs. 116-7; **Luiz Fancisco Torquato Avolio**, *ob. cit.* (nota 9), pág. 89.

(12) “Rev. Trim. de Jurisprudência”, vol. 141, pág. 1.

(13) *Ibid.*, pág. 924.

(14) “Rev. Forense”, vol. 332, pág. 353.

síveis. Acolheu-se, assim, uma doutrina de procedência norte-americana, segundo a qual o vício de origem se transmite a todos os elementos probatórios obtidos graças à prova ilícita: na conhecida expressão, não se podem aproveitar os “frutos da árvore venenosa” (*fruits of the poisonous tree*).<sup>(15)</sup>

10. Para determinar o exato alcance da norma constitucional atinente às provas ilícitas impende confrontar duas disposições do art. 5º: o supramencionado inciso LVI e o inciso XII, em que se lê: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Do confronto podem-se extrair algumas referências seguras: a) não é ilícita, nem por conseguinte inadmissível, uma prova obtida nos termos da ressalva constante da parte final do nº XII; b) a ressalva não abrange o segredo da correspondência, nem o das comunicações telegráficas ou de dados, mas exclusivamente o das comunicações telefônicas (*verbis* “no último caso”); c) cinge-se a ressalva à esfera criminal, não alcança o processo cível.

Acerca da primeira inferência (a), é oportuno assinalar a existência de autorizada opinião consoante a qual, para ser aplicável, teria a ressalva ficado dependente do advento de lei definidora das hipóteses e da forma exigíveis para que se tornasse lícito ao Juiz autorizar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Em semelhante perspectiva, enquanto perdurasse o silêncio do legislador - somente quebrado, como se sabe, pela Lei nº 9.296, de 24.7.1996 - seria inconstitucional toda e qualquer violação do sigilo e, portanto, inadmissível toda e qualquer prova adquirida por tal meio.<sup>(16)</sup>

Merece alusão aqui um julgamento de grande repercussão, mesmo fora dos meios jurídicos, realizado em 7.12.1994: o da Ação Penal nº 307, em que foram réus, entre outros, o ex-Presidente **Fernando Collor de Melo** e **Paulo César Farias**.<sup>(17)</sup> A defesa deste argüira em preliminar a inadmissibilidade de duas provas: a gravação de conversa telefônica, feita por uma das testemunhas, sem o conheci-

<sup>(15)</sup> *Ibid.*, pág. 381. Não tem sido constante, porém, a adesão a tal doutrina: vide a nota 17, *infra*.

<sup>(16)</sup> Nesse sentido, v.g., **Tourinho Filho**, *Processo Penal*, 3º vol., 12ª ed., S. Paulo, 1990, pág. 213; **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Scarance Fernandes** e **Antonio Magalhães Gomes Filho**, *ob. cit.* (nota 11), pág. 147, com indicações de jurisprudência, às quais é oportuno acrescentar o mencionado acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 30.6.1993, no *Habeas corpus* nº 69.912. O mesmo argumento, entre outros, foi utilizado no julgamento da Ação Penal nº 307, a que nos referimos no parágrafo subseqüente do texto. Diversamente, ao julgar o *Habeas corpus* nº 69.204 (26.5.1992), a Corte Suprema havia admitido a eficácia de autorização judicial para gravação de conversa telefônica entre uma das vítimas de concussão e seu advogado (“Rev. Trim. de Jurisprudência”, vol. 144, pág. 213).

<sup>(17)</sup> “Rev. For.”, vol. 335, págs. 183 e segs. Registre-se que, nesse julgamento, por maioria de votos, foi rejeitada (págs. 185, 437) a tese de que a ilicitude na obtenção de uma prova repercutiria sobre as adquiridas em consequência, tornando-as igualmente inadmissíveis; isto é, o Tribunal não aplicou a doutrina dos “frutos da árvore venenosa” (cf. o voto de Ministro Celso de Mello, que expressamente a aplicava: pág. 367).

mento dos outros interlocutores, entre eles **Paulo César**; e os registros extraídos da memória de computador da empresa Verax, objeto de apreensão no respectivo escritório. Embora com divergências, foi a argüição acolhida em ambos os casos pelo Supremo Tribunal Federal. O relator, Ministro **Iimar Galvão**, sustentou em seu voto que, inexistindo lei definidora das hipóteses e da forma da interceptação, não seria possível a Juiz algum, mesmo que se houvesse requerido - o que não ocorreria -, conceder autorização para gravar sub-repticiamente a conversa. Quanto aos registros do computador, tampouco assistiria à polícia o direito de apreender o aparelho sem ordem judicial, nem o de extrair dele dados particulares da empresa, ali armazenados.

Quanto à segunda inferência (b), não é fácil perceber a razão de política legislativa capaz de justificar a disciplina heterogênea da matéria no tocante, por um lado, às comunicações telefônicas e, por outro, aos demais tipos de comunicação.<sup>(18)</sup> Soa extravagante que se possa outorgar ao órgão judicial o poder de autorizar uma interceptação telefônica, e a mesma providência seja, ao contrário, inadmissível no que respeita a uma carta ou a um telegrama. Se dois membros de uma quadrilha conversam por telefone, existirá a possibilidade de escutar o que dizem, sem que eles saibam; mas, se um envia ao outro folha de papel, não haverá meio lícito de descobrir o que nela foi escrito, a menos que o próprio destinatário faça a cortesia de revelá-lo... O mínimo que cabe dizer é que o legislador constituinte revelou aí estranho amor pelo paradoxo.<sup>(19)</sup>

11. Tampouco parece razoável - e o tema, ao nosso ver, faz jus a consideração especial - a diferença que se estabeleceu (c) entre o campo penal e o civil.<sup>(20)</sup> Não se repitam aqui as velhas e desmoralizadas trivialidades sobre o caráter mais "grave" dos efeitos da sentença penal em comparação com os da sentença civil. Um pensamento superficial costuma trazer à colação, a tal respeito, a oposição entre decisões

<sup>(18)</sup> Cf. **Alcino Pinto Falcão**, in **Whitaker da Cunha** e outros, *Comentários à Constituição*, 1º vol., Rio de Janeiro, 1990, pág. 190: "o inciso [nº XI I] contém a singularidade injustificável de abrir exceção para o caso de comunicações telefônicas, deixando de dar igual tratamento para as telegráficas e radiofônicas, pondo de lado a parêmia milenar *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, de boa aceitação para a exegese do direito constitucional". Também criticam a disposição **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Scarance Fernandes** e **Antonio Magalhães Gomes Filho**, *ob. cit.* (nota 11), págs. 116-7. **Julio Fabbrini Mirabete**, *ob. e lug. cit.* (nota 9), chega a admitir, "apesar da má redação do dispositivo constitucional", a possibilidade de "regulamentação de ordem judicial para violação do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas e de dados, com fins probatórios na área penal."

<sup>(19)</sup> Observa **Alcino Pinto Falcão**, *ob. e lug. cit.* (nota 12), a incoerência entre o texto do art. 5º, nº XII, e as disposições dos arts. 136, nº I, b e c, e 139, nº III, nos quais, ao enumerar as restrições imponíveis aos direitos fundamentais por ocasião do "estado de defesa" e do "estado de sítio", respectivamente, a Constituição se refere indiscriminadamente à inviolabilidade da correspondência e ao sigilo das outras modalidades de comunicação.

<sup>(20)</sup> De acordo: **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Scarance Fernandes** e **Antonio Magalhães Gomes Filho**, *ob. cit.* (nota 11), pág. 146.

que só interessam ao patrimônio e decisões que afetam a liberdade pessoal. É esquecer que no âmbito civil se trata com frequência de problemas relativos a aspectos íntimos e relevantíssimos da vida das pessoas, como ocorre, por exemplo, nos assuntos de família; e também que no processo penal pode igualmente estar em jogo apenas o patrimônio, como acontece quando a infração não é punível senão com multa.

No direito brasileiro - e não só nele - a expressão "processo civil" compreende muito mais que a atividade judicial concernente a relações jurídicas de caráter privado. É no processo civil que se discutem e se decidem pleitos atinentes a matérias reguladas pelo direito público (administrativo, tributário, internacional e - *last but not least* - constitucional...), em regra subtraídas, não menos que as de direito penal, ao poder de disposição das partes. Os interesses sujeitos à influência do julgamento nem sempre se cingem à esfera particular dos litigantes: podem tocar a amplas coletividades, quando não à sociedade como um todo.

Dizer que o processo penal persegue a chamada "verdade real", ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada "verdade formal", é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é *uma* e interessa a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e às vezes *deva*) renunciar - na área civil e na penal - à sua reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade. <sup>(21)</sup>

A Constituição de 1988 equiparou com acerto o processo civil (*rectius*: qualquer processo) ao penal, no que tange às garantias dos litigantes. Por exemplo: o art. 5º, nº LV, que sanciona o princípio do contraditório, nenhuma distinção admite desse ponto de vista: "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". De maneira alguma se justifica a adoção de diretriz diversa no tópico aqui focalizado. A diferença de tratamento não pode deixar de causar perplexidade: eis a explicação mais provável do fato de haver ilustre constitucionalista afirmado que o texto "não distingue entre a instrução processual penal e a civil". <sup>(22)</sup> O autor terá suposto ler na Constituição aquilo que gostaria de ver nela escrito...

12. À disposição que estamos criticando corresponde o art. 15 da Constituição italiana de 1947/8. Lá, entretanto, não se incidiu no mesmo erro. O texto peninsular absteve-se de consagrar diferenças arbitrárias como a da parte final de nosso art. 5º, nº XII: "*La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazioni sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge*" (art. 14).

<sup>(21)</sup> V. g., a credibilidade do sigilo profissional: vide o art. 207 do Código de Processo Penal e o art. 406, nº II, do Código de Processo Civil.

<sup>(22)</sup> Celso Ribeiro Bastos, *ob. e vol. cit.* (nota 10), pág. 72.

Se o legislador constituinte brasileiro se inspirou em tal modelo, salta aos olhos que a cópia saiu desgraçadamente pior que o original. A conclusão análoga levará o cotejo entre o nosso dispositivo e o art. 18.3 da Constituição espanhola de 1978, que reza com maior simplicidade: “*Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*”

Sempre no plano comparatístico, é expressivo o confronto entre o direito brasileiro e o norte-americano. Conforme bem se sabe, os Estados Unidos são o grande baluarte da resistência à admissão de provas irregularmente obtidas - resistência para a qual se tem buscado fundamento na 4ª Emenda à Constituição Federal.<sup>(23)</sup> Pois bem: naquele país, a *exclusionary rule* só se aplica normalmente contra a autoridade pública (não quanto a eventuais infratores particulares), e no terreno *penal*: em feitos de outra natureza, a ilicitude da obtenção não impede a utilização da prova, salvo casos excepcionais, como o de processo destinado à imposição de sanção administrativa grave.<sup>(24)</sup> O legislador constituinte brasileiro tímbrou em ser mais realista que o próprio rei ...

13. A injustificável distinção feita no art. 5º, nº XII, *fine*, entre o processo civil e o penal suscita questões interessantes no plano teórico e importantes no prático. Uma delas se refere à eventualidade de que, em pleito civil, alguém invoque, como elemento de convicção para o Juiz, prova produzida em anterior processo penal. A doutrina e a jurisprudência pátrias reconhecem eficácia, sob determinadas circunstâncias, à prova “emprestada”, isto é, transferida de um para outro processo - contanto que a pessoa a quem se pretende opor a prova haja participado do feito em que ela se produzira. Pois bem: suponhamos que se cuide de fita magnética, gravada mediante interceptação telefônica para a qual se dispunha de autorização judicial. A fita era admissível como prova no âmbito penal; não no civil, já que para este não teria sido possível autorizar a interceptação. *Quid iuris* se o interessado quer utilizá-la à guisa de “prova emprestada” perante o Juiz civil?

No campo doutrinário tem-se admitido a possibilidade de semelhante utilização.<sup>(25)</sup> A favor dela pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas por outro lado talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela ...

<sup>(23)</sup> Questão controvertida: *vide*, por exemplo, **Mc Cormick**, *On Evidence*, 4ª ed., por **John William Strong**, St. Paul, 1992, pág. 284; **Del Carmen**, *Criminal Procedure*, Belmont, 1995, pág. 60.

<sup>(24)</sup> *Vide La Fave - Israel*, *Criminal procedure*, 2ª ed., St. Paul, 1992, págs. 116 e segs.; **Mc Cormick**, *ob. cit.*, (nota 23), págs. 301 e segs. (em ambas as obras, copiosa ilustração da jurisprudência da *Supreme Court*).

<sup>(25)</sup> **Nelson Nery Junior**, *ob. cit.* (nota 7), págs. 145-6.

Outra questão deriva do peculiar mecanismo consagrado nos arts. 63 do Código de Processo Penal e 584, n° II do Código de Processo Civil, que atribuem à sentença penal irrecorrível a eficácia de título executivo *civil*, para fins de ressarcimento do dano causado pelo crime. Significa isso que, se o Juiz penal condenou o réu, por sentença trântita em julgado, a vítima não precisa intentar ação civil para pleitear a reparação do prejuízo sofrido em seu patrimônio: bastará que requeira ao Juiz civil, com esse objetivo, a execução da sentença penal.

Claro está que, nessa execução, já não será necessário provar a ocorrência da infração, nem a culpabilidade do infrator: são questões que a coisa julgada penal cobriu com o manto da preclusão. É concebível, porém, que no juízo criminal se haja logrado demonstrar algum pressuposto da condenação mercê de interceptação telefônica, judicialmente autorizada, sem a qual o réu teria sido com toda a certeza absolvido. Caso o interessado requeira a execução civil, poderá o devedor opor-se eficazmente a ela, alegando que a prova na qual repousara sua condenação era inadmissível na esfera civil?

A essa indagação é fácil dar resposta cabal. A coisa julgada tem o efeito de subtrair toda relevância às questões enfrentadas e resolvidas no processo de conhecimento (e até às questões que nele se *poderiam* ter enfrentado e resolvido).<sup>(26)</sup> Desde que a sentença transita em julgado, já nada importa saber em que provas se baseou o Juiz, com ressalva das hipóteses, por sinal excepcionais, em que a lei permite a destruição da coisa julgada; tampouco, *a fortiori*, se essas provas são idôneas para fundamentar uma condenação *civil*. Diante da condenação penal, tudo que interessa, para a execução civil, é verificar se se trata de sentença passada em julgado. Nenhuma objeção extraída do que sucedeu na instrução do processo-crime pode ter aqui a virtude de impedir semelhante execução.

**14.** O problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árdios que a ciência processual e a política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. De um lado, é natural que suscite escrúpulos sérios a possibilidade de que alguém tire proveito de uma ação antijurídica e, em não poucos casos, antiética; de outro, há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo, o qual normalmente impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É sumamente difícil, quiçá impossível, descobrir o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas.

A Constituição de 1988 optou à evidência por uma solução - ao menos à primeira vista - radical. Não só proibiu em termos amplos a utilização de provas ilícitas, mas fixou limites muito estreitos ao poder do Juiz de, mediante autorização, legitimar a obtenção de provas que sem ela ficam sujeitas a veto literalmente categórico.

Explica-se tal opção, em grande parte, por circunstâncias históricas. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguira-se recente-

mente o regime autoritário que por tanto tempo dominara o país, e sob o qual eram freqüentes e graves as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao “grampeamento” de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências. É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação. Se puxamos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantemos por largo tempo, quando seja liberado ele fatalmente se moverá com força equivalente no sentido oposto.

É certo que outros países tiveram sorte diferente no particular. Já se mencionaram os exemplos da Itália e da Espanha, que igualmente saíram de regimes autoritários, mas souberam abster-se de determinados exageros. Não escandaliza o mundo jurídico espanhol ouvir dizer ao Tribunal Constitucional que os próprios direitos fundamentais não devem erguer “obstáculo intransponível à busca da verdade material que não se pode obter por outro modo”.<sup>(27)</sup> Ninguém se animará a tirar daí motivo para pôr em dúvida o caráter democrático da sociedade espanhola contemporânea. Talvez algum dia possamos reagir no Brasil com circunspeção igual. Teremos aprendido uma antiga e importante lição: a melhor forma de coibir um excesso e de impedir que se repita não consiste em santificar o excesso oposto.

A propósito: não merecerá particular reexame a precipitação em importar, de maneira passiva e acrítica - segundo não raro acontece - a doutrina dos “frutos da árvore venenosa”, ainda mais em formulação indiscriminada, nua dos matizes que a recobrem no próprio país de origem?<sup>(28)</sup> Será ela adequada à realidade do Brasil de hoje? Ampliar em tal medida, para os infratores atuais e potenciais - sobretudo na área, constantemente em expansão, da “criminalidade organizada” - a perspectiva de escapar às sanções cominadas em lei acaso contribuirá para satisfazer o generali-

<sup>(26)</sup> Cf. o art. 474 do Código de Processo Civil. Acerca do tema, vide **Barbosa Moreira**, *A eficácia preclusiva da coisa julgada material*, in *Libro Homenaje a Luis Loreto*, Caracas, 1975, pág. 295, ou *Temas de Direito Processual, Primeira Série*, 2ª ed., S. Paulo, 1988, pág. 97.

<sup>(27)</sup> **Apud Asencio Mellado**, *ob. cit.* (nota 7), pág. 96.

<sup>(28)</sup> A jurisprudência norte-americana, com efeito, não a consagra sem ponderáveis restrições: vide, a respeito, **La Fave - Israel**, *ob. cit.* (nota 24), págs. 471 e segs.; **Del Carmen**, *ob. cit.* (nota 23), págs. 65 e segs. Boa informação no artigo de Danilo Knijnik, “*A doutrina dos frutos da árvore venenosa e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.93*”, in *Ajuris*, nº 66, págs. 76 e segs. Alguns dados em **Costa Andrade**, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, págs. 171/2. Interessante notar que nos Estados Unidos, entre outros casos, se tem repellido a tese da ilicitude “derivada” ou “por contaminação” quando o órgão judicial se convence de que, fosse como fosse, se chegaria “inevitavelmente”, nas circunstâncias, a obter a prova por meio legítimo, isto é, ainda a fazer-se abstração da ilegalidade praticada.

zado clamor contra a impunidade,<sup>(29)</sup> vista por tantos, com razões ponderáveis (e descontados alguns excessos de paranóia), qual fator relevante na aceleração do ritmo em que vai baixando o nível ético dos nossos costumes, políticos e outros? Devemos confessar, de resto, com absoluta franqueza, a enorme dificuldade que sentimos em aderir a uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional (ou melhor: universal<sup>(30)</sup>), em dar combate eficiente à praga do tráfico - combate que, diga-se de passagem, *é também um valor constitucional*, conforme ressalta da inclusão do “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” entre os “crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia” (art. 5º, nº XLIII).

Temos, no particular, a penosa impressão de ver materializar-se aos nossos olhos autêntico fantasma retardatário de um tipo de individualismo exasperadamente anti-social, que supúnhamos exorcizado há muito tempo e em definitivo. Custa-nos crer que assombrações do gênero possam fazer boa companhia na marcha para a construção de uma sociedade mais civilizada.

---

<sup>(29)</sup> A crer-se em ensinamento conspícuo, mais importa, no combate à criminalidade, evitar que os delinqüentes fiquem impunes do que exasperar as penas. *Vide*, entre muitas outras, a obra clássica de Carrara, *Programa do curso de direito criminal*, trad. de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra, S. Paulo, 1957, § 642, vol. II, pág. 88: “A força moral objetiva da pena se encontra mais em razão de sua certeza que da sua *severidade*, ou seja: esta sem aquela é ilusória” (grifado no original).

<sup>(30)</sup> Atente-se no que consta do preâmbulo da Convenção de Viena, de-20.12.1988, assinada pelo Brasil, aprovada pelo Congresso Nacional em 14.6.1990 e promulgada pelo Dec. nº 154, de 26.6.1991: “As Partes nesta Convenção, (...) Reconhecendo os vínculos que existem entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados; Reconhecendo também que o tráfico ilícito é uma atividade criminosa internacional, cuja supressão exige atenção urgente e a *mais alta prioridade*...” (sem grifo no original).

---

\*\* José Carlos Barbosa Moreira é Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

## *Regime jurídico dos atos administrativos de confirmação e de substituição*

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO \*

### *I - Considerações preliminares*

1. Um dos elementos essenciais dos atos jurídicos é a *vontade*. De fato, não há como conceber-se a existência de tais atos sem que o sujeito veicule sua manifestação volitiva. Por isso é que os atos jurídicos, nascidos da expressão da vontade, espelham a mais alta representação do subjetivismo.

A grande importância do elemento volitivo reside em sua idoneidade para produzir efeitos no campo do Direito. A vontade aqui não é o mero processo psíquico elaborado em todos os indivíduos. Quando é capaz de afetar a órbita jurídica das pessoas, podemos considerá-la como *vontade jurígena*, porque ao elemento psíquico se somam os elementos pragmáticos que ocorrem no mundo jurídico.

No aspecto psíquico, a vontade admite três momentos. Primeiramente o da *solicitação*, quando se dá a incidência de elementos exógenos sobre o psiquismo. Depois, o da *deliberação*, aquele em que o indivíduo faz a avaliação das conveniências. E, finalmente, o da *ação*, quando se exterioriza o trabalho mental.<sup>(1)</sup>

O certo é que a própria existência do ato jurídico depende da vontade, assim como também depende da presença do sujeito e da forma. Esses elementos são, em última instância, os *pressupostos de existência* dos atos.

2. Os atos administrativos constituem uma categoria especial de atos jurídicos: neles estão presentes todos os pressupostos básicos relativos a estes últimos. A fisionomia jurídica dos atos administrativos não destoa da que possuem os atos jurídicos. Valem eles como manifestação de vontade do Estado, como Poder Público, para produzir efeitos de direito, na consecução de seu fim público.<sup>(2)</sup> Verifica-se, por esses dados, que a estrutura é idêntica, como teria necessariamente que ocorrer na relação gênero-espécie. O que os atos administrativos têm de especial é a natureza de que se reveste a figura do sujeito (terá que ser um agente do Estado) e do objeto (o alvo terá

(1) **Caio Mário da Silva Pereira**, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 13ª ed., pág. 331.

(2) São os termos aproximados em que **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello** conceitua os atos administrativos no sentido material (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I, 1979, pág. 463).

que ser uma atividade de interesse público mediato ou imediato).

Por essa razão, é claro que nem sempre coincidem os aspectos volitivos dos atos jurídicos e dos atos administrativos. E nem poderiam mesmo coincidir, bastando atentar para a mencionada peculiaridade do sujeito e do objeto. Nos atos administrativos, a manifestação da vontade está sempre atrelada à competência legal atribuída ao agente por ela responsável, já que “*tem lugar através de órgãos, que são pessoas postas ao serviço do Estado para o exercício de atribuições determinadas*”.<sup>(3)</sup> Por outro lado, e ainda tomando em consideração a sua natureza específica, a vontade nos atos administrativos (ou a vontade administrativa, se assim se desejar) terá que ajustar-se a três elementos: a finalidade, indicando a utilidade próxima ou remota que produzirá na esfera dos administrados; a razoabilidade, entendida como aquela que não produza absurdos, contradição ou desproporção; e o devido processo legal, quando for necessária a oportunidade de contra-arguição por parte de terceiro.<sup>(4)</sup>

Pois são exatamente os aspectos da *vontade administrativa* que examinaremos a propósito dos *atos administrativos de confirmação* e dos *atos administrativos de substituição*.

## II - Atos administrativos de confirmação

3. A vontade administrativa nem sempre se completa através da manifestação volitiva de apenas um agente. Na maioria das vezes, manifestada a vontade pelo agente público e exteriorizado o ato, estará ao mesmo tempo consumada a vontade administrativa. Mas não haverá tal coincidência em todos os casos. Haverá hipótese em que a vontade administrativa, para consumir-se, dependerá da manifestação volitiva de mais de um agente, e, portanto, da prática de mais de um ato. Atos administrativos de confirmação são aqueles que ratificam outros atos, de forma a poder consumir-se a vontade administrativa final.

A doutrina não tem, de modo uniforme, catalogado esse tipo de atos. Vejamos aqueles que são comumente citados e o regime jurídico a eles aplicável.

4. Em primeiro lugar, é citada a *aprovação*, ato que confirma um outro ato ou operação administrativa anterior, controlando seus aspectos de conveniência e oportunidade, razão por que se caracteriza por sua unilateralidade e discricionariedade.<sup>(5)</sup> Se um agente pratica um ato contendo certo projeto de execução de atividade administrativa, e o submete a outro agente para verificação da conveniência, o ato

<sup>(3)</sup> Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 1979, pág. 27.

<sup>(4)</sup> Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1995, pág. 216/218.

<sup>(5)</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 1993, pág. 174.

de confirmação do projeto será a aprovação. Fala-se, ainda, na aprovação *prévia*, quando determinado ato só possa ter eficácia se outro ato o autoriza com antecedência.<sup>(6)</sup>

Outro ato de confirmação é a *homologação*, ato vinculado que traduz a concordância da Administração no que se refere ao exame dos requisitos legitimadores de outro ato. Diferentemente da aprovação, a homologação é ato vinculado; além disso, limita-se ao exame dos elementos de legalidade do ato homologado.<sup>(7)</sup> Exemplo de homologação é o ato que confirma a adjudicação feita ao vitorioso em procedimento de licitação.

Ato confirmatório, também, é o *visto*. Por ele, determinado agente administrativo verifica a legalidade formal de ato anterior, sem exame de seu conteúdo. Trata-se de ato vinculado, porque “há de restringir-se às exigências legais extrínsecas do ato visado”.<sup>(8)</sup> Constitui requisito de eficácia do ato anterior. Exemplo é aquele em que certo ato de autorização só tenha efeito após o ato de visto da autoridade superior.

5. O regime jurídico dos atos de confirmação encerra a necessidade de analisar vários aspectos.

O primeiro diz respeito à vontade administrativa. Quando a lei exige a prática de atos de aprovação, homologação ou visto é porque a vontade final administrativa só pode considerar-se consumada após o ato de confirmação. Vale dizer: não basta a emissão da primeira ou primeiras vontades constantes dos atos administrativos anteriores. Necessária será a interveniência das várias vontades previstas na lei, para que se complete o ciclo final do intento da Administração.

Os estudiosos do tema fazem referência aos *atos compostos* e aos *atos complexos*, procurando diferenciá-los.<sup>(9)</sup> Diz-se que o ato é composto quando resulta da vontade única de um órgão, embora dependente da verificação por parte de outro. Complexos seriam aqueles que só se formam com a junção das vontades de órgãos diversos.<sup>(10)</sup> Outros dizem que nos atos complexos há duas ou mais vontades para a formação de um ato único, ao passo que nos atos compostos haveria um ato principal e outro acessório.<sup>(11)</sup>

Só para se ter idéia da visível ambigüidade que cerca tais atos, veja-se a lição de **Hely Lopes Meirelles**. Diz o renomado publicista, para a distinção, que o ato

<sup>(6)</sup> A aprovação prévia não é ato de confirmação, como o é a aprovação *a posteriori*. Na verdade, ela nada confirma, mas, ao revés, se constitui como elemento de validade e eficácia do ato posterior.

<sup>(7)</sup> Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, 1992, pág. 86.

<sup>(8)</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1993, pág. 172.

<sup>(9)</sup> Sergio de Andréa Ferreira só se refere aos atos simples e complexos. Quanto aos atos compostos, diz que se trata de composição de atos (*Direito Administrativo Didático*, 1985, pág. 105).

<sup>(10)</sup> Hely Lopes Meirelles, *ob. cit.*, pág. 155.

<sup>(11)</sup> Maria Sylvia Di Pietro, *ob. cit.*, pág. 169.

complexo só se forma com a conjugação de órgãos diversos, enquanto o ato composto se forma com a vontade única de um órgão, sendo apenas ratificado por outra autoridade. E resume: “*Essa distinção é essencial para se fixar o momento da formação do ato e saber-se quando se torna operante e impugnável.*”<sup>(12)</sup>

Ora, na verdade não se pode falar, na hipótese, em *formação do ato*, mas sim em *formação da vontade final administrativa*. Se há mais de uma manifestação volitiva, terá que haver mais de um ato, sejam os agentes do mesmo órgão, ou não. O que se precisa saber, quanto aos atos de confirmação, é *se foram produzidos todos os atos exigidos para consumir a vontade final administrativa*.

À evidência, não há rigorosa definição de tais atos pela doutrina. Acreditamos até mesmo que a distinção seja criticável. Para nosso estudo, porém, o fato é irrelevante, porque a premissa é a de que, ao lado da vontade final administrativa, há vontades que se inserem nos atos componentes da cadeia necessária à sua formação. Não tem importância que os agentes dos atos sejam hierarquizados ou não; também não tem realce o fato de haver um ato substancial e outro meramente formal. *O que importa é a própria cadeia de manifestações volitivas que conduzem à vontade final da Administração, vale dizer, ao objetivo final por ela colimado.*

Exemplifica-se: numa autorização sujeita a ato de visto, a vontade final administrativa, qual seja a de consentir que o particular exerça atividade de seu interesse, somente se completa após ser praticado o visto, ato de confirmação.

6. Por outro lado, se a lei o impuser, a vontade administrativa final, para surgir no mundo jurídico, exigirá a prática de dois ou mais atos administrativos autônomos. Significa dizer que cada um deles deve ter seus próprios requisitos de existência e validade. Em cada um deles, o elemento será o da *vontade administrativa parcial*, porque, embora o fator volitivo exista em cada ato, este, por sua vez, consumará apenas uma etapa da vontade final administrativa.

Suponha-se que um ato do agente A dependa de homologação da autoridade B. Trata-se de dois atos administrativos. No caso das licitações, por exemplo, o ato de adjudicação resulta da vontade administrativa de conferir o objeto do contrato ao vencedor do certame. O ato de homologação, a seu turno, pretende verificar a legalidade do ato anterior de adjudicação. São dois os atos e em cada está presente uma vontade administrativa própria do respectivo ato. A vontade administrativa final consiste na celebração do contrato administrativo com o vitorioso. Por isso é que as vontades dos atos têm caráter parcial em relação à vontade administrativa final.

7. A eficácia da vontade administrativa final somente é produzida no mundo jurídico após a prática do ato de confirmação. Mesmo que o ato administrativo anterior seja aquele que tenha o conteúdo substancial da vontade administrativa, *é o ato de confirmação que dará eficácia ao objetivo da Administração*. É o caso do ato de

---

<sup>(12)</sup> *Ob. cit.*, pág. 155.

visto, por exemplo. O visto, por limitar-se à verificação formal do ato anterior, não tem conteúdo substancial próprio. Quem tem esse conteúdo é o ato visado. Mas, ainda assim, a eficácia da vontade final da Administração, consubstanciada no ato visado, só estará presente quando for praticado o ato de confirmação. O mesmo se passa com a homologação: ela representa o ato de controle que vai dar eficácia ao ato controlado. <sup>(13)</sup>

8. Sendo a vontade administrativa final oriunda da prática de mais de um ato administrativo autônomo, cada um destes será aferido autonomamente no que diz respeito aos requisitos de validade.

Com efeito, imagine-se que um ato administrativo A tenha que sujeitar-se à aprovação pelo ato B. Pode ocorrer que o ato A tenha algum vício de legalidade, como, por exemplo, vício de competência. Mesmo que o ato B venha a aprová-lo, a vontade final da Administração estará irremediavelmente comprometida. A razão é simples: o ato de aprovação *a posteriori* pressupõe que o ato anterior seja legítimo; se não o for, ficará prejudicado o ato de aprovação. A recíproca é verdadeira: se o ato A, ao ser aprovado, é inteiramente legítimo, e o ato de aprovação B contém algum vício de legalidade, não pode considerar-se válida a vontade final administrativa.

Desse modo, tem-se que a vontade final administrativa, para ser legítima no mundo jurídico, *depende não só da legitimidade dos atos a serem confirmados, como também da dos atos de confirmação.*

9. Plano diverso do da validade é o da eficácia dos atos. O ato é válido quando produzido em consonância com os parâmetros estabelecidos na lei. É eficaz quando está apto para produzir seus efeitos. Por isso, pode ocorrer que um ato seja inválido, embora eficaz. <sup>(14)</sup>

A solução se apresenta idêntica no caso dos atos de confirmação. Se o ato anterior ou o ato de confirmação contém vício de legalidade, isso não impede que a vontade administrativa final tenha eficácia. Em outras palavras: mesmo com a presença desses vícios, pode haver produção de efeitos. O fato decorre do princípio da auto-executoriedade dos atos administrativos: até que o Judiciário ou a própria Administração decretem a invalidade de um dos atos, ou de qualquer deles, os efeitos serão normalmente produzidos. <sup>(15)</sup>

### **III. Atos administrativos de substituição**

10. Em certos momentos, os atos administrativos que formam a cadeia necessária à constituição da vontade administrativa final não são coincidentes, ou seja, não se preordenam ao mesmo objetivo. O ato anterior, sujeito à aferição por outro agente,

<sup>(13)</sup> Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 1994, pág. 101.

<sup>(14)</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 1993, pág. 176.

<sup>(15)</sup> Diógenes Gasparini, *ob. cit.*, pág. 79.

sobre rejeição. Essa rejeição terá que ser formalizada em ato administrativo; será este um ato administrativo de substituição.

Verifica-se que, em relação aos atos de confirmação, está presente o princípio da *concordância*, ao passo que nos atos de substituição o fenômeno é inverso, isto é, presente está o princípio da *discordância*.

*Ato administrativo de substituição, portanto, é aquele em que a vontade administrativa, de caráter prevalente, tem o condão de substituir a vontade contida em ato administrativo anterior.*

**11.** O regime de tais atos apresenta algumas peculiaridades. A primeira delas consiste em que a vontade administrativa pretendida quando da prática do ato anterior não se consuma, por ter sido ele rejeitado pelo ato de substituição.

No caso da autorização sujeita ao ato de visto, a vontade administrativa final era a de proporcionar ao indivíduo o exercício de certa atividade de seu interesse. Nesse mesmo sentido se colocou o ato em si de autorização. Como não foi praticado o ato de confirmação - o visto, a vontade administrativa final, pretendida pelo ato anterior, não ingressou no mundo jurídico. Sem o ato de visto, o agente administrativo terá produzido um ato de efeito contrário, rejeitando o conteúdo da autorização; terá praticado, por via de consequência, um ato de substituição.

**12.** Outro aspecto que caracteriza os atos de substituição é o de que eles são emanados de agente público *cuja vontade tem prevalência sobre aquela que originou a prática do ato rejeitado*. Significa dizer que, produzido o primeiro ato e dele constando a vontade administrativa parcial, fica sua eficácia dependente da vontade que constará do ato de confirmação. Se não há a confirmação, o ato posterior será de substituição; com a prática do ato de substituição fica prejudicado o ato sujeito à confirmação. Terá prevalecido, pois, o ato de substituição sobre o ato sujeito à confirmação.

Como exemplo, pode citar-se a hipótese da homologação do ato de adjudicação, no regime licitatório. Produzido o ato de adjudicação, decerto pela comissão de licitação, fica sua eficácia dependente do ato homologatório da autoridade competente. Se esta não o homologar, é porque o terá rejeitado, produzindo, então, ato de substituição. Nesse caso, é essa vontade constante do ato de substituição que terá prevalência sobre a que constituiu objeto do ato rejeitado.

Exemplo interessante de ato de substituição é o que se encontra no sistema das medidas provisórias na Constituição Federal. Dispõe o art. 62 da C.F. que o Presidente da República pode, em caso de relevância e urgência, adotar medidas provisórias devendo, no entanto, submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. Se o Congresso acolhe a medida provisória, esta se converte em lei: aqui terá havido ato de confirmação. Se não a acolher, é porque a rejeitou e, nessa hipótese, produzirá

---

(16) A rejeição implicará a perda de eficácia da medida provisória, como registra o art. 62, parág. único, da C.F.

ato de substituição. <sup>(16)</sup> Poder-se-á afirmar, desse modo, que a vontade do Congresso tem prevalência sobre a do Presidente da República, já que seu ato de substituição tornará ineficaz o ato do Chefe do Executivo sujeito à confirmação.

13. Os atos de substituição têm *conteúdo de antagonismo* em relação aos atos anteriores. O antagonismo está em que tais atos se voltam à direção diametralmente oposta àquela pretendida pelos atos rejeitados. Se um ato administrativo apresenta um projeto sujeito a ato de aprovação, e esta não ocorre, a autoridade prevalente o terá rejeitado. O ato de substituição, que encerra a rejeição, apresenta conteúdo de antagonismo em relação ao ato que produziu o projeto; sendo assim, serão opostas as vontades administrativas constantes de ambos os atos.

14. Examinemos a questão da validade. A eventual invalidade do ato anterior fica superada pelo ato de substituição. Não quer dizer que este último ato convalide o ato anterior. Quer dizer apenas que, como o ato inválido foi superado pelo ato de substituição, *a invalidade não mais pode oferecer efeitos práticos*, porque a própria vontade que encerra já terá sido substituída pelo ato que produziu a rejeição.

Imagine-se a hipótese em que uma autorização sujeita a visto tenha vício de legalidade; se o ato do visto não for praticado e, ao contrário, a autoridade por ele responsável rejeitar a autorização, este ato de substituição não permitirá que ela produza efeitos jurídicos. Em outras palavras: a invalidade persistirá no plano abstrato, mas não terá reflexos efetivos no mundo jurídico. Conclui-se, pois, *que a validade do ato de substituição supera a invalidade do ato dependente de confirmação*.

A hipótese inversa apresenta solução diferente. Se o ato de substituição tem vício de legalidade e o anterior não o tem, *a própria vontade final administrativa estará comprometida*. Sendo anulado o ato de substituição, será restaurado o ato anterior, mesmo estando novamente sujeito à aferição por um outro agente. No caso citado da autorização, havendo a decretação da invalidade do ato de substituição (que é aquele que não produziu o visto), a autorização que fora por ele substituída restaura a sua força jurídica, ainda que esteja sujeita a novo exame por parte da autoridade competente, que, aliás, poderá praticar outro ato de substituição, agora dotado de licitude.

15. No que se refere à eficácia, é preciso, ainda uma vez, colocar em confronto os atos. A eficácia do ato sujeito à confirmação fica elidida pelo advento do ato de substituição. Advirta-se que a supressão da eficácia se dará *sejam válidos ou inválidos os atos de substituição*, e isso porque, como já visto, a invalidade destes não lhes retira sua própria eficácia. Assim, é fácil observar que é a eficácia do ato de substituição que suprime a eficácia do ato sujeito à confirmação.

Suponha-se que a adjudicação tenha sido rejeitada por ato de substituição que não a homologou. Sendo eficaz o ato de substituição, suprimida estará a eficácia da adjudicação, *mesmo que aquele contenha vício de legalidade*. Vindo a ser anulado, será restaurada a eficácia do ato de adjudicação, embora transitoriamente, pois que novamente estará sujeito à apreciação pelo agente competente incumbido de seu controle.

#### **IV - Conclusões**

Os dados trazidos nestas reflexões nos permitem extrair as seguintes conclusões:

- 1ª) os atos administrativos de confirmação são necessários para consumir-se a vontade final administrativa, aplicando-se para eles o princípio da concordância;
- 2ª) cada ato administrativo componente da cadeia de atos formadores da vontade final administrativa deve ser analisado autonomamente no que toca à validade e à eficácia;
- 3ª) os atos administrativos de substituição contêm manifestação de vontade idônea para substituir as vontades inseridas nos atos administrativos anteriores;
- 4ª) a vontade nos atos administrativos de substituição tem caráter prevalente e antagônico em relação aos atos rejeitados;
- 5ª) a invalidade de um ato rejeitado pelo ato de substituição não tem repercussão efetiva no mundo jurídico;
- 6ª) se inválido for o ato de substituição, a vontade final administrativa estará comprometida quanto a sua legitimidade.

---

\* José dos Santos Carvalho Filho é Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Professor da Faculdade de Direito Cândido Mendes - Ipanema; Professor da FEMPERJ - Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Professor convidado da EMERJ - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Coordenador-Executivo do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, e Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB.

---

## *Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos \**

JUAREZ TAVARES \*\*

### *Introdução*

1. O Código Penal brasileiro prevê no art. 318 o crime de *facilitação de contrabando ou descaminho*, cuja ação está assim descrita: "*Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho.*"

Embora seja um antigo delito funcional, a análise do respectivo tipo pode gerar, entretanto, alguma perplexidade, sugerindo, como primeira assertiva, aquilo que a doutrina brasileira, desde **Nelson Hungria**, e sem qualquer outra preocupação, vem admitindo, que o delito possa ser praticado por ação ou por omissão.<sup>(1)</sup> Mas esta simples afirmativa, ainda que correta, não esgota o âmbito da investigação típica. Se praticado por omissão, podemos, por exemplo, em seguida perguntar: trata-se de crime omissivo próprio ou impróprio? Dada as características do tipo legal, essa é uma pergunta para a qual não encontramos resposta à primeira vista. Se concluirmos que é omissivo próprio, imediatamente poderemos ser contestados para indicar *onde a lei se refere à omissão*, isto é, onde se diz que o crime consiste em omitir-se de taxar ou de investigar a mercadoria que entra no país. Se dissermos que se trata de crime omissivo impróprio, devemos também esclarecer acerca dos fundamentos do dever de garantir. Por outro lado, a sua identificação, como crime omissivo próprio ou impróprio, não é produto de mera especulação doutrinária. Conforme se trate de um ou outro caso, devem variar os pressupostos de sua punibilidade. Daí que essa classificação merece um tratamento mais específico do que poderia aparentar.

2. Além de questões dessa ordem, que são comuns no trato judiciário, a vida cotidiana é extremamente rica de exemplos e de casos, aos quais a teoria jurídica muitas vezes não pode dar uma resposta satisfatória, porque ainda insuficientemen-

<sup>(1)</sup> **Nelson Hungria** - *Comentários ao Código Penal*, 1959, vol. IX, p. 374.

te desenvolvida.

Situemos alguns deles.

3. Um guia alpinista convida umas pessoas para fazerem uma excursão ao Pico da Bandeira. Nessa excursão, alguns morrem porque o alpinista não lhes dá a devida atenção, deixando de indicar o caminho mais adequado de subida. Uma vez iniciado o procedimento criminal contra o alpinista, afirma este que, na realidade, não era ele um verdadeiro guia, já que não havia acordado com os demais de que os levaria sãos e salvos até o cume do morro, mas apenas os havia convidado para tal aventura.

Fato semelhante ocorre com a pessoa que vai à praia com seu filho menor e, desejando refrescar-se nas águas do mar, pede a alguém que está ao lado para *dar uma olhada na criança*, recebendo desse um rápido assentimento. Pois bem, enquanto a mãe dá o seu mergulho, a criança corre, entra na água e morre afogada, porque a pessoa que deveria vigiá-la resolve dormir ao sol.

4. Dois irmãos, sem qualquer acordo prévio, estão nadando em águas profundas. Um deles, de repente, é acometido de câibras e começa a afogar-se. O outro nada faz para ajudá-lo.

5. Em determinado edifício, observa-se defeito contínuo nos elevadores, a ponto de o ascensorista alertar o síndico para o problema, enfatizando que *alguém ali ainda ficaria preso*, obtendo, no entanto, como resposta de que tudo não passava de mera fantasia e que nada disso iria acontecer. Certo dia, um profissional liberal, que possuía consultório no prédio, precisou trabalhar até mais tarde, vindo a deixar o serviço após 22:00 horas, quando no local apenas permanecia um vigia. Toma o elevador e este pára no meio dos andares. Imediatamente, aciona o alarma e desperta o vigia. Este, contudo, apesar de sua boa vontade, não sabe como mover o elevador, nem como abrir suas portas. O profissional liberal pede-lhe então, que se comunique com o síndico pelo telefone da portaria, o que é feito. O síndico lhe diz, porém, que nada poderia fazer, que esperasse até o outro dia, de manhã, quando chegasse o ascensorista. Ademais, não poderia ir até o local, porque estaria de saída para uma festa.

6. Esses exemplos são simples e corriqueiros, mas sua análise sugere a prévia investigação acerca da estrutura dos delitos omissivos, cujo complexo de fundamentos distintos tem sido de certa forma relegado pela doutrina.

O tema dos delitos omissivos, na verdade só passou a alcançar maior repercussão, quando, no art. 13, § 2º do Código Penal, o legislador brasileiro encampou uma parte da elaboração doutrinária, inserindo nesse dispositivo as fontes do dever de garantidor, ou melhor, as fontes que fundamentam a posição de garantidor. Desde então os juristas têm aguçado sua percepção na busca de soluções adequadas, ainda que não definitivas, às questões que daí decorrem, principalmente acerca da parte omissiva dos crimes comissivos e do perfeito equacionamento dos limites do dever de impedir o resultado, que expressam em certa medida os pontos centrais da investigação.

## *Ação e omissão*

7. Mas, a primeira grande tarefa dos juristas, ao tratarem dos *crimes omissivos*, não se situa imediatamente na delimitação do dever de impedir o resultado, senão em determinar como se procede à diferenciação entre *ação e omissão*. Esta é a tarefa inicial e decisiva. Afinal de contas, essa foi a preocupação de toda a doutrina do Direito Penal, desde que se formaram os sistemas da *teoria do delito*.

8. Na evolução do conceito analítico de delito e tendo em vista a sua escassa incidência prática, a omissão não passava, inicialmente, de modalidade secundária de ação. Na realidade, o delito omissivo, como tal, só muito lentamente é que veio a despertar maior curiosidade de análise. O importante era a identificação da ação positiva, da qual deveria resultar a omissão. Ainda que concebido como delito autônomo, os crimes omissivos só começaram a engendrar um regulamento próprio a partir do século XIX, quando se desperta a atenção à necessidade de uma regra geral da omissão. Antes disso, o problema se achava limitado ao exame de casos concretos, relativos aos delitos de homicídio, infanticídio, omissão de socorro ou omissão de comunicação de crime.<sup>(2)</sup>

A adoção de uma regra geral de omissão não decorre, entretanto, de uma imposição legislativa, mas é fruto da evolução que se processa na teoria do delito, notadamente com a introdução do conceito de conduta, por parte de **Berner** em 1857, que possibilitou a separação entre ação e punição, como consequência tardia da concepção hegeliana sustentada na culpabilidade de vontade.<sup>(3)</sup> O ponto crucial dessa evolução foi traçado, porém, com o conceito de tipo formulado por **Beling**, o qual, superando as proposições da doutrina anterior, que se mostrava incapaz de diferenciá-lo da noção de conduta, possibilitou, ademais de outros efeitos, a consecução de um conceito geral de ação, baseado no dogma causal.<sup>(4)</sup>

9. Vê-se, portanto, que, uma vez superada a questão da possibilidade de um conceito geral de ação, era natural que daí decorresse para a *teoria causal* uma dificuldade ainda maior, que era a de estender o seu conceito de ação, tomada como causa de um resultado, à modalidade da omissão.

É cediço que a *teoria causal* não formulou, a princípio, um conceito de ação no sentido de que, diretamente, se pudesse dizer que a *ação fosse causa de um resultado*. Há outros modos de expressar esse conceito, de maneira indireta, mais literária, mas que no fundo signifiquem a mesma coisa.

O nosso saudoso **Aníbal Bruno** dizia que a ação constitui “*um comportamen-*

(2) **Mezger** - *Tratado de Derecho Penal*, tradução de Rodríguez Muñoz, 1955, vol. I, p. 19, nota 1.

(3) **Roxin** - *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª edição, 1994, p. 180.

(4) **Roxin** - *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1994, p. 181.

(5) **Aníbal Bruno** - *Direito Penal, Parte Geral*, 1959, vol. I, p. 282.

to humano voluntário que produz uma modificação no mundo exterior".<sup>(5)</sup> Igualmente, **Von Liszt**, um dos mais criativos penalistas de todos os tempos, conceituava a ação como "a produção de uma modificação no mundo exterior, referenciada à vontade humana".<sup>(6)</sup> Embora os enunciados se apresentem distintos, isto nada mais é do que a retratação de um procedimento causal que se desdobra, que se desenrola no mundo exterior e produz um acontecimento perceptível, que é o seu resultado. Se o que importa é o processo de produção do resultado, a ação, que se identifica com esse processo, deve ser concebida como causa desse resultado. Como o conceito de ação serve de elemento primário de ligação entre todos os elementos do delito, deve englobar também a omissão, a qual, é claro, deveria da mesma forma ser vista nesse contexto como "causa de um resultado."

Entretanto, a transposição da causalidade da ação à omissão não pode ser feita sem maiores problemas. Como conceber, como causa de um resultado, uma inatividade que não tem no mundo exterior qualquer expressão de procedimento causal? A discussão já começa a agravar-se quando se busca equacionar o que se deva entender por *causa de um resultado*.

**10.** Não é de hoje que a causalidade tem suscitado os mais acalorados debates, tanto no âmbito das ciências naturais quanto no Direito. Enquanto no Direito, pela necessidade de justificação da responsabilidade, a causalidade é sempre tomada no sentido lógico de certeza, na teoria científica moderna, chegou-se à conclusão de que não há causalidade exata, precisa, inequívoca. A causalidade só pode ser aferida depois que o processo já se desenvolvera e se sabe o que o teria impulsionado ou se tem, então, uma idéia intuitiva de que existe um responsável por aquele resultado. Mas, antes disso, não há como elaborar hipoteticamente o que poderá constituir a *causa* de um resultado.

Parece que, dado o grau de incerteza de suas variadas fórmulas, nenhuma teoria que se ocupe do conceito de causa pode elucidar essa matéria. No campo das ciências empíricas, essa incerteza quanto à identificação da causalidade tomou maior significado, por exemplo, com as investigações procedidas no setor do átomo e sua evolução. O cientista alemão **Heisenberg**,<sup>(7)</sup> da Universidade de Munique e Prêmio Nobel de Física, ao proceder à elaboração dos princípios informadores da teoria quântica, enuncia na década de trinta o *princípio da indeterminação*, pelo qual a impossibilidade de serem obtidas medidas corretas de uma determinada magnitude, sem desconsideração de outra magnitude com ela relacionada, conduz à conclusão de que, no mundo dos corpúsculos nucleares, a causalidade não é certa, mas meramente provável. Mas antes disso, a causalidade já era posta em questão com a antiga teoria de **Maxwell**, que foi enunciada para explicar um dos *princípios da termodinâmica*. Segundo este princípio, um corpo quente, que se vincule a um

<sup>(6)</sup> **Von Liszt** - *Lerbruch des deutschen Strafrechts*, 1891, p. 128.

<sup>(7)</sup> **Heisenberg** - *Die physikalischen Prinzipien der Quantumtheorie*, 1930, IV § 3°.

corpo frio, produz a passagem de seu calor para este corpo frio e não vice-versa. Quer dizer, quando dois corpos entram em contacto, um quente e o outro frio, o primeiro que está quente, transfere ao segundo, que está frio, uma parte de seu calor, no sentido de um equilíbrio térmico. Segundo **Maxwell**, essa constatação empírica, entretanto, não é certa, é meramente provável, assim como tudo na investigação científica. Essa formulação da termodinâmica, embora do século passado e o princípio da indeterminação marcaram no campo da causalidade uma perspectiva completamente diferente do que a *ciência* até então havia indicado, pois a desvinculavam dos enunciados da mecânica, até então dominantes e que sempre exerceram enorme e significativa influência no âmbito do Direito, e ainda alteravam o pressuposto empírico de sua configuração lógica.

Na esteira dessas modernas concepções, podemos dizer que a causalidade não pode ser equacionada através de uma teoria única, segundo a qual sempre, e da mesma forma, ela deverá verificar-se. Daí a tentativa de superar a velha teoria da condição, mediante uma individualização da causalidade, primeiramente no plano naturalístico, com a teoria da adequação proposta por **Von Kries**, e depois no plano normativo, com a teoria da relevância jurídica, elaborada por **Mezger**.

De acordo com a proposição de **Von Kries**, a causalidade seria unicamente aferida com base na experiência, segundo um juízo de previsibilidade, o qual, conforme o complemento trazido por **Traeger** deveria ter em conta todas as condições existentes ao tempo da ação, conhecidas ou cognoscíveis por um homem prudente.<sup>(8)</sup>

Por sua vez, **Mezger** entende que a causalidade, tomada no sentido da teoria da condição, não é suficiente para fundar o nexó de responsabilidade, senão em atenção à relevância jurídica da condição, que só poderá ser reconhecida no processo de interpretação teleológica da norma.<sup>(9)</sup>

Mas, como a causalidade é meramente provável, está claro que toda teoria causal é falha, porque está trabalhando sobre juízos e critérios de probabilidade e não de certeza. Se a incerteza torna-se a regra, fica, assim, mais difícil ajustar-se o conceito de omissão, como inatividade, ao conceito de causa, que fundamenta o conceito de ação.

11. Dentro da evolução percorrida pela teoria do delito, os primeiros critérios estabelecidos para justificar a causalidade na omissão, até pelas suas dificuldades, buscaram fundamentá-la em algo positivo, como na prática de ação diversa. Assim, por exemplo, são as soluções apresentadas por **Luden**, com sua *teoria da ação contemporânea*, pela qual o que efetivamente causa o resultado proibido é a prática de uma ação positiva contemporânea à omissão, diversa daquela que deveria ter sido

<sup>(8)</sup> **Traeger** - *Der Kausalbegriff im Straf-und-Zivilrecht*, 1927, p. 159.

<sup>(9)</sup> **Mezger** - *Tratado de Derecho Penal*, tradução de Rodríguez Muñoz, 1955, vol. I, p. 243.

<sup>(10)</sup> **Luden** - *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht*, 1840, vol. I, p. 467.

executada; <sup>(10)</sup> e por **Krug, Glaser e Merkel**, com a *teoria da ação precedente*, que tomava como referência não a ação contemporânea, mas a ação realizada momentos antes. <sup>(11)</sup>

**Beling** <sup>(12)</sup> que foi o grande teórico da teoria causal, ciente dos transtornos lógicos provocados por uma concepção puramente causal do delito, chegou à conclusão de que para fundamentar a causalidade na omissão só dispunha de um recurso, que era partir da investigação sobre o organismo da pessoa do omitente. Segundo ele, isto se daria da seguinte forma: na ação, a pessoa produz um movimento corpóreo e, portanto, desencadeia perceptivelmente a causalidade; na omissão, ao contrário, a pessoa não produz movimento corpóreo algum, mas, para não fazê-lo, deve retrair sua capacidade muscular de movimentar-se. Justamente nesta retração subsistiria a causa do resultado. Esta concepção, entretanto, não era nova. Nada mais é, aliás, do que uma reformulação sistematizada na teoria do delito das *teorias da interferência*, mencionadas por **Landsberg**, e sustentadas por diversos autores, dentre os quais **Binding**, que, contestando as antigas teorias da *ação precedente* e da *ação contemporânea*, tentavam demonstrar que a *omissão* teria uma eficácia ativa, de modo que o omitente, ao não agir, passaria a expressar uma força interferente sobre o impulso que normalmente o compelia a fazê-lo. <sup>(13)</sup> Não será preciso socorrer-se de maiores indagações, para perceber a artificialidade dessas construções, que novamente deslocam o tema da causalidade do setor lógico para o biológico ou mecânico, tornando ainda mais obscura sua perfeita dimensão.

Procurando superar os percalços da concepção causal originária, **Mezger**, com base nos postulados assentados pelo *neokantismo* da Escola de Baden, principalmente por **Rickert**, enfatiza que “*o problema da causalidade nos delitos de comissão por omissão aparece situado exatamente da mesma maneira e exatamente da mesma forma do que no fazer ativo, só que não em referência à omissão como tal, senão à ação positiva esperada, e a seu resultado*”. A pergunta decisiva será, portanto, a seguinte: “*o resultado juridicamente desaprovado teria sido evitado pela ação esperada*”? Se a resposta for afirmativa, a omissão será considerada causa do resultado. <sup>(14)</sup> Contudo, a referência à ação esperada, que só pode ser vista em face da exigência da ordem jurídica, está em contradição com a concepção causal primitiva, porque desloca a questão do plano natural da causalidade para o mundo dos valores e só pode viger sob o enfoque da teoria da relevância jurídica, que deixa de ser uma verdadeira teoria da causalidade para transformar-se em teoria de imputação do resultado.

A omissão sempre representou, na verdade, um ponto nebuloso na *teoria do*

<sup>(11)</sup> **Adolfo Merkel** - *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, p. 76.

<sup>(12)</sup> **Beling** - *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 17.

<sup>(13)</sup> **Binding** - *Die Normen*, II, p. 546; **Von Hippel** - *Deutsches Strafrecht*, 1930, vol. II, p. 158.

<sup>(14)</sup> **Mezger** - *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, p. 299.

*delito*, que não foi elucidado nem pela teoria causal e suas variantes e nem pelas teorias que se sucedem, por exemplo, a *teoria finalista*, as quais continuaram a defrontar-se com dificuldades para equacioná-la.

12. Afinal de contas, o que constitui a omissão? É uma inatividade? Mas, sendo uma inatividade, é modalidade de ação? Será outra categoria de comportamento, que, juntamente com a ação, integra, em seu todo, a conduta humana?

A própria *teoria finalista da ação* parte do conceito de que a ação, antes de ser valorada juridicamente, tem um fundamento natural, isto é, pertence à categoria ontológica do ser. Como a ação é conceito genérico e natural, assim também a omissão teria fundamento naturalístico, como *inação*. Seria a omissão, portanto, modalidade de conduta, como *inação*, que se contrapõe à ação, como modalidade de conduta positiva.<sup>(15)</sup>

A relação entre ação e omissão se situaria logicamente como os indicativos A e Não-A, objetos independentes do mundo do ser, cada qual com suas propriedades. Ainda que se reconheça a engenhosidade desta tese, talvez a única que poderia ser compatível ao esquema das categorias ônticas, ainda assim não abrange a questão em todas as suas particularidades e em toda a sua extensão.

A deficiência da *teoria finalista* reside na sua base, de conceber a omissão dentro da categoria do ser, quando esta só pode ser verdadeiramente retratada se vinculada a um dever de agir. E quando associamos uma ação, ou uma inatividade, a um dever de agir, já estaremos descartando a hipótese de que esta atividade ou inatividade possa ser vista, exclusivamente, sob o enfoque naturalístico. É que o dever de agir não é qualquer coisa pertencente à categoria ôntica, isto é, não possui substrato natural, mas possui, isto sim, um substrato axiológico. Quando impomos uma atividade a alguém, dizemos que essa atividade é imposta em face de um dever a que está vinculada determinada pessoa. Se a pessoa não estiver vinculada ao dever de agir, a sua inatividade é um *nada*, absolutamente irrelevante.

13. Seguindo uma variante subjetiva da teoria finalista, com base no desdobramento do princípio da finalidade potencial, **Khars** e **Herzberg**, primeiramente, e depois **Behrendt** e de certa forma **Jakobs** criam um conceito diverso de ação, com base no princípio da evitabilidade, a que se denomina de *conceito negativo de ação*. Ação seria, então, “a evitável não evitação de um resultado em posição de garantia”,<sup>(16)</sup> ou “a realização do resultado evitável”.<sup>(17)</sup> Com isso se quer significar que *comissão* e *omissão* se constituem de uma não evitação de alguma coisa, pois também nos delitos comissivos subsistiria a responsabilidade de evitar o resultado decorrente do movimento corporal do agente, atualizado como foco potencial de peri-

(15) **Welzel** - *Derecho Penal Alemán*, tradução de Bustos Ramirez e Yañez Pérez, 1970, p. 276.

(16) **Herzberg** - *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 174.

(17) **Jakobs** - “*Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem*”, in *Festschrift für Welzel*, 1974, p. 309.

(18) **Herzberg** - *ob. cit.*, p. 173.

go.<sup>(18)</sup>

Este conceito negativo de ação, ainda que, para se constituir, tome como modelo um critério que poderia fundamentar um ato omissivo, que seria a inevitabilidade do resultado, é incapaz de solucionar os problemas do enquadramento lógico e dogmático da omissão em um conceito superior de ação. Primeiramente, porque o próprio **Herzberg** não vê necessidade de utilizar um tal conceito na caracterização dos delitos omissivos em espécie. Em segundo lugar, porque se para os fatos comissivos o que basta é a não-realização do resultado, a qual é identificada com a sua evitação, para os fatos omissivos, onde o que ocorre é a não-realização da ação, o critério estaria baseado na *não-não-realização do resultado*, o que soa um absurdo.

Por sua vez, não socorre tal conceito a posição crítica de **Jakobs**, que primeiramente nega um conceito negativo e chega a taxá-lo de equivocado,<sup>(19)</sup> mas, partindo do mesmo critério de inevitabilidade, como elemento identificador da ação, desemboca uma posição mais equivocada ainda, quando, por exemplo, nega a qualidade da ação à realização inevitável da morte de outrem, porque não estaria juridicamente configurado o plano do autor e, por conseguinte, inexistiria uma lesão à norma.<sup>(20)</sup>

Mais criticável ainda se mostra a tese psicanalítica de **Behrendt**, para quem o conceito de ação não se ocupa do agir humano em geral, senão como expressão da por ele denominada *destrutividade humana*.<sup>(21)</sup> Assim, a ação praticada em legítima defesa deixaria de constituir uma modalidade de causa de justificação, com a consequente exclusão da antijuridicidade, para se transformar em uma hipótese de ausência de ação, porque sendo tal fato inevitável conduziria à conclusão de que igualmente não caracterizaria uma expressão da destrutividade humana.<sup>(22)</sup> A omissão não seria, portanto, entendida como a não execução de uma ação possível ou de uma ação esperada ou mandada, senão a omissão da direção contrária à tendência destrutiva da própria psique, tomada por base na sua esfera interior, existente antes mesmo da resolução volitiva.<sup>(23)</sup>

Embora se possa reconhecer à condição da *evitabilidade* um significativo papel na teoria do delito, em especial na teoria da imputação objetiva, sua inserção só faz perturbar a sistematização desse conceito, trazendo como consequência uma transformação radical e confusa dos demais elementos do delito.

Por outro lado, como o critério da inevitabilidade não é tomado exclusivamente no sentido objetivo, até porque seria difícil concebê-lo como elemento representado *a priori*, mas assentado na esfera interior do homem, sua adoção sob estes supostos

<sup>(19)</sup> **Jakobs** - *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1993, p. 143.

<sup>(20)</sup> **Jakobs** - *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1993, p. 144.

<sup>(21)</sup> **Behrendt** - *Die Unterlassung im Strafrecht. Entwurf eines negativen Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlage*, 1979, p. 96.

<sup>(22)</sup> **Behrendt** - *ob. cit.*, p. 106.

<sup>(23)</sup> **Behrendt** - *ob. cit.*, p. 130.

induz a retratar todo o sistema do delito dentro de uma lógica subjetiva, onde o importante não será propriamente a defesa objetiva dos bens jurídicos, mas a conformidade interna do sujeito aos comandos normativos. Esta postura é própria de **Jakobs**, que vê a função do Direito Penal e da incriminação em geral referenciada como um instrumento de manutenção da ordem jurídica, como ordem normativa.<sup>(24)</sup>

14. Percebendo a impropriedade de uma concepção ontológico-real da omissão, bem como das tendências mais recentes no sentido de uma subjetivação do conceito de delito, **Roxin** propõe, em seu recente *Tratado*, um conceito personalista de ação, segundo o qual a ação deve ser entendida como *expressão da personalidade*, isto é, “*ação é tudo aquilo que o homem congrega como centro de sua manifestação animico-espiritual*”.<sup>(25)</sup> O próprio autor afirma que sua concepção não é nova, mas o resultado de uma evolução procedida sobre os conceitos precursores de ação enunciados por **Rudolphi** e **Arthur Kaufmann**, que na década de sessenta já haviam esboçado tal entendimento do agir como *objetivação da pessoa*.

Tomando a ação, portanto, como manifestação da personalidade, pretende **Roxin** poder superar os defeitos das concepções anteriores, que se reduziavam a particularidades naturalístico-mecânicas (teoria causal), a formas especiais de aparecimento (finalidade), à sobreposição de valores sociais (teoria social) ou à esfera interior (teoria da evitabilidade).<sup>(26)</sup>

Embora se assente, como ponto de partida, em um dado natural (a personalidade humana) **Roxin** não pode deixar de reconhecer que o conceito de ação, muitas vezes, dadas as características reais de sua manifestação, está vinculado também a juízos de valor, de ordem social ou pronunciados pela ordem jurídica, através dos respectivos tipos de delito. Esse inclusive é o caso da omissão, que tomada dentro do conceito de ação como *manifestação da personalidade* está praticamente imbricada nos graus de valoração, que fundamentam o injusto. A omissão só será considerada como manifestação da personalidade se tomada em referência à *ação esperada*, a qual, normalmente, vem fundamentada socialmente, antes de sua configuração jurídica, em face de deveres sociais que são impostos ao sujeito.<sup>(27)</sup> A ação esperada, assim, não é a ação que se poderia evitar, ou a ação simplesmente que não se realizou por interferência mecânica ou muscular nem a não-ação referente a uma ação final determinada, inserida no âmbito das categorias reais, mas, sim, a ação que a comunidade social ou a ordem jurídica aguardava como instrumento de proteção do bem jurídico.

Em face dessa abordagem acerca da omissão, a recente concepção personalista de **Roxin**, portanto, não pode ser caracterizada como uma pura teoria naturalista de

<sup>(24)</sup> **Jakobs** - *Strafrecht*, AT, 1993, p. 10.

<sup>(25)</sup> **Roxin** - *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, 1994, p. 196 e ss.

<sup>(26)</sup> **Roxin** - *ob. cit.*, p. 197.

<sup>(27)</sup> **Roxin** - *Strafrecht*, AT, I, p. 200.

ação, mas simplesmente uma teoria de fundo naturalístico. Quer dizer, a ação não se compõe necessariamente de elementos puramente naturais, como condição de sua categoria ôntica, mas toma essa condição natural, de expressão da personalidade humana, como seu ponto de referência, evitando, com isso, uma concepção puramente normativista, própria do positivismo.

15. A relevância da omissão, como violação do dever de agir, é que assinala, assim, a sua própria existência. Pertence ela àquela categoria dos *objetos dependentes*, de que fala **Husserl**. Não possui existência real, por si mesma, senão quando associada a outro elemento, representado por um dever. Quando nos referimos à omissão, portanto, estamos no âmbito de um mundo axiológico, de um mundo onde valoramos as diversas modalidades de comportamento e não apenas de um mundo puramente naturalístico, onde o importante é unicamente assinalar suas características reais. Por isso, é que, na tarefa de diferenciação entre ação e omissão, para não cairmos nos mesmos erros causais, temos que descartar, desde logo, neste setor, a posição meramente naturalística.

Analisando a forma e as deficiências do tratamento do comportamento omissivo dentro da *teoria do delito*, que conduzem a posturas insolúveis, chegamos à conclusão de que a *teoria finalista* é basicamente uma teoria da ação, que foi concebida de modo funcionalmente correto no tocante aos *crimes comissivos*, mas que é claudicante quando procura tratar da omissão. E, embora quando trate da ação, em geral, supere, sem a menor dúvida, os enunciados da *teoria causal*, também como ocorre com essa *teoria causal* não consegue superar suas contradições na omissão, justamente porque incorre no mesmo erro, de considerá-la como um dado do ser (categoria ôntica) e não como um dado de valor (categoria axiológica).

### *Valoração da omissão*

16. Ao buscar diferenciar a ação da omissão, temos que nos situar, portanto, em plano axiológico: a omissão não é modalidade de conduta que se reduza a elementos puramente naturais. A omissão é modalidade de conduta valorada. E justamente em razão dessa valoração, é que adquire relevância social.<sup>(28)</sup>

Por isso, o melhor modelo será aquele que situe o conceito de conduta dentro da ordem social e não exclusivamente na ordem natural. Quer dizer, a conduta como comportamento humano socialmente relevante, onde se considere o seu momento axiológico e se descarte toda fundamentação naturalística no tocante à omissão. A omissão passa, assim, a se enquadrar dentro de um campo valorativo e não num campo ontológico real.

17. Mas, surge um outro aspecto. Se a omissão tem fundamento axiológico, isto significa que ela passa a ser objeto de um juízo, pelo qual tem assegurada sua exis-

<sup>(28)</sup> Assim também, em linhas gerais, **Roxin** - *Strafrecht*, AT, I, p. 201.

tência. E como objeto de um juízo, deve submeter-se à consideração de se depende também de uma norma jurídica ou possui relevância fora do Direito. Esta é uma questão que decorre do seu significado axiológico, como dado social ou normativo.

Se reconhecemos nos valores um substrato social e não exclusivamente normativo, como aliás deve ser, podemos assumir a postura inicial de que a omissão tem relevância e existência fora do Direito. A omissão, como modalidade de comportamento valorado, não pode afastar-se de seu conteúdo social, que lhe assinala a relevância independentemente de seu reconhecimento normativo. E pode, quando valorada juridicamente, gerar efeitos nas mais variadas disciplinas jurídicas, dentre as quais o Direito Penal.

Há ações, aliás, que presenciamos na coletividade, que constituem comportamentos, às vezes, considerados antiéticos, desleais, estranhos, irregulares, mas que não configuram, em qualquer hipótese, comportamentos juridicamente enquadráveis. Quantas vezes, por exemplo, cruzamos com alguns colegas nossos e não recebemos o devido cumprimento? Essa ausência de cumprimento configura uma omissão dessas pessoas, que nos atinge na nossa relação de cordialidade entre colegas. Mas, isto não constitui nada em termos jurídicos, nem no âmbito do Direito Penal, nem no âmbito de outros ramos do Direito e nem tem assinalada sua existência porque referenciada a uma norma. É uma omissão que sentimos socialmente e que, inclusive, produz efeitos mais amplos do que se poderia supor na ordem social, porque a pessoa que não cumprimenta um colega, em determinado momento ficará antipatizada. E as demais pessoas que sentem a ausência dessa atitude de cordialidade poderão dizer: *“Bem, esse sujeito é um antipático; conseqüentemente, não vamos convidá-lo para as nossas festividades, nem para nossas programações, etc.”*

Há, portanto, uma reação das pessoas a esse tipo de comportamento omissivo, ainda que fora do Direito. Mas sua relevância não deriva da reação que poderá engendrar. Independentemente ou não dessa reação, que indicaria que a omissão, antes de sofrer a incidência das respostas do Direito, produziria efeitos sociais, deve-se considerar que, ao lado das imposições decorrentes das normas jurídicas, subsistem deveres sociais de convivência, que integram o substrato das categorias axiológicas. Justamente esse fundamento social é que assinala o conteúdo extrajurídico da omissão. Não podemos, assim, partir do princípio de que a omissão só tem relevância para o campo do Direito, porque então estaremos emprestando à norma jurídica, além do seu objetivo regulamentador, o efeito exclusivo de criadora de deveres sociais, como propunha nesse passo a orientação neokantista. Ao invés, devemos admitir que a não execução de uma ação esperada apresenta relevância na ordem social, antes de se constituir em objeto jurídico. A ação esperada de **Mezger** não é exclusividade jurídica, mas a expressão de exigências sociais de convivência.

Esta referência social da omissão representa um passo adiante na elaboração do conceito de conduta, que, tomado como conceito geral, deve ser suficientemente flexível e abrangente para englobar todas as modalidades concretas do comportamento.

Pode acontecer, ademais, que a omissão não apresente qualquer fundamento valorativo na ordem social, ainda que resulte relevante juridicamente. Isto, todavia, não desnatura seu conteúdo social extrajurídico, apenas reflete um estado de instabilidade normativa, pelo qual a norma vale durante certo tempo, ainda que carente de substrato, mas cujo estado tenderá, a longo prazo, à sua ineficácia porque isenta de conteúdo. Mas, então temos que vê-la de outra maneira, não só no seu aspecto de existência quanto no sentido que ela assume com vistas à proteção de bem jurídico, porque pode acontecer que a própria norma, em face do sentido protetivo que passa a desempenhar, venha a induzir a criação de deveres sociais de convivência, que lhe irão depois preencher seus fundamentos.

### *Diferenças: crimes omissivos e comissivos*

18. A proteção de bem jurídico, como sabemos, em face da multiplicidade de variantes sociais, muitas vezes não é desempenhada diretamente através de proibições de modalidades de ações juridicamente indesejáveis, que pela experiência possam pô-lo em perigo ou lesá-lo, senão mediante a imposição de deveres concretos que pretendem evitar esses resultados. Na omissão, a proteção pode ser exercida de duas espécies, ou mediante a imposição de ações possíveis, que devem ser executadas por todos justamente para impedir a concretização dessa lesão, ou por quem tenha, em face da assunção de posturas pessoais, um dever de impedir tal resultado. Com isso, surge a necessidade inicial de distinguir essas duas modalidades da atuação estatal, como *crimes omissivos próprios* e *impróprios*.

Aqui, devemos, por sua vez, observar o seguinte: quando diferenciamos *crimes omissivos* e *crimes comissivos*, não devemos fazê-lo através da modalidade de conduta.

A diferença entre esses crimes deve residir na estrutura da norma que impõe ou que proibe a atividade. Sempre aprendemos, por exemplo, que o Direito Penal tem duas espécies de normas: proibitivas e mandamentais. E sempre aprendemos que são normas opostas, isto é, ou proibitivas ou mandamentais. Mas, a teoria mais recente considera que não existe norma puramente proibitiva, como não existe norma puramente mandamental.<sup>(29)</sup> É que, se não considerarmos que a norma é proibitiva e mandamental ao mesmo tempo, não poderemos proteger suficientemente o bem jurídico. Porque no momento em que dissermos que a norma mandamental é aquela que impõe uma atividade, contentamo-nos em dizer que aquele que se encontra em inatividade viola a norma mandamental. Mas aquele que se encontra em inatividade, embora viole a norma mandamental, não é o único a fazê-lo. Também viola a norma mandamental aquele que realiza outra atividade que não a que a norma determina. Portanto, a norma mandamental, ao mesmo tempo que impõe

<sup>(29)</sup> Bacigalupo - *Delitos Improprios de Omisión*, 1970, p. 98.

uma atividade, proíbe outra. Da mesma forma, a norma proibitiva. Ao mesmo tempo em que proíbe uma atividade, por exemplo, a atividade de matar, impõe, também, uma atividade de respeito à vida humana. Isto está implícito na norma proibitiva. E nem teria sentido a proteção de bem jurídico através exclusivamente da proibição, pois seria absolutamente inócua. Isto não quer dizer, porém, que nos *crimes comissivos* subsista, ao lado da proibição, um dever geral de obediência. A atividade positiva que resulta da proibição será aquela necessária à proteção do bem jurídico, na medida em que o sujeito se tenha decidido a apreendê-la.

**19.** Essas considerações, ainda que extensíveis a todos os delitos, adquirem maior relevância no âmbito dos *delitos culposos*.

Por exemplo, há pessoas que dirigem em excesso de velocidade, algumas vezes ultrapassando todos os limites imagináveis. Contudo, o excesso de velocidade, por si só, não caracteriza delito algum, apenas demonstra que há violação de um dever de cuidado. A norma jurídica que impõe uma atividade cuidadosa é a mesma que proíbe uma atividade descuidada. À pessoa que dirige em excesso de velocidade, em determinado local, a norma jurídica diz que *é proibido violar o dever de cuidado, porque, violando o dever de cuidado, se pode ocasionar um resultado penalmente proibido*. Mas, ao mesmo tempo em que proíbe o excesso de velocidade, diz que *aquele que quiser dirigir, é obrigado a dirigir em velocidade adequada*. Portanto, a norma jurídica compõe um conjunto de proibições e comandos, num mesmo contexto, como forma de ampliar os limites da proteção do bem jurídico.

### *Ação e omissão na estrutura normativa*

**20.** É importante salientar esse entendimento acerca da estrutura complexa da norma penal, porque com isto se podem assinalar com precisão as diferenças entre os *crimes omissivos* e os *crimes comissivos*.

Partindo desse aspecto, podemos, desde logo, estabelecer os critérios de diferenciação entre a *ação* e a *omissão* dentro da estrutura normativa do Direito Penal.

Alguns exemplos podem demonstrar, aliás, que às vezes é penoso estabelecer-se uma linha divisória absolutamente nítida entre *ação* e *omissão* e cuja solução, de caracterizar o fato como *crime comissivo* ou *crime omissivo*, não se limita a mera exigência classificatória.

Se optarmos pela omissão e tivermos um *crime omissivo*, teremos de definir ademais se o sujeito tinha ou não o dever de agir, exatamente nos termos em que a lei o determina.

**21.** O primeiro exemplo é muito simples. Um sujeito, à noite e em meio à neblina, dirige seu caminhão sem as luzes traseiras de advertência acesas, as chamadas luzes de estacionamento e acaba, com isso, ocasionando um acidente, porque o motorista de um automóvel, que trafega em excesso de velocidade, não o vê e vem com ele a chocar-se. Em consequência do acidente, o motorista do automóvel vem a morrer.

A pergunta é a seguinte: haverá *crime omissivo* ou *crime comissivo*?

A resposta pode variar conforme a identificação da modalidade da conduta, se se trata de uma ação, ou de uma omissão.

Poderíamos dizer, por um lado, que haveria, nesse caso, um *crime omissivo culposo*, porque o caminhão não tinha as luzes traseiras acesas, quando o motorista o dirigia, ou seja, omitiu-se esse motorista de verificar se as luzes traseiras estavam em condições de tráfego. Mas também poderemos concluir que haverá um *crime comissivo culposo*, se entendermos que o sujeito trafegou sem as luzes traseiras. A diferença é sutil, mas é importante.

**22.** O segundo exemplo é um pouco mais complexo. O médico está cuidando de certo paciente internado em estado grave num hospital. Apesar de todo cuidado e do tratamento intensivo que recebe, de repente apresenta parada cardíaca. O médico resolve socorrê-lo através de massagens de reanimação, que são executadas sem qualquer proveito. Após algum tempo, é aconselhado por um seu colega que diz: “*não adianta, ele não tem mais chance*”. O médico pára de reanimar o paciente. Evidentemente, todos irão afirmar que se trata de *crime comissivo*.

Mas imaginemos que o médico não pare de reanimar o paciente e faça com que essa modalidade de reanimação tenha seqüência através de um aparelho automático, que se encarrega da estimulação do coração enfermo e permanece em funcionamento durante alguns dias. Após certo tempo, vem outro assistente e diz: “*não adianta insistir, porque esse aparelho não poderá reanimar o paciente. O melhor será desligá-lo*”. Se ambos desligam o aparelho e, em seguida, o paciente morre, a indagação acerca da natureza do comportamento não será tão evidente. Haverá *crime omissivo* ou *crime comissivo*?

**23.** Um sujeito está para salvar outra pessoa, que se está afogando na praia de Copacabana. Quando está prestes a salvá-la, é impedido de fazê-lo por seu vizinho, porque este reconheceu no afogado um seu inimigo. Haverá *crime omissivo* ou *crime comissivo*?

Ainda sobre o mesmo quadro, o sujeito quer salvar uma pessoa que cai da barca Rio-Niterói e está se afogando. Para isso lança-lhe um salva-vidas e, uma vez agarrado pelo acidentado, passa a recolhê-lo. No meio do ato de salvamento, contudo, reconhece no afogado seu inimigo e refletindo acerca da fortuna do acidente resolve abandoná-lo à própria sorte. Incontinenti solta a corda e deixa que a vítima se afogue. Haverá *crime omissivo* ou *comissivo*?

**24.** Um caso da jurisprudência alemã. Um fabricante importa da Pérsia algumas peles de carneiro para a confecção de cobertores, mas não manda desinfetá-las previamente como deveria. As peles vêm impregnadas de um vírus que acaba matando os operários que as manipulavam para fazer o preenchimento desses cobertores. Haverá *crime omissivo* ou *comissivo*?

**25.** Note-se que em todos esses exemplos a afirmação acerca da modalidade da

conduta não pode por si mesma elucidar acerca da natureza do delito, pondo em destaque a complexidade da diferenciação entre ação e omissão. Se enfocarmos de uma ou de outra maneira, podemos entender que são *crimes omissivos* ou *comissivos*. Mas as conseqüências da diferenciação são importantes, porque se em todos esses casos dissermos que se trata de *crimes comissivos*, as exigências de punibilidade serão menores, bastando demonstrar normalmente, além dos demais elementos que compõem o tipo legal, que o resultado pode ser imputado objetivamente ao sujeito. Mas, se dissermos que haverá *crimes omissivos*, teremos, então, que também demonstrar a violação do *dever de agir*, com todos os consentâneos, o que altera os fundamentos da punibilidade.

O *dever de agir* pode ser visto como um dever geral imposto pela ordem jurídica, diante de certo caso concreto que esta própria ordem jurídica legalmente prevê (o chamado *dever geral de assistência*), ou como dever que decorre de vinculação especial entre sujeito e vítima, ou entre esse e a fonte produtora de perigo, de modo que se constitua em garantidor da proteção do bem jurídico com relação àquela pessoa determinada ou àquelas pessoas afetadas pela fonte de perigo (o chamado *dever de impedir o resultado*).

### *Critérios de diferenciação*

Dada a complexidade da distinção entre ação e omissão, que não pode ser tomada por simples opção, a doutrina sugere três critérios para torná-la possível.

#### *A) Critério da energia*

26. O primeiro critério, e o mais antigo, é o chamado *critério da energia*, que, inclusive, é sustentado por vários autores de renome, dentre os quais **Engisch**.<sup>(30)</sup> De acordo com este critério, a diferença entre delitos comissivos e omissivos reside em que nos *crimes comissivos* o agente desprende uma certa energia na realização da ação. Desde que o sujeito não tenha impulsionado qualquer energia, haverá *crime omissivo*.

Assim, no caso do motorista que trafega com seu caminhão sem as luzes traseiras de advertência acesas, haverá *crime comissivo* e não *omissivo*, porque ele mesmo estava dirigindo o veículo e, pois, desprendendo energia para realizar tal atividade, vindo com essa atividade a produzir um resultado antijurídico.

Este critério, entretanto, é praticamente insustentável, porque em muitos casos não há comprovação efetiva de manifestação de energia, no momento em que o fato lesivo ocorre, porque mesmo no exemplo do caminhão a energia era no sentido da direção do veículo, mas não no sentido de manter apagadas as luzes de advertên-

<sup>(30)</sup> **Engisch** - "Tun und Unterlassen", in *Festschrift für W. Gallas*, 1973, p. 163; *Otto - Grundkurs Strafrecht*. AT, 1982, p. 127.

cia. Ademais, no momento do acidente, este caminhão poderia estar parado na pista, encontrando-se o motorista em plena inatividade, sem desprender qualquer energia, a qual, então, deveria estar referida ao momento em que a atividade se havia iniciado e não ao momento em que se produzira o resultado, o que faria reeditar, para esse setor, a velha *teoria da actio libera in causa*.

### B) Critério da causalidade

27. Em oposição a esse critério, **Jescheck, Rudolphi** e **Samson**<sup>(31)</sup> propõem que a análise se faça exclusivamente em termos de causalidade. É a posição assumida também por **Welzel**.<sup>(32)</sup> Haverá, portanto, *comissão* todas as vezes em que o sujeito desenvolver um processo causal material, que produza dolosa ou culposamente o resultado proibido.

Assim, no caso do caminhão, haveria crime comissivo porque o motorista estava dirigindo o veículo. No caso do fabricante de cobertores, que não desinfetou suficientemente as peles de carneiro, haveria *crime comissivo*, porque fora ele quem entregara as peles aos seus funcionários e, conseqüentemente, houvera provocado a infestação do vírus. Este critério sofre as mesmas críticas ofertadas ao critério da energia, embora possa ser visto sob o plano lógico e não mecânico. As deficiências permanecem ainda que se adote qualquer outra teoria da causalidade, diversa da teoria da condição, por exemplo, a teoria da causalidade adequada ou da relevância jurídica. É que com essas duas outras teorias, que se assentam, respectivamente, nos supostos de previsibilidade (adequação) ou da ação esperada, mais difícil se torna firmar, desde logo, uma nítida diferenciação entre fazer positivo e omissão, no plano exclusivo da causalidade.

28. **Sieber**,<sup>(33)</sup> por sua vez, associa os dois critérios, da *energia* e da *causalidade*, para concluir que a solução correta só pode advir dessa combinação, porque nem sempre o desprendimento de energia coincide com a interferência no processo causal, podendo acontecer ou não. Trata-se da conjugação de critério mecânico e de outro critério lógico, desde que evidentemente se tenha em vista que a causalidade não se limita a exprimir um dado puramente naturalístico.

### C) Critério do ponto de gravidade da conduta

29. Tendo em conta as dificuldades resultantes da adoção de critérios puramente materiais, a doutrina postula por uma solução na órbita normativa, atendendo ao que se denomina de *ponto de gravidade da conduta penalmente relevante*.<sup>(34)</sup>

Na verdade, os critérios da *energia* e da *causalidade* não podem explicar sufi-

(31) **Jescheck** - *Tratado*, p. 548; **Rudolphi** - StGB, *Systematischer Kommentar*, 1977, vol. I, p. 74; **Samson** - "Begehung und Unterlassung", in *Festschrift für H. Welzel*, 1974, p. 579.

(32) **Welzel** - *Derecho Penal Alemán*, p. 280.

(33) **Sieber** - "Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen", in *Juristenzeitung*, 1983, p. 431.

(34) **Wessels** - *Strafrecht*, AT, 1992, p. 224; **Schönke-Schröder-Stree** - *StGB Kommentar*, 1991, p. 185.

cientemente, por exemplo, a solução para o caso do médico que desliga os aparelhos para evitar um prolongamento insatisfatório e até mesmo ineficaz da vida humana vegetativa. Porque, neste aspecto, quando o médico mantém a vida do paciente através do emprego dos aparelhos automáticos de reanimação e quando os desliga, na realidade, causou ele a sua morte, manifestando ainda energia para fazê-lo. Por outro lado, se ele não tivesse desligado os aparelhos, a vida humana se manteria, o que caracteriza a conduta do médico como condição *sine qua non* do resultado. Mesmo para a teoria da adequação, o fato de desligar os aparelhos pode ser tido como causal para a morte do paciente, o que também se dá com a teoria da relevância jurídica, independente do socorro à ação esperada.

Portanto, os dois primeiros critérios (da energia e da causalidade) não apreendem a questão em seus pontos fundamentais, pois a vida humana já era em si mesma insustentável. Pelo contexto social, ao contrário, a atividade do médico que desliga os aparelhos está vinculada a um preceito mandamental (de manter ligados os aparelhos) e não a um preceito de proibição (de não desligá-los), o que implica a considerar esse comportamento como *omissão* e não como *comissão*.

A caracterização do comportamento como *ação* ou *omissão*, no entanto, só pode ser inferida pelo sentido imprimido pela ordem social, jamais por critérios objetivos materiais. Justamente neste sentido de ordem social é que reside o fundamento do critério do *ponto de gravidade da conduta penalmente relevante*. No exemplo dado, só haveria *comissão* se o desligamento dos aparelhos fosse efetuado por terceiros, que não tivessem qualquer relação para com a manutenção da vida do paciente, porque, então, estariam violando uma norma proibitiva, mas não uma norma mandamental, que não lhes seria aplicável. Mas, se os aparelhos fossem desligados pelo próprio médico, tratar-se-ia de *omissão* e não de *comissão*. O delito a ser analisado, portanto, seria um delito omissivo e não delito comissivo.

**30.** O critério do *ponto de gravidade*, como critério normativo, deve ademais ser complementado pela orientação com vistas à *proteção do bem jurídico*. Isto quer dizer que a análise deve recair também na *forma* e no *modo* da conduta que viola o bem jurídico. Na *comissão*, a *forma* e o *modo* contrastam com a proibição inserida na norma. Há, portanto, uma afronta à modalidade de *conduta permitida*, através da execução de uma modalidade de *conduta proibida*. Isto deixa de ser relevante nos *delitos dolosos*, quando o contraste entre o *proibido* e o *permitido* é direto e pode ser constatado desde logo através da comparação entre a conduta concreta e a conduta típica abstrata. Mas nos *delitos culposos*, em que a contradição entre a conduta do agente e a proibição se faz indiretamente, mediante a execução de uma conduta descuidada, o que se verifica é um contraste entre a conduta permitida e a modalidade de conduta concreta que o agente executou, de modo que se possa dizer que o agente executou uma conduta proibida, justamente porque deixou de atender aos cuidados que a ordem jurídica lhe impunha para praticar uma conduta permitida.

Na *omissão*, como a violação do bem jurídico não resulta de um contraste

direto entre o *proibido* e o *permitido*, mas da não execução daquilo que era determinado ao sujeito, a contradição entre o comportamento do sujeito e a norma radica em outro suposto, que é a vinculação de proteção entre o sujeito e o bem jurídico. Assim, desde que se identifique no caso concreto uma situação em que a proteção do bem jurídico não está situada na *forma* e no *modo* da conduta, mas na relação de dever para com o sujeito, estaremos diante de um quadro de omissão. Esta relação para com o sujeito é que assinala o conteúdo axiológico da omissão e a diferencia da comissão.

Como o critério do *ponto de gravidade* se orienta pelo sentido do comportamento, pode-se explicar o porquê da caracterização do desligamento dos aparelhos como *omissão* e não como *comissão*, consoante o sentido de proteção do bem jurídico indicado pela norma. Se tratássemos, além disso, esse caso como *crime comissivo* o médico deveria responder por homicídio, já que havia efetivamente produzido de modo causal a morte do paciente. Entretanto, acolhida a hipótese de *crime omissivo* poderemos verificar, depois, se efetivamente a ação que deixou de ser realizada teria um sentido para o médico com vistas à proteção do bem jurídico, o que não se daria na hipótese de delito comissivo.

#### D) Crítica e opção doutrinária

31. Os três critérios vêm sendo modernamente criticados. Não só os dois primeiros, mas também o último. E a maior crítica que a ele se faz é que violaria o *princípio da legalidade*. Porque afirma que, para a identificação da *omissão* em face da *comissão*, o que vale não é o que está escrito na lei, como dado objetivo, senão exatamente o contrário, ou seja, uma valoração de ordem social, que é efetuada pelo julgador, sem qualquer parâmetro e, conseqüentemente, com possibilidades enormes de favorecer ou prejudicar o réu. Isso, evidentemente, configura um alto grau de insegurança nas relações jurídicas, especificamente na órbita do Direito Penal.

Os três critérios, portanto, apresentam falhas e não são suficientemente aptos a dirimir a questão, sem sacrificar alguns dos postulados do Direito Penal.

#### A reabilitação da causalidade

32. Por outro lado, independentemente da sua deficiência para firmar a diferenciação entre *ação* e *omissão*, que, como vimos, não pode ser obtida pelos critérios aventados, a doutrina tem procurado reabilitar o critério da causalidade, mediante uma reavaliação do conceito de causa com base em graus de probabilidade e não em parâmetros de certeza. Segundo essa postura, haverá *comissão* quando o processo de produção do resultado tenha aumentado consideravelmente o risco dessa produção. Já a *omissão*, que se baseia em outros parâmetros, isto é, na relação de proteção com vistas a um bem jurídico que efetivamente possa ser protegido em certo tempo e em certa medida, não pode ser aferida pelo critério do aumento do risco, que implicaria uma comissão. O parâmetro aqui seria o seu reverso, isto é, haveria *omis-*

são se com o comportamento do sujeito, ao não executar a ação possível, tivessem diminuído as chances de impedir o resultado.

No caso do desligamento dos aparelhos, a morte não pode ser evitada de imediato, nem através de qualquer outro processo terapêutico, senão única e exclusivamente pela continuação infinita dessa reanimação mecânica, o que significa que o seu desligamento não pode ser visto como um aumento do risco do resultado, pois este risco já era absoluto, mas sim pelo aspecto que, com isso, diminuiria a possibilidade de que continuasse o paciente a viver.

Desde que não se possa configurar uma situação em que a conduta represente um aumento positivo do risco, estar-se-á diante de fato omissivo. Caso contrário, haverá comissão. Este critério, porém, como veremos, é mais um critério de imputação do que de diferenciação. Além disso, a circunstância do aumento do risco ou da diminuição das chances de salvamento resulta ser a mesma, apenas sob duas facetas.

### *A teoria da condição*

33. Em face do nosso Código Penal, qualquer reformulação da questão da causalidade enfrenta, entretanto, um sério obstáculo, pois, em seu art. 13, dispõe ele expressamente que se considera “*causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”. Acolhendo a *teoria da condição*, o Código estendeu-a também à *omissão*.

Neste ponto reside o problema. Não podemos imediatamente optar pelo critério puro da causalidade para estabelecer a diferença entre *omissão* e *comissão*, para dizer que na primeira não há causalidade, quando o Código assume a postura de que aquela é também causal para o resultado. Mas, apesar da regra do Código, a causalidade deve ser adaptada à estrutura da *omissão*.

34. Por exemplo, se estabelecermos, na *teoria da condição*, que, segundo o *princípio da eliminação hipotética*, haverá causalidade quando eliminada mentalmente a ação (causa) será eliminado automaticamente o resultado, isto vale, é claro, para os *crimes comissivos*. Mas, para os *crimes omissivos*, o problema é mais complexo: eliminada mentalmente a causa - que seria a omissão - seria eliminado automaticamente o resultado? Não se sabe. Isto é mera hipótese.

35. Vejamos exemplo interessante. Em edifício em chamas, encontra-se um sujeito com seus dois filhos menores, confinado em seu apartamento, situado em andar alto. No solo estão seus vizinhos, que, com gestos e acenos, gritam-lhe: “*jogue as crianças, que nós as apanharemos aqui embaixo, sem qualquer problema*”. O pai, acossado diante da situação de desespero, e ademais nervoso pela demora da chegada do corpo de bombeiros, está nesse dilema: ou jogar as crianças ou esperar o salvamento. Sobre isso, reflete, entretanto, que se jogasse as crianças, estas, apesar de toda a atenção dos vizinhos, poderiam morrer, por causa da altura; e se não as jogasse, poderiam morrer sufocadas pela fumaça ou queimadas pelo fogo. Diante

desse dilema, o sujeito resolve que o melhor seria manter as crianças no apartamento, à espera do salvamento do corpo de bombeiros. Mas, resolve também jogar-se ele mesmo pela janela para ser amparado pelos vizinhos. Joga-se, quebra as pernas, mas não morre. As crianças, ao contrário, que permaneceram no apartamento, perecem sufocadas pela fumaça. Aqui, independentemente da questão da colisão de deveres ou do estado de necessidade, que se situam no âmbito do injusto, o problema está em se saber se houve ou não uma relação de causalidade.

Verifiquemos como isso se passa. Eliminada a omissão (de jogar as crianças para serem apanhadas pelos vizinhos), que seria, afinal, do resultado? Se o sujeito tivesse efetivamente jogado as crianças, o resultado desapareceria? Não se sabe, é hipotético, poderia ou não desaparecer. A fórmula é incapaz de dirimir essa dúvida.

Vê-se, pois, que a *teoria da condição*, que adotamos no Código Penal, quando aplicada à omissão não funciona de maneira escorreita. Baseia-se em mera hipótese, não em certeza, assim como qualquer outra teoria da causalidade.

### *Aplicação do princípio da causalidade à omissão*

36. Como, então, poderemos aplicar o *critério de causalidade* à omissão, diante da norma do Código Penal?

De acordo com a teoria da condição, considera-se que a omissão é causa do resultado, quando, eliminada mentalmente, eliminado restaria o resultado. Essa formulação, entretanto, é inválida. Não se pode eliminar a omissão, pois seria um contra-senso lógico que se eliminasse aquilo que não existiu. Para adaptar-se à natureza da omissão, a teoria da condição deve considerar a eliminação da ação que hipoteticamente o agente deveria praticar. Se, eliminada essa ação hipotética, restasse também eliminado o resultado hipotético, poderíamos dizer, então, que a *omissão* foi causa desse resultado. Mas a causalidade, aqui, é hipotética, não uma causalidade real, até porque o resultado igualmente não é certo.

O exemplo das crianças, que morrem no incêndio, assinala de maneira bastante nítida essa incerteza da causalidade na omissão. Não há possibilidade de se dizer: “*se ele jogasse as crianças, elas teriam sido salvas*”. Ninguém pode afirmar isso. Será que lançadas, por exemplo do 10º andar, elas se salvariam? Ninguém sabe. Fica em situação crítica, nesse caso, a teoria da condição, que é, porém, a teoria adotada no Código Penal.

### *Causalidade e incremento do risco*

37. Além da *teoria da condição*, tem tomado corpo, mais recentemente, um outro princípio de imputação, que talvez possa superar esses obstáculos que se antepõem à causalidade na omissão. Trata-se da *teoria do incremento do risco*, que já foi antes rapidamente referida.

A *teoria do incremento do risco*, formulada e exposta com maestria por **Ro-**

xin<sup>(35)</sup>, um dos mais notáveis penalistas da atualidade, primeiramente para os crimes culposos e depois estendida aos delitos dolosos, parte de que, na *omissão*, como no setor da imputação em geral, mais importante do que a causalidade é a determinação de se, com seu comportamento, o sujeito tenha diminuído as chances de se evitar o resultado. Como a causalidade na *omissão* só pode trabalhar com hipóteses, é indispensável que se corrija essa causalidade segundo o sentido da atividade. E esse novo critério, de se orientar pelos dados concretos acerca do aumento do risco da produção do resultado, não se subordina exclusivamente ao dogma causal, senão submete a apreciação do comportamento do sujeito a um juízo objetivo. No caso em discussão, o importante para identificar a imputação é o juízo acerca de se, deixando de jogar as crianças aos braços dos vizinhos, o sujeito diminuiu as chances de seu salvamento. Na realidade, o risco seria o mesmo, tanto se deixasse as crianças no apartamento, quanto se as jogasse pela janela ao amparo dos vizinhos, o que exclui sua imputação.

38. A teoria do incremento do risco desempenhou um papel relevante, como teoria complementar à causalidade, na questão surgida com o uso do medicamento *contergam* (talidomida). Esse medicamento, que produziu também no Brasil inúmeros efeitos desastrosos, foi lançado na Europa sob todos os encômios, porque era efetivamente um fantástico regulador dos casos de dismenorréia e demais indições decorrentes da gravidez, tais como dores, náuseas, etc.

Todos sabem, entretanto, os teratológicos resultados que provocou, gerando defeitos físicos irreversíveis nos fetos, que os acompanharam até o final de sua vida adulta. Na discussão da responsabilidade decorrente desses efeitos maléficos, argumentou-se, em defesa do laboratório, que não havia certeza de que, com a ingestão desse medicamento, se produzissem os defeitos físicos de que vieram a padecer os recém-nascidos. Na realidade, se fôssemos entender a causalidade exclusivamente no sentido mecânico, mediante o uso da fórmula da *eliminação hipotética*, jamais poderíamos concluir que a ingestão do medicamento fosse *causa* do resultado. Mas a doutrina penal, que há muito trabalha com questões de causalidade, também há muito tem decidido que a fórmula da *eliminação hipotética* não vale em determinadas situações. Para determinar a responsabilidade dos fabricantes foi necessário que se afirmasse que, embora a ingestão do *cotergam* não produzisse com certeza absoluta os defeitos físicos, aumentava, porém, o risco de que isso viesse a ocorrer, sendo, portanto, causal para com as relatadas deformações. A inserção do critério do aumento do risco no setor da causalidade deu-lhe efetivamente um vigor novo, resuscitando sua natureza lógica e não simplesmente mecânica. Por este critério, em síntese, será causal a *omissão*, quando a não execução da atividade possível para

---

<sup>(35)</sup> Roxin - *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, ZStW, 1962, p. 441; *Idem* - "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", in *Strefrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 123 e ss; *IDEM* - *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 2ª edição, 1994, p. 314 e ss.

evitar o resultado tenha diminuído as chances de sua não verificação, ou dito de outro modo, tenha diminuído a possibilidade de que fosse impedido. Mas esta teoria não soluciona definitivamente a questão da diferença entre ação e omissão, apenas respalda o entendimento de que será possível conceber-se nova modalidade de causalidade na omissão, fora da teoria da condição.

### *Crimes omissivos próprios e impróprios*

39. A separação entre *omissão* e *comissão* só pode ser feita, assim, mediante o emprego de critério axiológico. Haverá omissão toda vez em que a existência da conduta como tal se vincule a um dever de agir, que assinala sua relevância. Haverá comissão, quando sua existência como tal independa de qualquer dever de agir. Esse critério axiológico parece estar de acordo com a própria natureza da omissão, sem partir para as insolúveis demonstrações da subsistência da relação causal, que constituiu a deficiência tanto da teoria causal quanto da teoria finalista, bem como daquelas correntes, naturalistas ou normativistas, que visavam à sua superação.

Além disso, devemos estabelecer também a diferença entre *crimes omissivos próprios* e *crimes omissivos impróprios*.

Normalmente, essa diferenciação não oferece dificuldades, pois todos sabem identificar quando se trate de um ou de outro. Mas, às vezes, as complexidades afloram e os critérios de diferenciação falham. Em face da diversidade de critérios, alguns autores propõem a criação de três espécies e não de apenas duas. Assim, aventa-se a existência de um terceiro grupo de casos, de modo que se possam reconhecer, primeiramente os delitos de mera omissão (delitos omissivos próprios), os delitos de omissão e resultado e os delitos omissivos impróprios.<sup>(36)</sup> Ainda que se reconheça certa validade a esta classificação, é preferível a classificação bipartida, porque os delitos de omissão e resultado podem perfeitamente ser enfeixados ou como delitos omissivos próprios ou impróprios. Como veremos, o fundamento dessa classificação tripartida de evitar a polarização de apenas umas das perspectivas (político-criminais, axiológicas, jurídico-positivas ou estruturais) de identificação do desvalor do ato ou do resultado, não deve ser levado em conta, porque apenas confunde e mascara o verdadeiro núcleo do problema.

40. Acolhendo uma classificação bipartida, veremos que a diferenciação entre essas duas categorias de delitos omissivos torna-se até mesmo evidente em certos casos, por exemplo, quando analisamos superficialmente a omissão de socorro em contraste com o homicídio, para afirmar este último no caso da mãe que deixa de amamentar o filho recém-nascido. O primeiro será próprio, o outro impróprio. Mas, quando o tipo legal comporta, no seu mesmo âmbito e sem indicação expressa, ações

<sup>(36)</sup> Assim, **Rodríguez Mourullo** - "La clausula general sobre la comisión por omisión", in *Política Criminal y Reforma Penal*, 1993, p. 907; **Silva Sanchez** - *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, p. 323.

e omissões, como ocorre com os delitos de *facilitação de contrabando ou descaminho* (art. 318) ou *fuga de pessoa presa* (art. 351), a sua correta diferenciação deve valer-se de outros critérios.

### *Crimes omissivos próprios*

41. O primeiro critério de diferenciação é o mais elementar deles. Todos o conhecemos. É o critério do sujeito.<sup>(37)</sup> Os crimes omissivos próprios não individualizam o sujeito. Todos podem ser sujeitos do delito, porque o dever de assistência, como se dá, por exemplo, na omissão de socorro, é extensivo a toda a coletividade uma vez presentes os seus pressupostos típicos. Esta é a posição, inclusive, adotada, *a contrario sensu*, pelo finalismo, ao atribuir aos delitos omissivos impróprios a qualidade de delitos especiais, justamente em face da delimitação de seu círculo de autores.<sup>(38)</sup>

42. O segundo critério é o da previsão legal, sustentado entre outros por **Armin Kaufmann**.<sup>(39)</sup> No crime omissivo próprio, a lei penal descreve a própria modalidade de omissão. Por exemplo, "*deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública*" (art. 135).

Mas esses dois critérios, que normalmente se conjugam, não são suficientes, porque ainda não respondem a questão do crime de facilitação de contrabando ou descaminho cometido por omissão, se é omissivo próprio ou impróprio.

### *Crimes omissivos impróprios*

43. Antes de solucionarmos essa questão, vejamos quais são os critérios que identificam os crimes omissivos impróprios.

Modernamente, tem-se questionado, inclusive, essa denominação de *crimes omissivos impróprios*, afirmando-se que ela não é adequada, sendo mais inadequada ainda a denominação de *crimes comissivos por omissão*, pois não se trata de crime comissivo, senão de crime omissivo. Igualmente será incorreta a denominação de *omissão imprópria*. *Imprópria* porquê? De onde vêm o *próprio* e o *impróprio*? Nosso antigo mestre, **Jescheck**<sup>(40)</sup>, sugere que se denominem os crimes omissivos impróprios de *crimes de omissão qualificada*, e os crimes omissivos próprios de *crimes de omissão simples*, tendo em vista as particularidades dos sujeitos em ambas as figuras.

<sup>(37)</sup> Bacigalupo - *Delitos improprios de omisión*, 1970, p. 110.

<sup>(38)</sup> Welzel - *Derecho Penal Alemán*, p. 287.

<sup>(39)</sup> Armin Kaufmann - *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 277.

<sup>(40)</sup> Jescheck - *Tratado de Derecho Penal*, tradução de José Luiz Manzaneres Samaniego, 1993, p. 551.

Está claro que as denominações propostas por **Jescheck** são as mais corretas. Entretanto, como ele mesmo diz, a denominação tradicional está tão arraigada à prática doutrinária e jurisprudencial que será melhor conservá-la, até mesmo em face da sua aceitação geral.

Diz-se, na verdade, que os crimes omissivos impróprios são crimes de omissão qualificada, porque os sujeitos devem possuir uma qualidade específica, que não é inerente e nem existe nas pessoas em geral. O sujeito deve ter com a vítima uma vinculação de tal ordem, para a proteção de seus bens jurídicos, que o situe na qualidade de garantidor desses bens jurídicos. Portanto, a posição de garantidor é característica específica dos crimes omissivos impróprios, daí dizer-se que a omissão, no caso, é qualificada.

Além de constituir uma inação, que é de sua natureza, e com isso violar um dever de agir, a omissão qualificada pressupõe essa vinculação especial do sujeito para com a vítima, de modo a torná-lo *garantidor*. A omissão é qualificada porque tem alguma coisa além da omissão requerida nos crimes omissivos próprios, como no delito de omissão de socorro, por exemplo.

#### *A posição de garantidor*

44. A posição de garantidor, de acordo com nosso Código Penal (art. 13, § 2º), está fundada no dever de impedir o resultado. Este, por sua vez, pode derivar da lei, do contrato ou da assunção fática de proteção do bem jurídico, ou da prática de conduta anterior que tenha criado o risco da ocorrência do resultado. Esta relação legal dos três grupos de casos que fundamentam o dever de impedir o resultado parece remontar a **Mezger**<sup>(41)</sup>, que, exatamente como faz o Código Penal, ao comentar as conseqüências dessa classificação, associa à existência da lei, por exemplo, a obrigação especial de cuidado, proteção ou vigilância, ou, ao contrato, a assunção da responsabilidade de impedir o resultado. A fórmula tripartida de **Mezger**, que é da década de trinta, foi adotada desde há muito pela doutrina e agora pelo Código Penal, mas não é satisfatória.

Senão, vejamos.

Costuma-se dizer que a mãe que deixa de amamentar o filho recém-nascido e, assim, causa-lhe a morte, responde por homicídio por omissão. Ainda antes de estar contida no Código Penal uma indicação precisa dessa responsabilidade, esta foi a orientação da doutrina. Mas esta conclusão sempre foi tomada arbitrariamente pela doutrina, com base no costume, fazendo deste uma fonte de incriminação, o que violava o princípio da legalidade e toda a tradição liberal.

---

<sup>(41)</sup> **Mezger** - *Tratado de Derecho Penal*, tradução de Rodriguez Muñoz, 1995, vol. II, p. 301 e ss.

Quando se trata de equacionar legalmente essa responsabilidade, pode-se notar que nem mesmo as leis extrapenais, que disciplinam fatos específicos, o fazem de modo expresso. Nosso Código Civil, por exemplo, ao tratar do pátrio poder com relação à pessoa dos filhos, em seu art. 384, não contempla expressamente essa forma de responsabilidade, apenas obrigando os pais a dirigir-lhes a criação e a educação. Tão-só com a atual Constituição (art. 229) é que se determinou que os pais têm não apenas o dever de criação e educação dos filhos menores, mas ainda o de assistência, o que inclui, evidentemente, o dever de alimentá-los e protegê-los fisicamente. Quanto aos filhos maiores, nada há na legislação brasileira, a não ser a própria norma constitucional (art. 229), que os obriga a ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

45. Vê-se, pois, que a indicação formal das fontes do dever de agir às vezes deixa de contemplar casos relevantes, fazendo com que a doutrina venha criar paralelamente outras formas de incriminação. Diante disso, podemos desde logo perguntar se foi válido dispor acerca dessas fontes no Código Penal. A doutrina ainda não deu uma resposta definitiva a esta questão. A principal objeção à regra adotada no Código Penal é que ela se limita simplesmente a formalizar as fontes do dever de impedir o resultado, mas nada esclarece acerca de seu conteúdo.

Ao dispor sobre esses três supostos do dever de agir, que foram acolhidos no Código Penal, **Mezger** já havia salientado a necessidade de delimitar com segurança os fundamentos desse dever, para evitar que meros deveres morais viessem a justificar a responsabilidade criminal.<sup>(42)</sup> E agregava ainda que, em todos esses casos, deveria haver um inequívoco sentido de que a infração ao dever jurídico de agir devesse conduzir à responsabilidade criminal do sujeito.<sup>(43)</sup> Não chegou, entretanto, **Mezger** a conclusões definitivas acerca da previsão dessa responsabilidade criminal, justamente porque partia de premissas formais e se satisfazia em ajustá-las aos casos concretos.

46. Se quisermos, entretanto, buscar um conteúdo para os fundamentos da posição de garantidor, podemos encontrá-lo sob três aspectos:

1º. - Na vinculação especial entre o sujeito garantidor e a vítima em virtude de circunstâncias e condições sociais familiares, de modo a obrigá-lo socialmente à proteção. Tal ocorre com relação aos pais, aos irmãos, ou dentro da comunidade familiar;

2º. - Nas relações de trabalho, nas quais uma pessoa se obriga profissionalmente à proteção de outras. É o que se dá com o médico com relação aos seus pacientes; com os engenheiros para com os usuários das obras que realizam; o guia de uma expedição para com seus seguidores, etc.

<sup>(42)</sup> **Mezger** - *Tratado*, p. 303.

<sup>(43)</sup> **Mezger** - *Tratado*, p. 305.

3º. - Na responsabilidade pelas fontes de produção de perigo. Quem detém as fontes produtoras de perigo, tem a obrigação de evitar resultados lesivos delas decorrentes. Isto acontece, por exemplo, com o dono do prédio para com os materiais ou acessórios nele utilizados; os pais para com os atos dos filhos; os delegados de polícia para com os atos dos carcereiros; as pessoas que detêm autoridade para com os atos daqueles que lhes são subordinados; aqueles que criaram com sua conduta o perigo para com os resultados lesivos que dele derivam (a chamada *ingerência*) etc.

Ao investigarmos a fundo os deveres de agir, vemos que esses não se podem limitar apenas a fontes formais, o que demonstra que possuem um conteúdo muito mais abrangente, a indicar que a omissão não constitui matéria exclusivamente jurídica, mas encerra um componente pré-jurídico inafastável, que é o sentido social empreendido nas relações entre as pessoas, através das quais se exige de algumas proteção para com as outras.

Esses fundamentos do dever de impedir o resultado, que sustentam a posição de garantidor, todavia, por si sós ainda são insuficientes, não no sentido de caracterizar e explicar a situação geradora desse dever, ou indicar o conteúdo social da omissão, mas para assegurar uma inequívoca conformidade entre a sua violação e a previsão de sua punibilidade, nos termos do princípio da legalidade.

47. A solução mais coerente com a exigência do princípio da legalidade, embora não exaustiva e nem perfeita, seria a previsão, na Parte Especial do Código Penal, dos delitos que comportassem a punição pela omissão.

Só desta forma poderíamos satisfazer ao sentido do empreendimento de **Mezger** de afirmar que tal omissão de determinada ação deverá gerar a responsabilidade criminal do sujeito.

Como um empreendimento dessa ordem, porém, só pode ser admitido *de lege ferenda*, pois implicaria na criação de nova tipificação de condutas, devemos por ora combinar o conteúdo desses fundamentos que sustentam a posição de garantidor com as exigências formais inseridas no art. 13, § 2º, no sentido de que só terão validade, se se encontrarem amparados na lei, na assunção fática ou jurídica da responsabilidade de impedir o resultado ou na ingerência.

Na combinação desses dois critérios, porém, deve-se ter presente que não basta, para caracterizar a posição de garantidor, a mera referência a um dos elementos daquela relação formal. Mais do que isso, será necessário demonstrar que o sujeito se encontrava em situação real de possibilidade de atender ao dever, ou ainda, quando da *ingerência*, que a conduta anterior, geradora do perigo para o bem jurídico, tenha ela mesma violado um dever de cuidado. Essa limitação da *ingerência*, sugerida por **Rudolphi**,<sup>(44)</sup> é necessária para restringir a amplitude do *atuar precedente*,

---

(44) **Rudolphi** - *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanken der Ingerenz*, 1966, p. 154.

evitando que a mera causação do perigo, sem qualquer outro respaldo legal, possa fundar uma posição de garantidor.

### *O critério normativo*

48. Tendo em vista a especial importância dos supostos da posição de garantidor para com os delitos omissivos impróprios, podemos, num primeiro plano, dizer que este critério, como instrumento de diferenciação, é mais relevante do que o critério legal, porque faz destacar no tipo um componente não escrito, que não se encontra presente nem nos delitos omissivos próprios, nem nos puros delitos de omissão.

Pela própria natureza dos crimes omissivos impróprios, que não se constituem de simples omissão de deveres de assistência, mas do não impedimento de determinado resultado proibido, tem-se que sua identificação, mais do que com vistas ao sujeito e sua especial relação de proteção para com o bem jurídico, depende de sua estrutura normativa. Esta não está alicerçada apenas na omissão de uma ação possível, como tal, mas fundamentalmente na violação de uma norma proibitiva mediante o desatendimento de uma norma mandamental. Daí exigir-se em algumas legislações que os crimes omissivos impróprios preencham a *cláusula da equivalência*, ou da *absoluta identidade*, isto é, que o não impedimento do resultado, como omissão, corresponda ou se identifique à produção do resultado, como ação.

Somente a análise, portanto, da estrutura normativa e da especial posição de garantidor, que integram conjuntamente o tipo dos delitos omissivos, é que pode traçar uma diferença correta entre delitos omissivos próprios e impróprios.

Haverá crime omissivo próprio, toda vez que, além da generalidade do sujeito, a não realização da ação possível implique por si mesma na violação de uma norma mandamental. Haverá, por outra parte, crime omissivo impróprio, toda vez que a não realização da ação possível, por parte de um sujeito na posição de garantidor, implique no não impedimento do resultado, na mesma medida de sua produção por ação.<sup>(45)</sup>

Voltando à hipótese do crime de facilitação de contrabando ou descaminho. Aqui, a conduta proibida se refere a uma ação, de *facilitar*, e, ao mesmo tempo, a vincula à infração de dever funcional, o que significa que sua estrutura está estratificada basicamente na proibição, mas identifica com esta o não impedimento do resultado, por omissão. Proíbe-se a ação de facilitar e, ao mesmo tempo, se determina a ação de impedir a realização do contrabando ou descaminho, que seria o resultado da facilitação. Como o sujeito está subordinado a um dever especial de proteção, decorrente de lei, é ele garantidor do bem jurídico protegido. Tendo em vista os dois critérios, podemos dizer que se trata, portanto, de crime omissivo impróprio de resultado, ou, se fôssemos adotar a classificação de **Rodríguez Mourullo**, delito de omissão e resultado. O resultado aqui não precisa traduzir-se em efeitos materiais, basta que a ação de descaminho ou de contrabando se tenha iniciado para que se

<sup>(45)</sup> Wessels - *Strafrecht*, AT, 1992, p. 228.

integralize o tipo legal. O mesmo se dá no delito de *fuga de preso* (art. 351), cujo resultado pode estar configurado com o início da fuga ou evasão, não precisando que esta efetivamente se conclua.

### *O tipo dos delitos omissivos*

49. Embora ainda sem previsão na Parte Especial, salvo para os crimes omissivos próprios, será possível equacionar os elementos caracterizadores do tipo legal de um delito omissivo.

Inicialmente podemos dizer que nos delitos omissivos próprios ou impróprios, há uma *inação* que corresponde a uma infração à norma de comando. Em consequência da *inação*, haverá ou não um resultado, dependendo da estrutura do tipo. No crime de omissão de socorro, por exemplo, a consumação se dá desde que o sujeito não tenha prestado o socorro, ainda que outro o tenha feito e, assim, impedido a morte do acidentado. Nos delitos impróprios, como no caso da mãe que deixa de socorrer o filho menor, que se está afogando, a consumação só acontece com a ocorrência do resultado morte.

50. Integra também o tipo dos delitos omissivos, a *real possibilidade física de atuar*, que é, por sua vez, condição da posição de garantidor. Não se pode obrigar ninguém a agir sem que tenha a possibilidade física de fazê-lo. A norma não pode simplesmente obrigar a todos, incondicionalmente, traçando, por exemplo, a seguinte sentença: "*Jogue-se na água para salvar quem se está afogando*". Bem, se a pessoa não sabe nadar, como irá se atirar na água para salvar quem se está afogando? Essa exigência incondicional é absolutamente absurda e deve ser considerada como inexistente, ou incompatível com os fundamentos da ordem jurídica.

Note-se que a impossibilidade física de cumprimento de dever não é, porém, apenas questão penal. O próprio Código Civil, ao disciplinar acerca das modalidades dos atos jurídicos, considera inexistentes as condições fisicamente impossíveis (art. 116). A pessoa, portanto, que não pode pessoalmente atuar não pode pessoalmente ser responsabilizada por sua omissão. Esta condição constitui elemento do tipo dos *crimes omissivos*, tanto próprios quanto impróprios.

51. Há ainda outro elemento nos tipos de delitos omissivos. O tipo desses delitos não está constituído, como se pensava, apenas por aquelas duas características, da *inação* e da *real possibilidade física de atuar*, mas contempla também a chamada *situação típica omissiva*, que são aquelas características que fundamentam a omissão constante do tipo, como expressão do conflito social que o Direito quer regular, através da determinação de condutas.

A *situação típica omissiva* engloba todos aqueles elementos ou supostos que se associam à *inação* e fundamentam o dever de agir e o conteúdo de injusto do fato, de modo a justificar sua punibilidade. Assim, por exemplo, no crime de omissão de socorro, constitui essa situação a descrição acerca da criança abandonada ou extraviada e da pessoa inválida ou ferida, que se encontrem ao desamparo ou em grave e iminente perigo. Portanto, o tipo do crime de omissão de socorro não é preenchido simplesmente porque o sujeito não atua, isto é, não presta socorro. Mais do que isso,

há uma situação típica que fundamenta o dever de atuar. Se a vítima não se encontrar ao desamparo ou em grave e iminente perigo, não há omissão relevante. Poderá haver uma simples *inação*, mas não o tipo de delito omissivo. É que a *conduta ordenada*, objeto da norma mandamental, não se esgota no simples não-agir, senão também é assinalada, como seu conteúdo de injusto, naquelas circunstâncias típicas que a fundamentam. Aqui se passa da mesma forma como nos delitos comissivos, cuja *ação proibida*, não se esgota na mera causalidade, mas na realização de todos os demais elementos típicos que a caracterizam como tal. Ao legislador igualmente não importa a mera *inação*, mas esta naquelas circunstâncias tipicamente descritas.

No crime de omissão de notificação de doença (art. 269), que constitui um exemplo clássico de norma penal em branco, onde o mandamento é complementado através de ato administrativo dos órgãos do Ministério da Saúde, a situação típica está expressada na natureza da doença (de notificação compulsória) e na circunstância de haver sido ela identificada por médico no exercício profissional.

Portanto, não é a mera omissão ou inação que configura o tipo dos delitos omissivos, mas também uma situação típica que fundamenta seu injusto, porque essenciais à sua configuração.

**52.** Nos delitos omissivos impróprios, além da omissão, da real possibilidade física e da situação típica, agrega-se ainda o dever de impedir o resultado, com base na posição de garantidor.

A posição de garantidor, que justifica a assunção do dever de impedir o resultado, como já se disse e deriva daquelas fontes mencionadas no art. 13, § 2º do Código Penal, interpretadas com base nas circunstâncias que constituem seu conteúdo (as relações familiares e profissionais, e a responsabilidade pelas fontes de perigo), constitui um elemento do tipo desses crimes omissivos impróprios especializando o círculo dos seus sujeitos.

Tendo em vista, ademais, a natureza da norma mandamental, que se insere como pressuposto do delito, na mesma medida da norma proibitiva, faz parte do tipo a afirmação da *identidade* entre a não execução da ação possível para impedir o resultado e o *conteúdo social de sentido* da ação típica do delito comissivo correspondente. Como consequência do princípio da legalidade, não será admissível aqui a afirmação da mera *equivalência*, como pensam alguns autores, mas sim de absoluta *identidade* de injusto entre a omissão e a comissão.

### **A cláusula da equivalência**

**53.** A cláusula da equivalência, imaginada como um meio de legalizar a punibilidade da omissão não prevista em lei, apresenta seus antecedentes legislativos no Código Penal alemão (§ 13) e tem suscitado acesos debates, em parte pela sua indeterminação, em parte pela redação que tem recebido.<sup>(46)</sup>

<sup>(46)</sup> Crítico, **Rodríguez Mourullo** - "La Cláusula general sobre la comisión por omisión", in *Política Criminal y Reforma Penal*, 1993, p. 909 e ss.

A redação original do Código alemão é a seguinte:

“§ 13 *Cometimento por omissão*

*Quem se omite de impedir um resultado pertencente ao tipo legal de uma lei penal só é punível quando tenha o dever jurídico de evitar tal resultado e a omissão equivale à sua produção por ação.”*

A um setor da doutrina, esta cláusula da equivalência teria a finalidade restrita de também incluir no âmbito dos delitos omissivos impróprios aqueles casos em que o resultado típico venha condicionado a uma determinada e específica forma de realização da ação, os chamados *delitos de atividade vinculada a um resultado*,<sup>(47)</sup> delitos esses que se contrapõem aos puros *delitos de resultado*, que, para a sua ocorrência, não pressupõem uma ação especial.

Outros entendem que a cláusula da equivalência significa a forma de atender ao princípio da legalidade, fundamentando a punibilidade da omissão, sem qualquer consideração à modalidade de ação delituosa. Para estes, todos os delitos comissivos, portanto, podem ser, sem mais, cometidos por omissão.<sup>(48)</sup>

A inserção de uma cláusula da equivalência entre ação e omissão nada mais faz do que admitir na interpretação integrativa dos tipos legais o argumento analógico, vindo a ampliar indevidamente as possibilidades da punição por omissão. Uma tal cláusula é evidentemente inconstitucional porque viola os fundamentos e os corolários do princípio da legalidade, que exigem a descrição precisa de uma conduta estrita. Não basta para fundamentar a punibilidade que se afirme uma semelhança entre ação e comissão. Será preciso que o legislador indique, com absoluta precisão, os elementos que compõem essa punibilidade.

Como no Código brasileiro não consta essa cláusula, a relação entre delito comissivo e omissivo não pode ser efetivada através do critério da *equivalência*, mas exclusivamente pelo critério da *identidade*. Isto quer dizer que, para configurar um delito omissivo impróprio, não previsto na lei, será indispensável que a redação do tipo legal, combinada com as situações legalmente expressas que fundamentam o dever de impedir o resultado pela constituição do sujeito garantidor, possa implicar o mesmo conteúdo de injusto do seu cometimento por ação. Assim, conforme, aliás, uma proposta de **Silva Sanchez**,<sup>(49)</sup> na ausência de uma tipificação expressa dos delitos omissivos impróprios na Parte Especial, só seria admissível a sua punição, mas com pena atenuada (por aplicação do art. 66 do CP), num restrito número de casos, onde não haja dúvida de que o ato que descumpra a norma mandamental, em

<sup>(47)</sup> Lackner - StGB, 1993, p.94.

<sup>(48)</sup> Maurach-Gössel-Zipf - *Derecho Penal, Parte General*, tradução argentina de Jorge Bofill Genzsch, 1995, tomo II, p. 244.

<sup>(49)</sup> Silva Sanchez - *El delito de omisión. Concepto y Sistema*, 1986, p. 369; da mesma forma, Mourullo - *“La cláusula general sobre la comisión por omisión”*, in *Política Criminal y Reforma Penal*, 1993, p. 911 e ss.

razão da especial conformação do injusto com vistas à direta proteção do bem jurídico. Tal evidentemente, afora os casos expressos, só se dá nos delitos contra a vida, a integridade corporal e a liberdade, cujos objetos jurídicos, pela sua natureza e pelas conseqüências, necessitam de uma imediata e oportuna intervenção protetiva, que não pode ser postergada para não se tornar inócua.

### *A solução dos casos*

54. Na hipótese do alpinista, embora inexista um acordo formal, capaz de caracterizar um contrato profissional, o fato de o alpinista haver convidado pessoas inexperientes para realizar uma tarefa para a qual era o único treinado, configura a assunção fática de responsabilidade de proteção a seus convidados. Tem, portanto, o dever de impedir que resultados lesivos provenham do seu empreendimento, visto estar em posição de garantidor da integridade do bem jurídico alheio. O mesmo se dá na hipótese da mãe que leva o filho à praia e o deixa aos cuidados de terceiro. Trata-se, como no exemplo do alpinista, da assunção fática de responsabilidade de proteção do bem jurídico, vindo caracterizar sua omissão o delito de homicídio e não simplesmente omissão de socorro.

55. Embora a relação de parentesco gere socialmente uma vinculação maior entre as pessoas, no tocante à proteção mútua, o irmão omitente deve responder somente por omissão de socorro, visto que, no âmbito das exigências formais contidas no art. 13, § 2º, não está contida simplesmente a relação de parentesco, mas apenas a prévia existência de dispositivo legal que a torne fonte da posição de garantidor. Como a legislação brasileira carece de tal dispositivo, a relação entre irmãos não constitui, por si só, fundamento para o dever de impedir o resultado, mas apenas um dever geral de assistência, que integra o tipo dos delitos omissivos próprios, como a omissão de socorro. Parece injusta essa solução, mas será a solução legal.

56. Na hipótese do condômino, o síndico, como administrador do prédio, tem a responsabilidade pelas fontes de perigo nele existentes e, portanto, o dever de impedir os resultados que advierem de seu uso, como forma de *ingerência*. Não se cogita aqui do atuar precedente, desde logo contrário ao dever, porque a execução da ação possível, que caracteriza o momento omissivo, é gerada justamente com o fato lesivo à liberdade do condômino, produzida pelo defeito no elevador e levada ao conhecimento daquele que estava obrigado a saná-lo. Não o fazendo, cometeu, portanto, o crime de seqüestro por omissão.

57. Nos dois exemplos do salvamento, em que terceiro intervém no processo de sua realização ou quando o próprio omitente desiste de continuar com sua ação já iniciada, trata-se de delito comissivo, porque, independentemente da análise do tipo legal ou da espécie de norma que compõe seu substrato, com as respectivas ações incrementaram o risco da produção do resultado. A circunstância do incremento do risco, por sua vez, assinala a característica precipuamente proibitiva da norma que passa a regular o fato.

58. No exemplo do pai que deixa as crianças à espera do corpo de bombeiros, em vez de lançá-las aos braços dos vizinhos, haverá apenas omissão e não ação, podendo, porém, excluir-se a imputação objetiva, em face da inexistência de um aumento do risco da produção do resultado ou da indiferença quanto à diminuição das chances de salvamento.

### *Concurso de pessoas e tentativa nos crimes omissivos*

Há ademais dois outros aspectos dos crimes omissivos que constituem questões polêmicas, ainda sem soluções definitivas. São os aspectos relativos ao concurso de pessoas e à tentativa. Aqui, a doutrina tem tomado caminhos absolutamente contraditórios, sendo melhor que se adotem regras especiais, direcionadas à respectiva modalidade de delito.

#### *A) Concurso de pessoas*

59. Como os crimes omissivos são *delitos de dever*, para usarmos a terminologia proposta por **Roxin**,<sup>(50)</sup> há uma certa especialização dos sujeitos, quer porque se encontrem concretamente diante da situação de perigo, assim, estejam obrigados a atuar em face de um dever geral de assistência, quer porque apresentem uma especial vinculação para com a proteção do bem jurídico.

Embora a norma mandamental possa se destinar a todos, como na omissão de socorro, o preenchimento do dever é pessoal, de modo que não é qualquer pessoa que pode ser colocada na posição do omitente. Somente podem ser sujeitos ativos dos delitos omissivos, primeiramente, aqueles que se encontrem aptos a agir, e se situem diante da chamada situação típica; depois, aqueles que, estando em condições reais de impedir a concretização do perigo, tenham uma vinculação especial para com a vítima ou para com a fonte produtora do perigo, de forma que se vejam submetidos a um dever especial de impedir o resultado.

Consoante esse dado, podemos afirmar que nos crimes omissivos não há concurso de pessoas, isto é, não há co-autoria nem participação.<sup>(51)</sup> Cada qual responde pela omissão individualmente, com base no dever que lhe é imposto, diante da situação típica de perigo ou diante de sua posição de garantidor. Trata-se na verdade, como expõe **Armin Kaufmann**, de uma forma especial de autoria colateral. São estas suas palavras: “*Se 50 nadadores assistem impassíveis ao afogamento de uma criança, todos terão se omitido de prestar-lhe salvamento, mas não comunitariamente. Cada um será autor do fato omissivo, ou melhor, autor colateral de omissão.*”<sup>(52)</sup>

60. Um exemplo poderá demonstrar com maior clareza o acerto dessa posição. Alguém está na companhia de outra pessoa e vê terceiro afogar-se. Quem se está

<sup>(50)</sup> **Roxin** - *Täterschaft und Tatherschaft*, 6ª edição, 1994, p. 459 e ss.

<sup>(51)</sup> **Welzel** - *Derecho Penal Alemán*, p. 284.

<sup>(52)</sup> **Armin Kaufmann** - *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 189.

afogando é o filho de uma das pessoas que observam o afogamento. Os dois não só o observam, mas comentam entre si quem irá salvá-lo, ressaltando as incertezas desse empreendimento. Afinal decidem em conjunto que não irão proceder ao salvamento. Embora um tenha aconselhado o outro acerca do que devesse fazer ou não fazer, inexistente no caso participação, porque um deles responderá por crime de omissão de socorro e o outro por homicídio por omissão. Cada um, portanto, responde individualmente pela omissão e seus efeitos, na medida de sua posição em face da proteção do bem jurídico. O pai viola o dever de impedir o resultado, porque era garantidor da vida do filho. O outro viola o dever geral de assistência, porque, como cidadão presente na situação de perigo, tinha que lhe prestar socorro.

Note-se, assim, que o comportamento de cada um, que pode coincidir com o comportamento do outro, não é decisivo para determinar a participação. O que importa é a posição de cada sujeito diante da proteção de bem jurídico. Como a realização do tipo dos delitos omissivos está associada a violações de deveres, desde que qualquer pessoa tenha violado o dever que lhe é imposto já estará dando início à execução do fato, que, dependendo da configuração legal, pode exigir a verificação do resultado para a sua consumação. Este raciocínio não muda, quando o dever que é imposto aos vários agentes pertença à mesma fonte. Se os que se omitirem do salvamento forem ambos pais de quem se está afogando, assim mesmo sua comum resolução não implica participação ou co-autoria. Já que, como vimos, o comportamento de ambos não interfere na realização do tipo de delito que lhe seja atribuível, a participação, pelos seus fundamentos, não pode exclusivamente derivar da fonte do dever de agir. Quer dizer, mesmo que os deveres remontem à mesma origem, o omitente não deve ser visto na qualidade de portador de um dever solidário, mas, sim, como pessoa individual, sobre quem recai o mandato normativo de realizar determinada ação para afastar a ocorrência do resultado.

Resta examinar a posição de terceiro, que, através de conduta comissiva, contribui para a omissão de quem tinha o dever de impedir o resultado. Da mesma forma que inexistente participação ou co-autoria nos delitos omissivos, quando os sujeitos se omitirem em face da mesma situação de perigo, aqui também será impossível admitir-se a relevância dessa outra modalidade de participação. Deve-se seguir neste contexto a ponderação de **Roxin**, ao estipular como pressuposto de qualquer concurso de agentes que todos os participantes estejam subordinados aos mesmos critérios de imputação,<sup>(53)</sup> o que não se dá quando se trata de delitos comissivos e omissivos, em face da própria estrutura da norma. Cada qual - agente e omitente - serão igualmente autores do fato, o primeiro de crime comissivo e o outro de crime omissivo.

<sup>(53)</sup> **Roxin** - *Täterschaft und Tatherschaft*, p. 470.

## B) Tentativa

61. No tocante à tentativa, as coisas são um pouco mais complexas. Podemos aqui afirmar, se bem que teoricamente se pudesse pensar ao contrário, que nos crimes omissivos próprios não se admite tentativa, porque, uma vez que a omissão esteja tipificada na lei como tal, se o sujeito se omite, o crime já se consuma; se o sujeito não se omite, realiza ele o que lhe foi mandado.

62. Nos crimes omissivos impróprios, entretanto, a doutrina tem admitido a tentativa, mas alterando as suas bases tradicionais.

No campo da diferenciação entre atos preparatórios e executivos do delito, a doutrina brasileira adota, em sua maioria, sendo isto tradicional em nosso país, a *teoria formal-objetiva*, segundo a qual haverá tentativa toda vez que, iniciada a realização estrita da ação típica, não é alcançada a consumação do delito por circunstâncias alheias à vontade do agente. Esta fórmula, que adveio do direito liberal burguês, é conseqüência de uma interpretação formal e restritiva dos dispositivos legais que regulamentam a tentativa, com base no início da execução. E é de se notar que a definição legal da tentativa inserida no art. 14, II, do Código Penal brasileiro é igualmente da tradição dos países da América Latina, como, por exemplo, dos códigos da Argentina (art. 42), Chile (art. 7º) e Uruguai (art. 5).

A questão principal da tentativa reside justamente na determinação do que constitua esse *início de execução*. A *teoria formal-objetiva*, fiel ao enunciado da teoria causal-naturalista, só poderia considerar como *início da execução* aquilo que, objetivamente, desse impulso ao desenrolar da ação típica, tomada no contexto da causalidade. No crime de homicídio, por exemplo, a tentativa só teria lugar no instante em que o agente iniciasse a ação de matar, isto é, comesçasse a disparar contra a vítima, ou a esfaqueá-la, ou a administrar-lhe veneno, etc.

Esta teoria, entretanto, embora tenha seus métodos incontestáveis, principalmente no sentido de buscar uma precisa delimitação da zona que separa a conduta proibida da permitida, não é suficientemente apta a, diante de alguns casos controvertidos, proteger *oportuno tempore* o bem jurídico.

Como a *teoria formal-objetiva* parte do início da realização estrita da ação típica, está claro que enfrentará enormes dificuldades quando aplicada aos crimes omissivos, que não podem ser retratados materialmente.

63. Como complemento a esta teoria puramente formal, a doutrina tem desenvolvido outros critérios, como os da *teoria material-objetiva*, ou da *teoria subjetiva-objetiva*, agregando-se-lhes ainda o critério do *perigo para o bem jurídico*. Mas, todas essas orientações são igualmente defeituosas, não havendo até agora uma solução definitiva e escorreita na determinação precisa do que se deva entender por *início de execução*.

64. Imaginemos um exemplo no âmbito dos crimes comissivos: dois ladrões pretendem arrombar uma casa, que é guardada por ferozes cães, além de possuir grades

e alarmes em portas e janelas. Para realizarem o furto, necessitam, previamente, contornar esses obstáculos. Primeiramente, matam os cachorros; depois colocam ácido nas grades e fechaduras e, finalmente, provocam um curto-circuito para desativar o sistema de alarme. Pela *teoria formal-objetiva*, esses atos, que não podem ser identificados com a ação de subtrair, constituem meros atos preparatórios, impuníveis. Pela *teoria material-objetiva*, constituiriam já início da execução do delito de furto, porque estariam integrados em plano natural à própria ação típica de subtrair, como seus sucedâneos, e teriam colocado em perigo o bem jurídico. A mesma solução seria dada pela *teoria subjetivo-objetiva*, com base no plano dos agentes.

A questão da aplicação dessas teorias alternativas reside, porém, na insegurança jurídica que podem gerar, porque, desvinculadas da exata configuração da ação típica, começam a interpor na análise do tipo critérios nem sempre inequívocos, como os do *sucedâneo natural da ação típica*. A superação desses problemas de segurança só pode ser alcançada no caso concreto.

No exemplo dado, os atos praticados pelos ladrões estão descritos no Código Penal como modalidade qualificada de execução do delito de furto (art. 155, § 4º, I), o que os caracteriza como atos de execução da própria ação típica, desde que, entretanto, a subtração deva ser praticada imediatamente após aqueles atos. Se entre tais atos, embora referidos como formas qualificadas do agir, e a ação típica de subtrair houver uma solução de continuidade, porque, por exemplo, os ladrões pretendiam entrar na casa somente no dia seguinte, o fato de matarem o cachorro, despejarem ácido nas grades ou provocarem um curto-circuito ainda não constitui início da execução do furto.

Independentemente da teoria que se adote, se um determinado ato vier referido na lei como elemento de qualificação, ou forma agravada, o que deve valer é a relação direta entre esse ato e a imediata realização da ação típica. Aqui, praticamente, o próprio legislador descreve o ato, que poderá ou não ser ato de execução, dependendo de sua relação para com a realização da ação típica. Se o ato, previsto como forma qualificada, for praticado dentro do plano de imediatamente após ser realizada a ação típica, tal ato já constitui início de execução do delito. Esta é a posição majoritária da doutrina<sup>(54)</sup> quando se trata de crimes comissivos.

**65.** Nos crimes omissivos impróprios, o início da execução se dá com a violação do dever de impedir o resultado, que faz parte do tipo de injusto. Mas essa violação deve manifestar-se concretamente, único modo de colocar em perigo o bem jurídico.

A doutrina tem-se orientado aqui em três sentidos: **a)** ou no sentido de tomar como decisivo a não utilização da primeira possibilidade de salvamento;<sup>(55)</sup> **b)** da

<sup>(54)</sup> Jescheck - *Tratado*, p. 471; Roxin - "*Tatenschluß und Anfang der Ausführung*", in *Juristische Schulung*, 1979, p. 1; Wessels - *Strafrecht*, AT, 1992, p. 182.

<sup>(55)</sup> Herzberg - "*Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt*", in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1971, p. 881.

última chance de fazê-lo,<sup>(56)</sup> ou e) ainda do perigo concreto para o bem jurídico, produzido pelo atraso na prática da ação apta a impedir a lesão.<sup>(57)</sup>

Parece que a melhor solução será dada por uma variante objetiva da proposta seguida por **Wessels**.<sup>(58)</sup> se o perigo para o bem jurídico só ocorrerá mais tarde, o início da execução não pode se dar com a não utilização da primeira chance de salvamento, mas, sim, com a não utilização da última quando o perigo entrar em sua fase aguda. Assim, se o filho cai nos trilhos, mas o trem só passará por ali dentro de uma hora, a omissão do salvamento imediato não configura ainda um início de execução. Este só se verificará quando o trem já estiver efetivamente prestes a passar.

Por outro lado, há de se distinguir aqui entre *tentativa acabada* e *tentativa inacabada*. Só esta última é que deve submeter-se a tal raciocínio, pois o desdobramento posterior do fato depende da omissão do próprio sujeito. Na *tentativa acabada*, na qual a seqüência do fato está à própria sorte dos acontecimentos, a execução terá início a partir do momento em que o sujeito não se vale da primeira chance, deixando que a causalidade siga normalmente seu curso. Por exemplo, se mãe deixa de alimentar seu filho recém-nascido, o início da execução ocorrerá quando a falta de alimentação já tenha provocado danos à sua saúde, de modo que deva ela imediatamente realimentá-lo, mas deixe passar essa chance. Antes disso, não haveria início da execução, porque o perigo da realização do resultado ainda não se havia manifestado.

Ao invés, se a mãe abandona na rua o recém-nascido, deixando-o à sua própria sorte, com este ato de abandono já se inicia a execução, pois, a partir daí, passa ela a não ter qualquer domínio sobre a causalidade, estando desde logo presente o perigo da ocorrência do resultado. Estamos aqui analisando aspectos da execução do delito doloso de homicídio, praticado por omissão e não o crime de exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134), que só se configura com o preenchimento, além do dolo de perigo, de um elemento subjetivo especial, que é a finalidade de *ocultar desonra própria*. Neste último caso, tendo em vista justamente essa finalidade especial, o legislador considerou o ato de abandono como delito autônomo de perigo, isto, entretanto, sem descartar a hipótese de que esse mesmo ato por si mesmo já constitua início de execução do homicídio, dependendo do dolo do sujeito.

### *Dolo e erro*

**66.** Os crimes omissivos representam ainda uma particularidade no tocante ao dolo. Diferentemente dos crimes comissivos, onde o dolo deve orientar-se à realiza-

<sup>(56)</sup> **Armin Kaufmann** - *Die Dogmatik der unterlassungsdelikte*, 1959, p. 210; **Welzel** - *Derecho Penal Alemán*, tradução de Bustos Ramirez e Yañez Pérez, 1970, p. 305.

<sup>(57)</sup> **Jescheck** - *Tratado*, p. 581.

<sup>(58)</sup> **Wessels** - *Strafrecht*, AT, p. 238.

ção da ação típica, nos crimes omissivos o dolo se expressa como a decisão acerca da inação, com a consciência de que o sujeito poderia agir para evitar o resultado. Não basta, por conseguinte, para reconhecer-se o dolo, a mera consciência da situação fundamentadora do dever de agir, ou o conhecimento do seu poder de fato para realizar a ação omitida, como queria **Welzel**.<sup>(59)</sup> Mais do que isto, será necessário demonstrar-se que o sujeito inclua na sua decisão a não execução da ação possível. Esta é uma exigência, inclusive, que deflui dos próprios termos do art. 18, I do Código Penal, que não prescinde do *elemento volitivo* na configuração do dolo e que deve ser tomado em conta igualmente nos delitos omissivos.

Além disso, deve conhecer o omitente todas as circunstâncias que compõem a chamada *situação típica* e, nos crimes omissivos impróprios, ainda dados fáticos que fundamentam sua posição de garantidor. O erro, portanto, sobre a posição de garantidor é *erro de tipo*, que exclui o dolo. Por outra parte, o erro sobre o dever de garantidor, como tal, é erro de proibição, que exclui a culpabilidade, se inevitável, subordinando-se aos ditames admitidos no art. 21.

---

<sup>(59)</sup> **Welzel** - *Derecho Penal Alemán*, p. 282.

---

\* Conferência proferida na Associação Mineira do Ministério Público, Belo Horizonte, 1995.

\*\* **Juarez Tavares** é Professor Titular de Direito Penal e Procurador Regional da República no Estado do Rio de Janeiro.

## *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional*

LUÍS ROBERTO BARROSO \*

O princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. De fato, sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, sua consagração em texto positivo se deu através das emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana.<sup>(1)</sup> A cláusula do *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos últimos dois séculos.<sup>(2)</sup>

Antes de procurar delimitar com precisão os contornos do princípio da razoabilidade e suas potencialidades no Direito brasileiro, é de proveito percorrer brevemente sua trajetória no Direito norte-americano. O princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional. De fato, ao lado do princípio da

(1) As dez primeiras emendas, conhecidas como *Bill of Rights*, foram aprovadas em 15 de dezembro de 1791. A 5ª emenda estabeleceu que "ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal". O preceito vinculava apenas o Governo Federal. Somente a 14ª emenda, aprovada em 21 de julho de 1868, já após a guerra civil, estendeu a regra aos Estados-membros, ao dispor: "Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal."

(2) O tema é versado em todos os tratados e livros de textos de direito constitucional americano. Vejam-se, por todos, **Corwin**, *The Constitution and What it Means Today*, 1978; **Tribe**, *American Constitutional Law*, 1988; **Noak, Rotunda e Young**, *Constitutional Law*, 1986; **Gunther**, *Constitutional Law*, 1985; **Stone, Seidman, Sunstein e Tushnet**, *Constitutional Law*, 1986; **Brest e Levinson**, *Processes of Constitutional Decisionmaking*, 1983. De autores americanos, em tradução portuguesa, vejam-se **Thomas Cooley**, *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*, 1982; **Bernard Schwartz**, *Direito Constitucional Americano*, 1966. Entre os autores nacionais, vejam-se: **San Tiago Dantas**, *Igualdade perante a lei e "due process of law" (contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo)*, in RF CXVI/357 (1948); **José Alfredo de Oliveira Baracho**, *Processo e Constituição: O Devido Processo Legal*, s. d.; **Carlos Roberto de Siqueira Castro**, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na nova Constituição do Brasil*, 1989 e **Ada Pellegrini Grinover**, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, 1973.

igualdade perante a lei, esta versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral. <sup>(3)</sup>

Embora se tenha feito referência a duas fases, na verdade elas não se excluem, mas, ao contrário, convivem até hoje. A primeira versão do *due process*, como se disse, teve ênfase processual, com expressa rejeição de qualquer conotação substantiva que permitisse ao Judiciário examinar o caráter injusto ou arbitrário do ato legislativo. <sup>(4)</sup>

Tratava-se, inicialmente, de uma garantia voltada para a regularidade do processo penal, depois estendida ao processo civil e ao processo administrativo. Seu campo de incidência recaía notadamente no direito ao contraditório e à ampla defesa, <sup>(5)</sup> incluindo questões como o direito a advogado e ao acesso à justiça para os que não tinham recursos. <sup>(6)</sup>

O desenvolvimento e a afirmação do *substantive due process* marcam um impulso de ascensão do Judiciário, provavelmente só comparável ao que se verificara quando da introdução do controle judicial da constitucionalidade das leis, em 1803, com *Marbury v. Madison*. É que através deste fundamento — o do devido processo legal — abriu-se um amplo espaço de exame de mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade. Embora se traduza na idéia de justiça, de *razoabilidade*, expressando o sentimento comum de uma dada época, não se trata de cláusula de fácil apreensão conceptual, como bem captou o *Justice Harlan*, da Suprema Corte:

“ ‘Devido processo’ não foi ainda reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a qualquer código. O melhor que pode ser dito é que através do curso das decisões desta Corte ele representou o equilíbrio que nossa Nação, construída

<sup>(3)</sup> Castro, Carlos Roberto de Siqueira, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na nova Constituição do Brasil*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1989, p. 3.

<sup>(4)</sup> Representativo desta fase é o conjunto de casos conhecidos como *Slaugtherhouse cases*, 83 U. S. (16 Wall.) 36 (1873), onde a Suprema Corte recusou-se a considerar inconstitucional uma lei da Louisiana que conferia monopólio de uma atividade a uma determinada companhia, impedindo todas as demais pessoas e empresas de explorarem a atividade. A decisão fundou-se em que a garantia do devido processo legal destinava-se a proteger as pessoas contra as injustiças de cunho processual, o que não era o caso.

<sup>(5)</sup> *V. Vitek v. Jones*, 445 U.S. 480 (1980): “*Due process requires written notice, a hearing at which evidence is heard, including a right of presentation, confrontation and cross-examination, an independent decisionmaker, a written statement by the fact-finder, effective and timely notice of rights, and qualified and independent assistance of legal counsel*”. v. Barron e Dienes, *Constitutional Law*, 1991, p. 175.

<sup>(6)</sup> Vejamos-se, e. g., *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971) e *Little v. Streater*, 452 U.S. 1 (1981).

sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada.”<sup>(7)</sup>

De toda sorte, a cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes estas condições se poderá admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente previstos no texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade.

O reconhecimento desta dimensão substantiva do devido processo legal passou por três fases distintas e de certa forma cíclicas, que incluem (a) sua ascensão e consolidação, do final do século XIX até a década de 30; (b) seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; (c) seu renascimento triunfal na década de 50, no fluxo da revolução progressista promovida pela Suprema Corte sob a presidência de **Earl Warren**. Presentemente, a Suprema Corte reassumiu um perfil conservador e o *ativismo judicial* — isto é, a intervenção dos tribunais no mérito de certas valorações legislativas e administrativas — que se manifestava destacadamente pelo uso substantivo da cláusula do devido processo legal, vive um momento de refluxo.

A doutrina do devido processo legal substantivo começou a se delinear no final do século passado, como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica. A Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na idéia do *laissez-faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público nos negócios privados. Após alguns ensaios de aplicação do *substantive due process*, a Corte finalmente invalidou, por inconstitucional, uma lei estadual que impedia que os residentes de Louisiana contratassem seguros de seus bens com empresas de fora do Estado.<sup>(8)</sup> A decisão que melhor simbolizou este período, todavia, foi proferida em *Lochner v. New York*, onde, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de N. York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros.<sup>(9)</sup> Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras leis, inclusive a que estabelecia salário mínimo para mulheres.<sup>(10)</sup> Este período ficou conhecido como a era *Lochner*.

Sua superação se deu pelo advento do *New Deal*, após a crise de 1929. Eleito presidente em 1932, Franklin Roosevelt deu início à edição de ampla legislação social e de intervenção no domínio econômico. Em 1935, os casos em que esta legislação era contestada começaram a chegar à Suprema Corte, que, fiel à doutrina *Lochner* e hostil ao intervencionismo estatal, passou a invalidar diversas leis importantes para o plano de recuperação econômica.

<sup>(7)</sup> Voto proferido em *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

<sup>(8)</sup> *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

<sup>(9)</sup> 198 U.S. 45 (1905).

<sup>(10)</sup> *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).

Neste ano, ao julgar o caso *Schechter Poultry Corp. v. United States*,<sup>(11)</sup> a Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei Nacional de Recuperação Industrial, de 1933, reputada essencial para a continuidade da ação governamental, e que continha normas sobre concorrência desleal, preços e salários, jornada de trabalho e negociações coletivas. Estabeleceu-se um confronto entre o Executivo e o Judiciário. Reeleito em 1936, no início do ano seguinte Franklin Roosevelt envia uma mensagem legislativa ao Congresso modificando a composição da Suprema Corte, com vistas a obter maioria naquele Colegiado. Conhecida como *court-packing plan*,<sup>(12)</sup> a lei não foi aprovada pelo Congresso. Mas, pressionada, a Suprema Corte mudou sua orientação e abdicou do exame de mérito das normas de cunho econômico, encerrando o controle substantivo de tais leis.<sup>(13)</sup> Foi o declínio do devido processo legal substantivo.

A terceira fase do devido processo legal substantivo teve como antecedente importante a distinção entre liberdades econômicas e não econômicas, cujo marco mais célebre foi a nota de rodapé nº 4, integrante do voto do *Justice Stone* ao julgar o caso *United States v. Carolene Products*.<sup>(14)</sup> No primeiro domínio, a atitude dos tribunais deveria ser de deferência aos outros Poderes. Mas no tocante às liberdades pessoais, inclusive e especialmente quanto à proteção das minorias, o intervencionismo judicial continuava a ser indispensável. Estes direitos e liberdades não-econômicos, que incluem a liberdade de expressão, de religião, bem como direitos de participação política e de privacidade, muitos deles não decorrentes expressamente do texto, foram a tônica do constitucionalismo americano das últimas décadas. Decisões polêmicas na área da igualdade racial, como *Brown v. Board of Education*,<sup>(15)</sup> dos direitos políticos, como *Reynolds v. Sims*<sup>(16)</sup> e de processo penal, como *Miranda v. Arizona*,<sup>(17)</sup> fizeram deste período um dos mais “portentosos e tumultuados” da história da Corte.<sup>(18)</sup>

No âmbito da aplicação substantiva do devido processo legal, os casos que mais destacadamente marcaram época, pela ousadia, foram *Griswold v. Connecti-*

---

(11) 295 U.S. 495 (1935).

(12) A lei proposta consistia no seguinte: para cada juiz da Suprema Corte com idade superior a 70 anos e que estivesse exercendo a judicatura há mais de 10, poderia o Presidente nomear um novo, desde que o número total de ministros não excedesse de 15. Sobre este tema, v. Gerald Gunther, *ob. cit.*, p. 121 e ss. v. também William H. Rehnquist, *The Supreme Court: How it was, How it is*, 1989, p. 215 e ss.

(13) Um dos marcos da superação da era *Lochner* foi o julgamento de *West Coast v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), onde a corte, revertendo decisão anterior em *Adkins v. Children's Hospital (v. supra)*, considerou constitucional lei estadual que estabelecia salário mínimo para mulheres.

(14) 304 U.S. 144 (1938).

(15) 347 U.S. 873 (1954).

(16) 377 U.S. 533 (1964).

(17) 384 U.S. 436 (1966).

(18) Stone, Geoffrey R.; Seidman, Louis M.; Sustain, Cass R.; Tushnet, Mark V.; *Constitucional Law*, Little Brown and Company, Boston, 1986, p. LXX.

cut<sup>(19)</sup> e *Roe v. Wade*,<sup>(20)</sup> onde a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais e consagrou um novo direito, não expressamente inscrito na Constituição, que foi o direito de privacidade. Em *Griswold*, invalidou-se uma lei do Estado de Connecticut que incriminava o uso de pílula anticoncepcional ou qualquer outro artigo ou instrumento contraceptivo, punindo tanto quem consumisse como quem prescrevesse. Em *Roe*, a Corte considerou inconstitucional uma lei do Texas que criminalizava o aborto, e não o admitia nem mesmo antes do terceiro mês de gravidez. Em seu voto, consignou o Juiz **Blackmun**:

“Este direito de privacidade..., decorra ele do conceito de liberdade pessoal da 14<sup>a</sup> emenda, como me parece, ou dos direitos reservados previstos na 9<sup>a</sup> emenda, é abrangente o suficiente para incluir a decisão de uma mulher sobre pôr fim ou não à sua gravidez.

*(...) A lei do Texas é excessivamente abrangente. Ela não distingue entre abortos praticados no início da gravidez e os que são praticados mais adiante, e o limita a uma única hipótese, que é a de ‘salvar’ a vida da mãe. Conseqüentemente, a lei não pode sobreviver ao presente ataque...”*<sup>(21)</sup>

Todas as nomeações para a Suprema Corte nas últimas décadas de governos republicanos nos Estados Unidos foram marcadas pelo esforço de escolher ministros que rejeitassem o ativismo judicial deflagrado pela Corte *Warren* e estivessem dispostos a rever a decisão proferida em *Roe*. Ao longo dos anos, esta decisão foi abertamente questionada, mas jamais foi claramente reformada (*overruled*).<sup>(22)</sup>

Conclui-se, assim, a trajetória histórica da cláusula do devido processo legal e do princípio da razoabilidade no direito constitucional norte-americano. É bem de ver que tais conceitos correram mundo e repercutiram sobre os ordenamentos jurídicos atentos à constante busca de equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos. Convém, por isso mesmo, aprofundar o exame do tema à luz dos métodos de argumentação e exposição sistemática que caracterizam o modo de entender e praticar o Direito nos Países de tradição jurídica romano-germânica. De logo é conveniente ressaltar que a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da *proporcionalidade*, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibili-

(19) 391 U.S. 479 (1965).

(20) 410 U.S. 113 (1973).

(21) *Idem*.

(22) Um dos últimos julgamentos sobre o tema ocorreu em *Parenthood v. Casey*, 112 S. Ct. 2791 (1992), onde o voto majoritário, conquanto externando divergência quanto à decisão em *Roe*, questionou a própria legitimidade da Corte para reverter tal decisão. V. Morton J. Horwitz, “Foreword: The Constitution of Change: Legal Fundamentality without Fundamentalism”, in “*Harvard Law Review*”, 107/30 (1993).

dade com o princípio da razoabilidade.<sup>(23)</sup> Salvo onde assinalado, um e outro serão aqui empregados indistintamente.

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É *razoável* o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia;<sup>(24)</sup> o que não seja arbitrário ou caprichoso;<sup>(25)</sup> o que corresponda ao senso comum,<sup>(26)</sup> aos valores vigentes em dado momento ou lugar.<sup>(27)</sup> Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação da regra da razoabilidade,<sup>(28)</sup> embora possa ela radicar perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica.<sup>(29)</sup> Sobre este ponto em particular, veja-se a passagem inspirada de **San Tiago Dantas**:

*“Não é apenas a doutrina do Direito Natural que vê no Direito uma ordem normativa superior e independente da Lei. Mesmo os que concebem a realidade jurídica como algo mutável e os princípios do Direito como uma síntese das normas dentro de certos limites históricos reconhecem que pode haver leis inconciliáveis com esses princípios cuja presença no sistema positivo fere a coerência deste, e produz a sensação íntima do arbitrário, traduzida na idéia de ‘lei injusta.’*

” (30)

<sup>(23)</sup> Embora não faça esta assemelhação e refira-se sempre ao princípio da proporcionalidade, **Willis Santiago Guerra Filho** lembra “a sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos ‘razão’ (lat. *ratio*) e ‘proporção’ (lat. *proportio*)” (*Sobre o Princípio da Proporcionalidade*, mimeo, pp. 13-14).

<sup>(24)</sup> Rafael Bielsa, *Estudios de Derecho Público: I, Derecho Administrativo*, 1950, t. 1, p. 485.

<sup>(25)</sup> *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934).

<sup>(26)</sup> Quintana, Segundo V. Linares, *Reglas para la Interpretación Constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, p. 122.

<sup>(27)</sup> Pound, citado por José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo e Constituição: O Devido Processo Legal*, p. 90.

<sup>(28)</sup> Bidart Campos, *Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional*, 1987, p. 92. Aliás, na sua origem norte-americana a cláusula do devido processo legal foi influenciada por concepções jusnaturalistas, sendo interpretada como uma garantia do direito a um processo que se inspirasse em princípios universais e superiores de justiça, conforme noticia Ada Pellegrini Grinover (*As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, p. 33 - 34), onde esclarece: “Mas, sob a influência de magistrados como Holmes, Cardozo, Frankfurter, percebe-se que os princípios de igualdade e de justiça processual não são a expressão de uma norma abstrata e superior, absoluta e transcendental com relação à normatividade positiva: trata-se, pelo contrário, da enunciação de valores históricos e relativos, que podem impor-se à razão em determinado contexto histórico”. V. também, Grey, “Do We Haven an Unwritten Constitutions”?, 27 “Stanford Law Review” 703, 715-716 (1975).

<sup>(29)</sup> Siqueira Castro, *ob. cit.*, p. 53.

<sup>(30)</sup> Dantas, San Tiago, “Igualdade perante a lei e Due process of law,” in “Revista Forense” CXVI/357, 1948, p. 362.

Em seguida, após referência ao sistema americano e ao *due process of law*, arrematou:

*"A lei que não pode ser considerada 'law of the land' é a lei contrária ao Direito. Não a um direito fixado em regras e comandos precisos, que se tornariam, nesse caso, imutáveis; mas ao direito como síntese, como corpo de princípios, como método de criação normativa."* (31)

Seja como for, é necessário seguir em busca de terreno mais sólido e de elementos mais objetivos na caracterização da razoabilidade dos atos do Poder Público, especialmente, para lhe conferir um cunho normativo. Somente esta delimitação de objeto poderá impedir que o princípio se esvazie de sentido, por excessivamente abstrato, ou que se perverta num critério para julgamentos *ad hoc*.

A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente se fará diante de certas circunstâncias concretas, será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Deste modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disto, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre estes elementos. (32)

Esta razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade *interna*, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida. Por exemplo: se diante de um surto inflacionário (motivo), o Poder Público congela o preço dos medicamentos vitais para certos doentes crônicos (meio) para assegurar que pessoas de baixa renda tenham acesso a eles (fim), há uma relação racional e razoável entre os elementos em questão e a norma, em princípio se afigura válida. Ao revés, se diante do crescimento estatístico da AIDS (motivo), o Poder Público proíbe o consumo de bebidas alcoólicas durante o carnaval (meio), para impedir a contaminação de cidadãos nacionais (fim), a medida será irrazoável. Isto porque estará rompida a conexão entre os motivos, os meios e os fins, já que inexistente qualquer relação direta entre o consumo de álcool e a contaminação.

De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no texto constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o fosse internamente. Suponha-se, por exemplo, que diante da impossibilidade

---

(31) *Idem*.

(32) Veja-se, a propósito, Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, 1984, p. 461.

de conter a degradação acelerada da qualidade da vida urbana (motivo), a autoridade municipal impedisse o ingresso nos limites da cidade de qualquer não residente que não fosse capaz de provar estar apenas em trânsito (meio), com o que reduziria significativamente a demanda por habitações e equipamentos urbanos (fim). Norma deste teor poderia até ser internamente razoável, mas não passaria no teste de razoabilidade da Constituição por contrariar princípios como o federativo, o da igualdade entre brasileiros, etc. <sup>(33)</sup>

Esta exigência de conformação ou adequação dos meios aos fins, que já era presente na construção norte-americana do princípio da razoabilidade, é ponto de consenso entre autores distanciados geograficamente. A este propósito, averbou **Linares Quintana**:

*“(La razonabilidad) consiste en la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de los fines que determina la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir, no proporcionados a las circunstancias que los motiva y a los fines que se procura alcanzar con ellos... Tratase, pues, de una correspondencia entre los medios propuestos y los fines que a través de ellos deben alcanzarse”.* <sup>(34)</sup> .....

Na mesma linha, **J. J. Gomes Canotilho**:

*“Entre o fim da autorização constitucional para uma emanação de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins.”* <sup>(35)</sup>

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, em decisão de 1971, pronunciou-se em igual sentido:

*“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.”* <sup>(36)</sup>

Verifica-se na decisão do Tribunal alemão a presença de um outro requisito qualificador da razoabilidade-proporcionalidade, que é o da exigibilidade ou necessidade (*Erforderlichkeit*) da medida. Conhecido, também, como “princípio da me-

<sup>(33)</sup> Esta interessante distinção entre razoabilidade interna e externa encontra-se em Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 462 e ss.

<sup>(34)</sup> Linares Quintana, *ob. cit.*, p. 128.

<sup>(35)</sup> Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 1986, p. 488.

<sup>(36)</sup> BVerfGE 30, 292, (316). V. Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaio de Teoria Constitucional*, 1989, p. 87.

nor ingerência possível”, consiste ele no imperativo de que os meios utilizados para atingimento dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão. É a chamada proibição do excesso. Uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, “se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas.”<sup>(37)</sup>

Há, ainda, um terceiro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã, identificado como *proporcionalidade em sentido estrito*. Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de **Canotilho**, trata-se “de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.”<sup>(38)</sup>

A doutrina — tanto lusitana quanto brasileira<sup>(39)</sup> — que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa esta tríplice caracterização do princípio da *proporcionalidade*, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos. Na feliz síntese de **Willis Santiago Guerra Filho**:

“Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.”<sup>(40)</sup>

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade sempre teve seu campo de incidência mais tradicional no âmbito da atuação do Poder Executivo. Estudado precipuamente na área do direito administrativo, ele funcionava como medida da legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos entes públicos na vida privada.<sup>(41)</sup>

<sup>(37)</sup> BVerfGE 39, 210 (230-1). V. Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade*, 1990, p. 44.

<sup>(38)</sup> J. J. Gomes Canotilho, *ob. cit.*, p. 387-8.

<sup>(39)</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 1991, p. 386-388; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 1993, p. 318-9; Gilmar Ferreira Mendes, *ob. cit.*, p. 38 e 43; e Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaio de Teoria Constitucional*, *cit.*, p. 75.

<sup>(40)</sup> Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaio de Teoria Constitucional*, *cit.*, p. 75.

<sup>(41)</sup> V. Celso Antonio Bandeira de Mello, *Elementos de Direito Administrativo*, 1991, p. 66-7: “Este princípio enuncia a idéia singela aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atrelados”. V. Também Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 1991, p. 93.

Versando o tema assinalou o ilustre professor argentino **Agustin Gordillo**:

*“A decisão ‘discricionária’ do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é ‘irrazoável’, o que pode ocorrer, principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam; ou b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou se funde em fatos e provas inexistentes; ou c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar; ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar.”* <sup>(42)</sup>

Também no domínio do Poder Judiciário, o princípio teve aplicabilidade, notadamente no tratamento das medidas cautelares. <sup>(43)</sup> Sua aplicação como critério aferidor dos atos do Poder Legislativo, todavia, a despeito de constituir prática relativamente antiga na tradição norte-americana, e de ser admitida com reservas em Países como Alemanha <sup>(44)</sup> e Itália, <sup>(45)</sup> é que suscita alguma controvérsia, por confrontar-se com certas noções tradicionais de separação de Poderes.

De fato, a aferição da razoabilidade importa em um juízo de mérito sobre os atos editados pelo Legislativo, o que interfere com o delineamento mais comumente aceito da discricionariedade do legislador. <sup>(46)</sup> Ao examinar a compatibilidade entre meio e fim, e as nuances de necessidade-proporcionalidade da medida adotada, a atuação do Judiciário transcende à do mero controle objetivo da legalidade. E o conhecimento convencional, como se sabe, rejeita que o Juiz se substitua ao administrador ou ao legislador para fazer sobrepor a sua própria valoração subjetiva de dada matéria. A verdade, contudo, é que ao apreciar uma lei para verificar se ela é

<sup>(42)</sup> Agustin Gordillo, *Princípios Gerais de Direito Público*, 1977, p. 183-4.

<sup>(43)</sup> V. Egas Moniz de Aragão, *Poder Cautelar do juiz. Medidas provisórias*, in RPERJ 42/37 (1990), e Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, “A concessão de medida liminar em processo cautelar e o princípio cautelar da proporcionalidade”, in RF 318/101 (1992).

<sup>(44)</sup> O *Bundesverfassungsgericht* assentou, em decisão de 1951, que sua competência se limitava à apreciação da legitimidade da norma, e não de sua conveniência. Mas acrescentou, significativamente: “a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial” (BVerfGE I, 15). V. Gilmar Mendes, *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 41.

<sup>(45)</sup> Na Itália, o art. 28 da Lei n° 87, que organiza a Corte Constitucional, exclui expressamente do controle de constitucionalidade valorações de natureza política e verificações sobre o uso do poder discricionário. Todavia, como assinala Pierandrei, será sempre possível examinar a norma à luz dos fins consagrados constitucionalmente (Enciclopedia del Diritto, vol. 10, 1962, p. 907).

<sup>(46)</sup> Traduzindo esta crênça, que subsistiu inquestionada por longo tempo, escreveu Canotilho (*ob. cit.*, 1986, p. 739): “A discricionariedade do legislador ou, como hoje se diz, o âmbito de liberdade de conformação legislativa, não era uma discricionariedade sujeita a pressupostos vinculados, as opções políticas do legislador não eram susceptíveis de controle e os fins da lei eram soberanamente estabelecidos pela própria lei.”

ou não arbitrária, o Juiz ou o tribunal estará, inevitavelmente, declinando o seu próprio ponto de vista do que seja racional ou razoável. <sup>(47)</sup>

A evolução dos conceitos tem atenuado o rigor das formulações clássicas e permitido a contenção da chamada *liberdade de conformação legislativa*. O controle finalístico da atuação do legislador se exerce sobre dois momentos “teleologicamente relevantes” do ato legislativo, que **Gomes Canotilho** assim identifica e comenta:

“(I) Em primeiro lugar, a lei é tendencialmente uma função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos **fins** estabelecidos na Constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a **lei** é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (II) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser **contraditória, irrazoável, incongruente** consigo mesma.

*Nas duas hipóteses assinaladas, topariamos com a vinculação do fim da lei: no primeiro caso, a vinculação do fim da lei decorre da Constituição; no segundo caso, o fim imanente à legislação imporia os limites materiais da não contraditoriedade, razoabilidade e congruência.”* <sup>(48)</sup>

Por ser uma competência excepcional, que se exerce em domínio delicado, deve o Judiciário agir com prudência e parcimônia. É preciso ter em linha de conta que, em um Estado democrático, a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm o batismo da representação popular, o que não é o caso de juízes e tribunais. Mas, quando se trate de preservar a vontade do povo, isto é, do constituinte originário, contra os excessos de maiorias legislativas eventuais, não deve o Juiz hesitar. <sup>(49)</sup>

O controle de constitucionalidade se exerce, precisamente, para assegurar a preservação dos valores permanentes sobre os ímpetus circunstanciais. Remarque-se, porque relevante, que a última palavra poderá ser sempre do Legislativo. É que, não concordando com a inteligência dada pelo Judiciário a um dispositivo constitu-

<sup>(47)</sup> V. Siqueira Castro, *ob. cit.*, p. 216, fundado em texto de Edward Corwin (*Court over Constitution - A Study of Judicial Review as an Instrument of Popular Government*, 1938, p. 108): “What the Court says is that legislation must not be unreasonable, but what this means inevitably, an all that it means in that legislation must be unreasonable to the Court’s way of thinking.”

<sup>(48)</sup> J. J. Gomes Canotilho, *ob. cit.*, 1986, p. 740.

<sup>(49)</sup> Escrevendo sobre o tema no direito alemão, admitiu Krebs a possibilidade de superposição de competências, concluindo, no entanto, que isto não afetava a imprescindibilidade do princípio. É que, afirma ele, eventual “escorregão” (*Gratwanderung*) entre o Direito e a política constitui risco inafastável da profissão do constitucionalista (v. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, JURA, 1988, p. 617 (623) *apud* Gilmar Ferreira Mendes, “A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania. Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro”, in RDA 191/40, 49 (1993).

cional, poderá ele, no exercício do poder constituinte derivado, emendar a norma constitucional e dar-lhe o sentido que desejar. <sup>(50)</sup>

Como se demonstrou até aqui, a razoabilidade dos atos do Poder Público — inclusive dos atos legislativos — como parâmetro aferidor de sua constitucionalidade, tem sido aceita em inúmeros sistemas jurídicos. Nos Estados Unidos, como visto, o princípio se assenta na cláusula do devido processo legal, constante das emendas de n.ºs. 5 e 14 à Constituição. Na Argentina, como assinala com orgulho a doutrina, o princípio remonta ao texto original da Carta, que, no art. 28, estabelecia que os princípios, garantias e direitos reconhecidos na Constituição não poderiam ser alterados por leis que regulamentassem o seu exercício. <sup>(51)</sup>

No direito constitucional alemão, atribui-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de direito. <sup>(52)</sup> Em Portugal, ele vem materializado em regras expressas da Constituição, notadamente a da proibição do excesso. <sup>(53)</sup>

No Brasil, o apego excessivo a certos dogmas da separação de Poderes impôs ao princípio da razoabilidade uma trajetória relativamente acanhada. Há uma renitente resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, *discricionária*, onde as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade. Exemplo da visão clássica do tema foi dado pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 13.11.70, na qual assentou:

*“Harmonia dos Poderes. Art. 6º da Emenda Constitucional nº 1. A decisão recorrida invadiu área de estrita competência da Administração Pública ao mandar reabrir e equipar uma enfermaria de hospital fechada por conveniência do serviço público. Inadmissibilidade.”*

<sup>(50)</sup> Nos Estados Unidos, por quatro vezes, o Congresso editou emendas à Constituição por discordar do entendimento jurisprudencial: a) a 11ª Emenda, dando imunidade de jurisdição aos Estados, veio após a decisão em *Chisholm v. Georgia*, 2 Dall 419 (1793); b) a criação de uma cidadania nacional pela 14ª Emenda foi uma reação à decisão em *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1857); c) a admissão de um imposto federal sobre a renda, advinda com a 16ª Emenda, deveu-se ao julgamento de *Pollock v. Farmer's Loan & Trust Co.*, 157 U. S. 429 (1895); d) a extensão do direito de voto em eleições estaduais e nacionais a todos que contassem com dezoito anos, introduzida pela 26ª Emenda foi motivada pelo caso *Oregon v. Mitchell*, 400 U. S. 112 (1970). V. Edward Conrad Smith, *The Constitution of the United States*, 1979, p. 16 e ss.

<sup>(51)</sup> A este propósito, assim manifestou-se Linares Quintana (*ob. cit.*, p. 123): “*Este precepto básico es propio de nuestra Constitución, no teniendo equivalente ni en términos siquiera aproximados, en la Ley Suprema de los Estados Unidos.*”

<sup>(52)</sup> V. Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade*, cit., p. 43.

<sup>(53)</sup> Dispõe o art. 18, 2, da Constituição Portuguesa: “lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.” Além dele, o art. 266, 2, impõe aos órgãos e agentes administrativos que atuem com justiça e imparcialidade no exercício de suas funções, e o art. 272, 2, que estabelece que as medidas de polícia não devem ser utilizadas para além do estritamente necessário.

*de de apreciação do mérito de tal providência pelo Poder Judiciário. Recurso conhecido e provido.*"<sup>(54)</sup>

É certo, porém, que ao longo da vigência da Constituição de 1967-69, ainda que de modo implícito e até mesmo *inconsciente*,<sup>(55)</sup> e sem menção expressa ao princípio, diversas decisões dos tribunais superiores reverenciaram a razoabilidade como parâmetro de validade de atos emanados do Poder Público. De fato, foi ela o grande vetor de decisões como: **a**) a que considerou inaceitável que delegado aprovado em concurso pudesse ser reprovado na prova de esforço físico (teste de Cooper), haja vista que são os agentes, e não o delegado, que de regra desempenham as missões;<sup>(56)</sup> **b**) a que considerou ensejadora de discriminação a reprovação, em entrevista pessoal, de candidatos à carreira diplomática já aprovados nas provas intelectuais;<sup>(57)</sup> **c**) a que também considerou inconciliável com o princípio do concurso público o chamado "julgamento de consciência", em que o candidato à magistratura podia ser excluído do certame com base em julgamento secreto sobre sua vida pública e privada.<sup>(58)</sup>

Todos estes precedentes se referem a atos administrativos. A possibilidade de controle de razoabilidade dos atos do Poder Legislativo também tem sido discutida no Brasil nas últimas décadas, ainda que incipientemente. A fórmula utilizada para sua aplicação foi a importação de figura tradicional originária do direito administrativo francês, identificada como *détournement de pouvoir*, isto é, o desvio ou excesso de poder. Convencionalmente aplicada no controle dos atos administrativos, o conceito teve seu alcance estendido para abrigo certos casos envolvendo atos legislativos. Há um interessante precedente na matéria, em decisão do Supremo Tribunal Federal, onde o Ministro **Orozimbo Nonato** firmou a tese de que:

*"O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do **détournement de pouvoir**. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como, também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado."*<sup>(59)</sup>

<sup>(54)</sup> RTJ 56/811 (1971), RE nº 70278-GB, Rel. Min. Aduacto Cardoso.

<sup>(55)</sup> Siqueira Castro, *ob. cit.*, p. 192.

<sup>(56)</sup> Remessa *ex officio* nº 110.873-DF, TFR, Rel. Min. **Washington Bolivar**, in DJU de 26.02.87.

<sup>(57)</sup> MS nº 101.898-DF, TFR, Rel. Min. Leitão Krieger, in DJU de 22.05.86.

<sup>(58)</sup> RTJ 122/1.130 (1987), RE nº 111.411-8-RJ, Rel. Min. **Carlos Madeira**.

<sup>(59)</sup> RF 145/164 (1953), RE 18331, Rel. Min. **Orozimbo Nonato**.

Já no regime da Carta de 1967-69, outra decisão da Suprema Corte, em linguagem ainda mais explícita, aplicou o princípio da razoabilidade como critério limitador das restrições de direitos. Na apreciação de questão relativa à liberdade de exercício profissional, deixou-se assentado:

*“Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.”<sup>(60)</sup>*

Em decisões posteriores, embora esporádicas, voltou-se a aplicar, ainda que sem maior desenvolvimento teórico, o princípio da razoabilidade. Foi o que se passou quando a Suprema Corte: **a)** considerou inválida a regra do Estatuto da OAB que estabelecia a incompatibilidade dos magistrados, membros do Ministério Público e de outras categorias de servidores para o exercício da advocacia, pelo prazo de dois anos a contar da aposentadoria ou da disponibilidade;<sup>(61)</sup> **b)** considerou inconstitucional lei do Estado do Rio de Janeiro que elevava despropositadamente os valores da taxa judiciária.<sup>(62)</sup>

Um dos poucos autores nacionais a dedicar alguma atenção ao tema do desvio de poder legislativo, **Caio Tácito** menciona decisões do Supremo Tribunal Federal que mantiveram a anulação de leis que consubstanciavam os chamados *testamentos políticos*. É que, na pior tradição nacional, não é incomum a edição de leis estaduais ao término de governos derrotados nas urnas, criando cargos públicos em número excessivo ou concedendo benefícios remuneratórios, comprometendo as finanças públicas e inviabilizando o novo governo. O abuso do poder legislativo, quando excepcionalmente caracterizado, *pelo exame dos motivos*, configura vício especial de inconstitucionalidade. Analisando o caso concreto, afirmou o ilustre publicista, em passagem lapidar:

*“A competência legislativa para criar cargos públicos visa ao interesse coletivo de eficiência e continuidade da administração. Sendo, em sua essência, uma faculdade discricionária, está, no entanto, vinculada à finalidade, que lhe é própria, não podendo ser exercida contra a conveniência geral da coletividade, com o propósito manifesto de favorecer determinado grupo político, ou tornar ingovernável o Estado, cuja administração passa, pelo voto popular, às mãos adversárias. Tal abandono ostensivo do fim a que se destina a atribuição constitucional configura autêntico desvio de poder (détournement de pou-*

<sup>(60)</sup> Rp. 930-DF, Rel. Min. **Rodrigues Alckmin**, in DJU de 2.09.77.

<sup>(61)</sup> RTJ 110/937 (1984), Rep. 1.054, Rel. Min. **Moreira Alves**.

<sup>(62)</sup> RTJ 112/34 (1985), Rep. 1.077, Rel. Min. **Moreira Alves**.

voir), colocando-se a competência legislativa a serviço de interesses partidários, em detrimento do legítimo interesse público.”<sup>(63)</sup>

Como se constata singelamente, a despeito de não haver merecido qualquer referência expressa nos textos constitucionais de 1946 e 1967-69, o princípio da razoabilidade foi utilizado, de forma explícita ou implícita, como fundamento para a declaração de inconstitucionalidade de atos do Poder Público, tanto administrativos quanto legislativos. Durante a maior parte dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, de que resultou a Constituição de 1988, o princípio da razoabilidade constou de diferentes projetos, inclusive do texto ao final aprovado pela Comissão de Sistematização. Ali se lia, no *caput* do art. 44:

*“A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade.”*

A redação final da Constituição de 1988, todavia, excluiu a menção ao princípio da razoabilidade. É certo, todavia, que se inscreveu, expressamente, no inciso LIV do art. 5º, a cláusula do *due process of law*, com a dicção seguinte:

*“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”*

Diante disto, abrem-se duas linhas de construção constitucional, uma e outra conducentes ao mesmo resultado: o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento. A primeira linha, mais inspirada na doutrina alemã, vislumbrará o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não-escrito. De outra parte, os que optarem pela influência norte-americana, pretenderão extraí-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal suspendeu, liminarmente, a vigência de lei do Estado do Paraná que determinava a pesagem dos bujões de gás, à vista do consumidor, no ato da venda. A imensa dificuldade material, quando não impossibilidade, de cumprimento da exigência, fez com que o Tribunal se pronun-

---

<sup>(63)</sup> **Caio Tácito**, “O Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais”, in RDA 188/1 (1992). Sobre o tema, veja-se, também, **Gilmar Ferreira Mendes**, *Controle de Constitucionalidade*, cit., onde se abre um tópico específico para o *excesso de poder legislativo* (p. 38 e ss).

ciasse, em medida cautelar, pela irrazoabilidade ou falta de proporcionalidade do ato legislativo. <sup>(64)</sup>

É bem de ver que o princípio da razoabilidade tem um campo de incidência bem mais vasto nos Países de Constituição sintética, onde sua aplicação criativa serve como mecanismo flexível para determinar a Constituição material de cada época. Nos Países de Constituição analítica, sua aplicação se reduz, sem, contudo, perder em relevância. Mesmo em um País como o Brasil, em que a Constituição é prolixa e casuística, há um amplo espaço de utilização do princípio da razoabilidade como instrumento de contenção do ímpeto arbitrário que, não infreqüentemente, estigmatiza a prática política brasileira.

---

<sup>(64)</sup> RDA 194/299 (1993), ADin nº 855-PR, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**. O acórdão é assim ementado: "Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §, 25, § 2º e 238, *além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos*: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida."

---

\* **Luís Roberto Barroso** é Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, *Master of Laws* pela *Yale Law School* e Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

## *Ação Civil Pública: instrumento para o controle das cláusulas contratuais abusivas \**

PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO \*\*

O Capítulo VI do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que trata da Proteção Contratual contém na Seção II - Das Cláusulas Abusivas - os seguintes dispositivos que interessam ao nosso estudo, *verbis*:

“Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

.....  
.....

§ 2º - A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 4º - É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer outra forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Da leitura destes artigos, tal como estão redigidos, tem-se a impressão de que a ação judicial neste campo destina-se, tão-somente, à declaração, no caso concreto, de nulidade da cláusula abusiva, procurando-se, sempre que possível, manter, no que sobrar, o contrato.

Todavia, outros dispositivos legais, fora do capítulo próprio da Proteção Contratual, indicam novos caminhos processuais para o controle das cláusulas abusivas, ou que no curso do tempo se tornaram abusivas.

Assim: **a)** o art. 6º, V, permite ação de modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, bem como a revisão daquelas que se tornaram excessivamente onerosas; **b)** o art. 35, I, autoriza o ingresso do consumidor em juízo para exigir o cumprimento de obrigação que tenha sido objeto de oferta, apresentação ou publicidade; **c)** o art. 48, permite a execução específica das declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e contratos relativos às relações de consumo.

Adite-se aos exemplos já mencionados a possibilidade de tutela judicial de cláusulas abusivas gerais dos contratos — chamados contratos de adesão —, como os que regulam planos de saúde, consórcio em geral, seguros, etc. Aqui o controle judicial é difuso e se encaixa na moldura ampla do art. 83, do CDC, *verbis*:

“Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar uma adequada e efetiva tutela.”

Seria um absoluto contra-senso admitir que o controle judicial somente poderia ocorrer no caso concreto — uma vez firmado o contrato — e não pudesse ser feito de forma difusa — controle geral — antes mesmo da respectiva celebração.

Veja-se, a título de exemplo, ação destinada à declaração de cláusula abusiva constante de contrato padrão para a venda de lotes integrantes de um grande loteamento. Será que se deveria aguardar a venda dos lotes para, a partir daí, ingressar com a ação competente? Evidente que não.

A defesa judicial de interesses e direitos dos consumidores em geral pode dar-se individualmente ou a título coletivo, como dispõe de forma clara o artigo 81 do CDC.

O nosso trabalho se restringe a examinar a defesa a título coletivo, via ação civil pública, e em especial o alcance deste instrumento processual como meio efetivo para alcançar as finalidades previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Agora, após a indicação resumida dos caminhos processuais adequados para o controle das cláusulas abusivas, ficam duas importantes indagações, que interessam ao tema em estudo, sem resposta: 1) quais os interesses em jogo que autorizam a utilização da ação civil pública como instrumento de controle de cláusulas contratuais abusivas? 2) é possível utilizar a ação civil pública como instrumento hábil para modificar ou rever cláusula contratual abusiva, obtendo, via sentença, nova cláusula adequada à proteção dos interesses em jogo?

Quanto à primeira indagação, cumpre destacar que a proteção dos direitos dos consumidores via ação civil pública somente será cabível nas hipóteses elencadas no art. 81, parágrafo único, n<sup>os</sup> I, II e III, do CPC, ou seja, no caso da existência de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos a resguardar.

A título de ilustração e exemplificativamente, a ação civil pública para a declaração de nulidade de cláusula constante de contrato de adesão se destina à proteção de direitos difusos de consumidores em geral, inclusive potenciais consumidores, enquanto aquela destinada à revisão de cláusula de reajuste de contrato celebrado somente no ano de 1994 se destina à proteção de direitos coletivos, ou seja, daqueles consumidores que celebraram o contrato no ano de 1994, todos, portanto, integrantes daquela relação jurídica base. Finalmente, estaremos no campo dos direitos individuais homogêneos, na medida em que a ação civil pública se destine à condenação genérica da empresa contratante, ao ressarcimento dos prejuízos indivi-

dualmente causados a cada consumidor contratante por pagamentos a maior nas prestações devidas. Aqui o direito é divisível, cada consumidor tem o seu próprio prejuízo, individualmente considerado.

Não se pretende aqui examinar a natureza e o conceito de cada um destes interesses, mas sim discutir um aspecto que tem particular relevância no nosso trabalho, qual seja: como caracterizar o interesse individual homogêneo, de sorte a permitir a sua defesa pelo Ministério Público, via ação civil pública?

O direito individual homogêneo, tal como definido no Código do Consumidor, estará caracterizado na medida em que: **a)** exista número determinado de pessoas, cada uma com a sua pretensão individual, resultante de uma situação fática comum a todos e que tipifica o direito violado; **b)** que estes interesses individuais agrupados tenham uma dimensão social, que a sua resolução coletiva possa consubstanciar-se em interesse público.

O importante não é a existência, por si só, de um número muito grande de interessados, mas sim a dimensão social que a hipótese suscita. Assim, em uma pequena comarca ou distrito com cerca de 100 habitantes, seria possível imaginar a repercussão, naquela comunidade, que um contrato com cláusula abusiva celebrado com 20 moradores acarretaria. Neste caso, a dimensão social do conflito ensejaria ação civil pública.

Passamos agora a examinar a segunda indagação, ou seja: é possível ação coletiva para declarar a nulidade de cláusula contratual abusiva e ao mesmo tempo modificá-la e substituí-la por outra, de sorte a manter o contrato íntegro? Tem o Juiz este poder?

Inicialmente, cumpre consignar que, no campo das relações de consumo, o legislador erigiu como meta e linha básica o princípio da conservação do contrato — lembre-se do texto do § 2º, do artigo 51, transcrito no início deste trabalho, e ainda, do artigo 6º, V, mencionado anteriormente.

Aqui não prevalece, em sua inteireza, o princípio milenar consubstanciado no brocardo *pacta sunt servanda*. O legislador aqui optou, como prioridade, pelo princípio da integração, “salvo se decorrer ônus excessivo a qualquer das partes” (§ 2º, artigo 51, *fine*).

Assim, neste campo, a meta é a de salvar o contrato, priorizando, se possível, a proteção do consumidor.

Não seria razoável que a possibilidade de integração, ou melhor, a conservação do contrato, após a retirada da cláusula nula, decorresse tão-somente da idoneidade do texto restante de se manter como contrato. Enfim, nesta linha, a integração somente se faria, se possível, com as cláusulas já existentes, sem modificações ou inserções. Seria uma questão de simples leitura.

É evidente que a lei ao falar de “esforços para integração” não se limita a aceitar a manutenção do contrato tal como redigido sem a cláusula declarada nula;

antes, ela incentiva a modificação da cláusula abusiva ou até mesmo a sua substituição por outra, se necessário, para manter vivo o contrato, desde que ele não apresente ônus excessivo para qualquer das partes.

Aliás, o CDC já permite, de forma expressa, no campo econômico, a modificação ou mesmo a revisão judicial do contrato em casos de prestações desproporcionais (instituto da lesão) ou que venham a se tornar excessivamente onerosas, como já examinado (artigo 6º, V).

E por que não aceitar a integração em outro campo que não o exclusivamente econômico, visando sempre alcançar o princípio da conservação do contrato, através “de ação capaz de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (artigo 83).

O artigo 48, do Código de Defesa do Consumidor, já examinado — que permite a execução específica das declarações de vontade constante de escritos particulares — abre campo para admitir a possibilidade de o Juiz concluir através da sentença um contrato, estipulando novas regras, novas cláusulas. Imagine-se, a título de exemplo, que uma quantidade imensa de consumidores seja detentora de recibos preliminares, chamados pelo fornecedor de provisórios, para uma possível entrega de determinada mercadoria, sem qualquer estipulação de prazo para tal, condição de garantia, etc. Nesta hipótese, através da ação civil pública, o Juiz, para possibilitar a efetividade de seu pronunciamento, deveria, necessariamente, regular através da sentença situações não constantes do recibo, criando cláusulas de prazo, garantia, etc.

Enfim, a sentença valeria como o próprio contrato definitivo, regulando todas as situações necessárias a permitir, na prática, a execução específica.

Não existe nenhuma novidade em permitir que o Juiz crie ou modifique cláusula contratual. Veja-se, a propósito: ação renovatória de contrato de locação; ação de regulamentação de visitas; ações coletivas na Justiça do Trabalho. Nestas últimas, a sentença coletiva substitui o contrato coletivo, ou cumpre a função dele.

Nunca se discutiu, no campo trabalhista, se o Juiz poderia ou não criar ou modificar cláusulas contratuais, por uma razão muito simples: a priorização da existência ou da manutenção de relações coletivas de trabalho, a proteção do trabalhador aqui, da relação de emprego, e lá a proteção do consumidor, da relação de consumo. Tanto um como outro interesse em jogo permitem, por opção do legislador, atividade judicial substitutiva em determinadas situações que, em regra, estariam ao abrigo única e exclusivamente dos interesses dos particulares.

Assim, na medida em que temos o interesse de uma coletividade, determinada ou indeterminada, seja via relação de consumo ou de trabalho, surge o interesse público da sociedade, do Estado revestido desta condição, em fornecer meios processuais adequados a possibilitar que estas relações sejam preservadas e não substituídas por eventuais prêmios de consolação, resultante de eventuais indenizações.

Importante agora passar a indagar quais são os limites conferidos ao Juiz para

esta integração; de que elemento, de que fontes, ele deve se valer para a integração e em que situações ela é permitida.

A integração do contrato com a modificação de cláusula abusiva ou criação de uma nova em substituição pode ocorrer com base em texto legal específico que regula aquela situação, ou, na falta dele, através da aplicação pelo Juiz de regras de experiência comum ou mesmo de regras de experiência técnica (*vide* artigo 333, do CPC).

No primeiro caso, não cabe ao Juiz inovar, ou seja, a sua atuação fica restrita a modificar ou criar cláusula nova nos limites da previsão legal. Exemplo destas hipóteses: **a)** limitação de juros a 1% ao mês; **b)** a responsabilidade solidária de empresas consorciadas pelas obrigações decorrentes do CDC (artigo 28, § 3º); **c)** o direito do consumidor à cláusula resolutória, desde que alternativa, em contrato de adesão (artigo 54, § 2º); **d)** direito à redução da cláusula penal até o limite de 2% (artigo 52, § 1º, com a redação da L. 9.298/96).

Em qualquer dessas hipóteses o Juiz não se limitará à declaração de nulidade de cláusula abusiva, antes promoverá a sua modificação ou a revisão do contrato, se for o caso, para inserir a cláusula. Assim, se a cláusula penal fosse de 50%, incidente sobre determinado valor, o Juiz modificaria a mesma, reduzindo-a para 2%, seja em benefício do consumidor ou do fornecedor.

No segundo caso, o Juiz através das regras de experiência comum ou de experiências demonstradas, seja pela observação do que ocorre naquele meio social, seja por estudos técnico-científicos, ou mesmo de perícia, procede à integração, modificando cláusula ou criando outra de sorte a manter válido o contrato celebrado.

Nesta linha, e tendo sempre em mente que a integração não pode causar ônus excessivos a nenhuma das partes, vejamos alguns exemplos da aplicação de regras de experiência:

**a)** a experiência resultante de estudos científicos que indicam a necessidade de substituição de determinada peça, especificada em centenas de contratos celebrados para a entrega futura de matéria, por outra. Aqui a ação se destinaria a condenar o fornecedor a substituir a peça, modificando, portanto, a especificação técnica, contratualmente prevista;

**b)** a regra de experiência comum de que o Índice de Preços ao Consumidor - IPC seria meio hábil a regular, em época de surto-inflacionário, o equilíbrio das prestações devidas. Aqui a ação se destinaria à declaração de nulidade de cláusula abusiva que permite ao fornecedor escolher a forma de correção que melhor atenda aos seus interesses e, ao mesmo tempo, inserir nova estipulação, via sentença, não constante do contrato, mas necessária a manter o seu equilíbrio e, portanto, a sua própria validade;

**c)** contrato de adesão para a entrega de determinado livro, via correio, sem a fixação de prazo para a entrega. Aqui a ação civil pública se destinaria a fixar —

com base na regra de experiência comum de que no Rio de Janeiro a entrega de livros, via correio, não demora mais de que 10 dias — prazo para o cumprimento da obrigação.

Enfim, as regras de experiências aqui servem para adequar os contratos de consumo àqueles princípios insculpidos como prioritários pelo Código do Consumidor: o da boa-fé; da igualdade nas contratações; da proteção do consumidor contra cláusulas iníquas e abusivas”, tendo como meta, sempre que possível, a conservação do contrato.

Para encerrar, e em abono à tese sustentada, normalmente a manutenção do contrato interessa aos próprios consumidores, coletivamente considerados. É comum que o consumidor prefira a manutenção da cláusula abusiva à rescisão do contrato, por impossibilidade de integração. No exemplo anteriormente formulado do correio, não fosse possível ao Juiz, ao mesmo tempo em que declarasse nula a cláusula que permitia a entrega do livro a qualquer tempo, criar outra fixando prazo, o contrato original não subsistiria como tal, pois ele nada disporia quanto às condições de entrega do bem.

Ficam estas linhas como ponto de partida para a discussão desta possibilidade de integração via Judiciário.

---

\* Palestra proferida no IX Curso **Brasilcon de Direito do Consumidor** — “Contratos de consumo - perspectivas para uma nova dogmática”, realizado no Campus da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 26/09/96.

\*\* **Paulo Cezar Pinheiro Carneiro** é Professor de Teoria Geral do Processo na Universidade do Estado do Rio de Janeiro -UERJ.

---

## *Interesse e legitimidade para recorrer no Processo Penal*

PAULO RANGEL \*

**Sumário:** 1. Conceito. 2. Fundamento. 3. Natureza jurídica do recurso. 4. Pressupostos lógico e fundamental. 5. Sucumbência. 6. O Ministério Público e o recurso a favor do restabelecimento da ordem jurídica violada. 7. Juízo de admissibilidade dos recursos. 8. Recurso de Ofício e a CRFB de 1988. 9. Conclusão.

### *1. Conceito*

A palavra recurso, segundo a Etimologia, deriva do latim *recursus* que significa corrida de volta, caminho para voltar, voltar correndo. Do ponto de vista jurídico-processual, significa um remédio, com assento constitucional, visando ao reexame de uma decisão por um órgão superior ou pelo próprio órgão que proferiu a decisão impugnada seja ele administrativo seja jurisdicional. No caso objeto deste estudo trataremos do recurso na via jurisdicional.

As Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo conceituam recurso como sendo *um meio voluntário de impugnação de decisão, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, apto a propiciar ao recorrente resultado mais vantajoso, decorrente da reforma, da invalidação, do esclarecimento ou da integração da decisão.*

Assim, sempre que o interessado puder insistir no reexame da decisão seja por um órgão superior ou pelo próprio órgão que prolatou a decisão haverá recurso no sentido estrito da palavra.

De regra, a interposição de um recurso pressupõe a duplicidade de instâncias, ou seja, uma inferior (que prolatou a decisão) e outra superior (revisora da decisão impugnada). A primeira chamada de juízo *a quo* e a segunda de juízo *ad quem*.

### *2. Fundamento*

A falibilidade humana é o principal argumento para se justificar a existência do recurso. Os juízes, pessoas humanas que são, não estão longe de cometerem erros. São falíveis como toda e qualquer pessoa normal. Assim, sabendo-se de que uma decisão poderá acarretar graves prejuízos a qualquer uma das partes e, ainda, tornar-se imutável, é que se estabelece a possibilidade de se reexaminar uma decisão.

De regra, o recurso, como dissemos, é levado ao conhecimento de uma instância superior que, verificando o erro cometido, poderá reformar a decisão impugnada.

Assim, torna-se o recurso uma necessidade psicológica de levar a decisão à apreciação de pessoas mais experientes e de maior conhecimento jurídico.

### 3. *Natureza jurídica*

Dar a natureza jurídica de um instituto ou de qualquer outra categoria dentro do Direito é tarefa das mais difíceis para os estudiosos da ciência jurídica. Muitos confundem conceito com natureza jurídica. Natureza jurídica é o perfeito enquadramento no sistema do Direito. É a posição do instituto ou da relação no sistema jurídico que lhe é próprio localizando-o de modo perfeito, no âmbito do Direito a que pertence esse instituto.

A questão se resume em saber se o recurso é: **a)** um desdobramento do direito de ação que vinha sendo exercido até a decisão proferida; **b)** uma ação nova dentro do mesmo processo ou; **c)** qualquer meio destinado a obter a reforma de uma decisão.

Os partidários da primeira corrente entendem que na realidade o que se dá com a interposição de um recurso é um desdobramento do direito de ação, ou seja, dentro do mesmo processo haverá um outro procedimento em fase recursal. A relação processual forma-se com o ingresso do autor em juízo e quando do recurso tal situação já existe, pois se nova ação houvesse, esbarraríamos na litispendência. Assim, para os partidários desta corrente, não há nova ação, pois a relação processual já existe e apenas é prolongada.

A segunda corrente recebe em seu favor os argumentos de que o autor do recurso pode não ser o autor da ação, invertendo-se as posições no Processo e de que a ação tem como base um fato anterior e exterior ao processo, enquanto que o recurso tem como base a sentença, um ato processual. Assim, para eles as pretensões são diversas: na ação, o direito com base num fato; no recurso, com fundamento numa sentença que se ataca.

A terceira corrente vê no recurso um meio hábil e eficaz de se reformar a sentença. Para ela todo e qualquer meio capaz de propiciar a reforma de uma decisão é um recurso.

Neste caso a própria Revisão Criminal seria um recurso e, no cível, a Ação Rescisória. Discordamos desta colocação.

#### *Nossa posição*

A primeira. Entendemos que a natureza jurídica do recurso é ser ele um novo procedimento dentro da mesma relação jurídica processual, porém, agora, em fase recursal. Não há novo Processo, pois não confundimos este com procedimento. Mas,

sim, um prolongamento da instância com o exercício ao duplo grau de jurisdição.

#### 4. *Pressupostos lógico e fundamental*

A interposição de um recurso pressupõe (logicamente) uma decisão que nos crie a necessidade de buscarmos frente ao órgão superior (ou, repetimos, o próprio órgão que prolatou a decisão) sua reforma.

Assim, consideramos como pressuposto lógico de todo e qualquer recurso uma decisão para que possamos impugná-la.

#### 5. *Sucumbência*

O pressuposto fundamental, segundo a doutrina de *Tourinho Filho*, é a sucumbência, ou seja, a desconformidade entre o que se pediu e o que foi concedido. Assim, para o renomado mestre, não há possibilidade de se interpor um recurso sem que haja sucumbência. Para nós a questão não deve ser enfocada desta forma, mas, sim, à luz do interesse em recorrer que é um requisito intrínseco do juízo de admissibilidade. A sucumbência poderá existir ou não, porém o interesse estará sempre presente se o recurso for o único meio útil e necessário de se restabelecer a ordem jurídica violada. O Estado ao assumir o monopólio da Justiça chamou para si o dever de prestar a tutela jurisdicional não podendo deixar de conhecer uma lesão ou ameaça de lesão ao direito.

Assim, a sucumbência faz surgir o interesse em recorrer, porém, não é a única que lhe dá origem.

#### 6. *O Ministério Público e o recurso a favor do restabelecimento da ordem jurídica violada*

A Constituição da República Federativa do Brasil alçou o Ministério Público ao patamar de instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado dando-lhe como objetivo institucional a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*).

Assim, mister se faz definirmos a expressão Ordem Jurídica para que possamos entender sobre o que deve recair a atuação do Ministério Público. Diz o *Vocabulário Prático de Tecnologia Jurídica e de Brocardos Latinos* de *Iedo Batista Neves*:

*“Ordem Jurídica* - Diz-se do conjunto de normas obrigatórias, por meio das quais o Estado regula e protege as relações de direito, os interesses e os deveres entre si e os cidadãos, e entre estes reciprocamente, e assegura o livre exercício e respeito de todos os direitos em benefício da ordem e do equilíbrio sociais.”

Desta forma, o Ministério Público deverá atuar sempre que houver uma violação deste conjunto de normas obrigatórias criadas pelo Estado-legislador protetoras

dos interesses, quer no âmbito individual quer no âmbito coletivo. Ou seja, após a CRFB, o Ministério Público não pode estar de fora de todo e qualquer processo judicial, seja ele penal ou cível.

A atuação do Ministério Público com a Constituição de 88 sofre assim uma ampliação fazendo recair sobre toda e qualquer lesão ou ameaça a direito. Entendemos, inclusive, que nos procedimentos administrativo-disciplinares, ou seja, aqueles instaurados para apurarem falta disciplinar de funcionários públicos, deveria haver intervenção do Ministério Público, já que é assegurado o contraditório e a ampla defesa nos termos do art. 5º inc. LV da CRFB e estes são direitos individuais indisponíveis, como acentua o art. 127 do mesmo diploma legal magno. Desta forma, estaríamos assegurando aos litigantes em procedimentos administrativos o Devido Processo Legal.

Assim, havendo condenação do réu no processo penal e esta sendo fruto de um *error in procedendo* ou de um *error in iudicando* haverá violação da ordem jurídica, seja no âmbito processual seja no âmbito do direito material, legitimando o Ministério Público a recorrer mesmo com sentença condenatória, pedido este feito em sua petição inicial penal.

Não há que se confundir recurso a favor do réu e recurso a favor do restabelecimento da ordem jurídica violada, pois o Ministério Público não é advogado do réu e sim defensor da ordem jurídica violada.

A doutrina coloca a questão como se o recurso fosse interposto para beneficiar o réu quando na realidade o benefício é consequência do recurso interposto.

O próprio fundamento de que o Ministério Público tem legitimidade para impetrar *Habeas Corpus* (Art. 654 do CPP) serve para legitimá-lo a recorrer trazendo como consequência qualquer benefício ao réu (seja aplicação de sanção de nulidade ao processo no todo ou em parte ou até mesmo absolvição), porém, com fundamento na CRFB.

Autores dos mais renomados interpretam esta atuação do Ministério Público como sendo contraditória de sua atuação no Processo Penal. Vozes autorizadas assim se manifestam:

***Frederico Marques:***

*“Ao Ministério Público falta legítimo interesse em recorrer a favor do réu. Não pode ele, portanto, interpor apelação, ou recurso em sentido estrito, para pleitear, do juízo ad quem a absolvição do acusado.” (Elementos de Direito Processual Penal, vol. 4, pág. 207.)*

Não obstante tratar-se de opinião de um dos mais ilustrados mestres, ousamos divergir.

O Ministério Público pelo próprio Código de Processo Penal deve exercer e promover a correta execução da lei, onde se conclui que é incompatível com sua

postura legal a inércia diante de uma decisão prejudicial ao réu.

Assim, todas as vezes que o recurso for o único meio útil e necessário para se restabelecer a ordem jurídica violada, *deve* o Ministério Público recorrer para restabelecer esta ordem, trazendo, como consequência ou não, benefícios ao réu.

## 7. *Juízo de admissibilidade dos recursos*

Chama-se Juízo de admissibilidade dos recursos àquele em que se declara a presença ou a ausência dos requisitos necessários para apreciação da pretensão do recorrente. Havendo os requisitos exigidos por lei para apreciação do *petitum* recursal, o órgão julgador (*a quo ou ad quem*) *conhece* do recurso, porém, em caso negativo, *não conhece do recurso*.

A admissibilidade de um recurso é sempre preliminar de mérito, pois a apreciação deste fica sempre excluída quando ausente aquela.

Os requisitos de admissibilidade são chamados de: requisitos extrínsecos e requisitos intrínsecos.

### 7.1. *Requisitos extrínsecos são: a) tempestividade; b) cabimento e; c) regularidade formal*

a) *Da tempestividade*: os recursos devem ser interpostos no prazo previsto em lei, sob pena de ser ele intempestivo.

b) *Do cabimento*: na realidade trata-se de verificar se daquela decisão impugnada a lei admite recurso, ou seja, há previsão em lei admitindo recurso desta decisão? perguntará o intérprete. Não. Responderá o legislador. Então este *recurso* não pode ser conhecido por ausência de um de seus requisitos extrínsecos. Exemplo é a decisão que não admite o assistente de acusação (art. 273 do CPP).

c) *Regularidade formal*: a lei em alguns casos exige para a interposição de um recurso algumas formalidades, tais como: razões recursais, i.e., motivação dos recursos; o preparo; exigência de se recolher à prisão para apelar (para alguns inconstitucional) enfim ... toda sorte de exigência legal a fim de viabilizar o direito ao duplo grau de jurisdição.

### 7.2. *Requisitos intrínsecos são: a) legitimidade e; b) interesse*

a) *Legitimidade* é a pertinência subjetiva dos recursos, ou seja, somente se admitirá recurso da parte que tenha interesse na reforma ou modificação da decisão. Este interesse, como já vimos, poderá estar motivado pela sucumbência ou não. Esta definição mais a natureza jurídica do recurso nos mostra claramente que o chamado recurso de ofício não é propriamente um recurso, mas, sim, uma *condição de eficácia da decisão*.

b) *Interesse* é o binômio utilidade + necessidade, ou seja, sempre que o recurso for o único meio útil e necessário para se restabelecer a ordem jurídica violada haverá interesse na reforma da decisão. Haja ou não sucumbência.

A questão do interesse faz surgir diversas situações no Processo Penal.

**b1)** Há interesse do réu em recorrer de uma sentença absolutória no Processo Penal?

Depende. Se o fundamento da decisão absolutória for a inexistência material do fato ou negativa de autoria, entendemos que não. Porém, *se o fundamento for não constituir o fato infração penal*, aí sim entendemos haver interesse na reforma ou modificação da decisão, pois o fato pode não ser um ilícito penal, mas ser um ilícito civil e o réu ter que ressarcir os prejuízos sofridos pela vítima no cível.

Se o réu for absolvido por legítima defesa putativa, haverá também interesse em recorrer a fim de solicitar ao órgão superior que reconheça a legítima defesa real impedindo, assim, a vítima de ir para o cível e acioná-lo.

**b2)** Pode o Ministério Público recorrer de uma sentença condenatória proferida em uma ação penal de iniciativa exclusivamente privada?

Não obstante funcionar como *custos legis*, não vemos incompatibilidade entre esta função e o interesse em recorrer de uma sentença que poderá estar eivada de vícios ou proferida em desacordo com o direito material deduzido em juízo. A condenação poderá ter sido proferida com *error in procedendo* ou *error in iudicando*, e, portanto, ser violadora da ordem jurídica.

A CRFB em seu art. 127, *caput*, dá o real significado da ação do M.P.

**b3)** Pode o Ministério Público recorrer de uma sentença absolutória proferida na ação penal de iniciativa exclusivamente privada?

Não. A legitimação para agir foi transferida para o particular e, este, deixando de interpor o competente recurso, dispôs sobre o conteúdo material do processo. O Princípio reitor nesta Ação penal é o da disponibilidade.

A parte autora pode dispor do conteúdo material do Processo a qualquer momento. Neste caso não há contradição com a posição anterior, pois lá houve uma condenação injusta e aqui uma absolvição que, se for injusta, também o querelante deve recorrer porque é o titular do direito de ação.

Assim, pode o Ministério Público recorrer de uma sentença condenatória injusta na ação penal de iniciativa exclusivamente privada, mas não pode fazê-lo de uma sentença absolutória no mesmo tipo de ação.

**b4)** Há interesse do réu em recorrer de uma Sentença concessiva do Perdão Judicial?

Entendemos que sim, pois a natureza jurídica desta sentença, segundo já decidido pelo STJ (*Súmula 18*) é meramente declaratória da extinção da punibilidade. Assim, pode ter o réu interesse de provar sua inocência, agora, reconhecida pelo Tribunal. Se perdoado for, poderá o réu provar que o fato que lhe imputaram não é típico (art. 1º do CP), ou não é lícito (art. 23 do CP), enfim ... vários são os funda-

mentos de seu recurso e, conseqüentemente, seu interesse em recorrer.

**b5)** Há interesse do assistente de acusação em recorrer de uma sentença condenatória?

A questão só pode ser resolvida depois de darmos a natureza jurídica da função desenvolvida pelo assistente no processo penal. Parte da doutrina entende que sua função é de mero assistente da acusação e, neste caso, poderá recorrer mesmo de uma sentença condenatória, pois o *quantum* da sentença poderá não satisfazê-lo. Porém, outra parte da doutrina é de entendimento de que a função do assistente é de se ressarcir dos prejuízos sofridos pela prática da infração penal. Assim, uma vez condenado o réu, o assistente já teria em suas mãos um *título executivo judicial* autorizador da propositura de uma execução civil, não importando o *quantum* da pena.

Nesta segunda posição doutrinária não haveria interesse para o réu em recorrer de uma sentença condenatória, pois não importa a quanto foi condenado o réu, mas, sim, a simples condenação.

A questão sofre outra análise se considerarmos não o interesse, mas, sim, a legitimidade do assistente frente a *CRFB*.

Há quem entenda (Prof. *Sergio Demoro*) que a figura do assistente está revogada pela nova ordem constitucional, não havendo mais *legitimidade* do assistente em recorrer de uma sentença, seja ela condenatória ou absolutória. Neste caso, a questão seria resolvida pela *ilegitimidade* do assistente e não por falta de interesse.

Neste caso, segundo entende o excelentíssimo Procurador de Justiça acima citado, havendo recurso supletivo do ofendido, haveria *promoção* da ação penal pública pelo mesmo em flagrante afronta ao art. 129, inc. I da *CRFB*, conduta esta privativa do Ministério Público. Assim, revogado está (para o renomado Prof. *Sergio Demoro Hamilton*) o art. 598 do CPP.

## 8. Recurso de ofício e a *CRFB* de 1988

Alguns autores, ao analisarem a privatividade da ação penal pelo Ministério Público, entendem que revogado está o recurso de ofício. Dizem estes autores que o recurso de ofício é forma de promover a ação penal e esta é privativa do Ministério Público. Pois, com o sistema acusatório implantado pela *CRFB*, banido está de uma vez por toda o sistema inquisitivo da sistemática jurídico-processual atual.

O Prof. *Julio Fabbrini Mirabete* é do entendimento oposto, afirmando que a hipótese refere-se à iniciativa da ação penal pública e não ao duplo grau de jurisdição, pois a natureza jurídica do recurso de ofício é de ser ele uma *condição de eficácia da decisão*.

Estamos com o Prof. *Mirabete*. O chamado recurso de ofício, na realidade, como deixamos claro mais acima, não é propriamente um recurso, pois este pressupõe: **a) interesse**. Qual o interesse do Juiz na reforma de sua própria decisão? Ne-

num; **b) partes**. O Juiz é um sujeito processual e não parte no processo. Assim o recurso de ofício jamais passaria pelo juízo de admissibilidade.

## 9. Conclusão

De todo o exposto, há que se concluir que interesse em recorrer existe independentemente de existir sucumbência. Esta pode haver ou não, mas, sempre haverá interesse se o recurso for o único meio *útil e necessário* de se restabelecer a ordem jurídica violada.

O Ministério Público, segundo as normas constitucionais em vigor, tem interesse em recorrer seja para pleitear condenação do réu ou majoração de sua pena e, ainda, para trazer ao mesmo qualquer benefício, pois gravame ou benefício ao réu será mera consequência de sua atuação que, entendemos, é constitucional.

Assim, não há como ainda continuarmos dando ao Ministério Público somente a atuação prevista no art. 257 do *CPP* ou no art. 82 do *CPC*, desconsiderando ou deixando de dar o real significado à redação do art. 127, *caput* da *CRFB*.

---

\* **Paulo Rangel** é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro; Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito Cândido Mendes e do CEPAD; Mestrando da Universidade Gama Filho.

---

## BIBLIOGRAFIA

- 1) **Aranha**, Adalberto José Q. T. de Camargo, *Dos Recursos no Processo Penal* - Ed. Saraiva.
- 2) **Grinover**, Ada Pellegrini, *Nulidades no Processo Penal* - Ed. Malheiros.
- 3) **Jardim**, Afranio Silva, *Direito Processual Penal - Estudos e Pareceres* - Ed. Forense.
- 4) **Marques**, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal* - Ed. Forense.
- 5) **Moreira**, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil* - vol. V, Ed. Forense.
- 6) **Tornaghi**, Hélio Bastos, *Curso de Processo Penal* - Ed. Saraiva.

## *O novo regime jurídico da união estável. A ab-rogação da Lei n° 8971/94 pela Lei n° 9278/96*

PAULO ROBERTO DE AZEVEDO FREITAS \*

Cedendo ao império das transformações sociais que acarretam a chamada “crise da família” (de resto, mais aparente do que real), o legislador constitucional de 88 introduziu no mundo jurídico a figura da “união estável”, qualificando-a como entidade familiar, *a latere* do casamento (art. 226, § 3°).

Somente seis anos após, visto terem os Pretórios entendido, maciçamente, que tal dispositivo, evidentemente, carecia de regulamentação, editou-se a Lei n° 8971/94, que regulou alguns aspectos do instituto.

Recentemente, sobreveio a Lei n° 9.278/96, a qual vem provocando, ao regular integralmente a matéria, dúvidas no seio da comunidade jurídica, impregnada do sentimento de continuidade do Direito.

A esse respeito, permito-me suscitar alguns pontos.

1) A união estável é figura constitucional, desenvolvida em suas linhas gerais, porém, intangíveis, pelo art. 226 e seu parágrafo terceiro: “... é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

2) A primeira (8.971/94), publicada em dezembro de 1994, deixou perplexo o mundo jurídico nacional que esperava o advento de um diploma que institucionalizasse organicamente a união estável. Entretanto, vestiu-se do nome “companheira”, a sugerir que se tratasse de um *tertium genus*, entre a união estável e o casamento e, assim, tentando esgueirar-se por brechas que o sistema jurídico não apresentava, pois a união estável está consagrada pela Constituição de 1988 e o texto maior não permite um terceiro gênero, quando balizou no art. 226 e seus parágrafos o matrimônio, a união estável e sua conversão em casamento.

3) A união estável é uma relação jurídica complexa, com o vigor de ser uma verdadeira instituição jurídica, que teria de ter, necessariamente, elementos de existência, elementos de conteúdo (direitos e deveres, à semelhança do casamento, um patrimônio, seus elementos formadores e os acervos que o compõem); regras sobre a administração da sociedade dos conviventes; normas sobre os direitos e deveres pessoais, morais e patrimoniais, elementos de extinção e o destino do seu patrimô-

nio, a título de sucessão hereditária. Até sobre competência para a matéria “união estável”, a Lei 9278/96, art. 9º, trouxe regramento de duvidosa constitucionalidade.

4) O que é uma instituição jurídica?

“É o conjunto de disposições de Direito, relativas às relações jurídicas em abstrato, de determinada classe” (Ludwig Enneccerus). P. ex.: a sucessão legítima, a locação residencial urbana, o pátrio poder, a tutela, a curatela, a adoção, a compra e venda e assim por diante. “É o conjunto de disposições jurídicas ligadas por afinidade, por integrarem o mesmo mecanismo jurídico ou a mesma função jurídica”, ensina **Orlando Gomes**.

5) Também o é o casamento. E passou a sê-lo a união estável, que absorveu, para o seu bojo, tanto o concubinato, em seu conceito moderno, quanto a figura da companheira, a não amásia, a não barregã, que o Supremo Tribunal Federal forjou no RE 83930 (Min. **Antônio Neder**), prestigiada no Superior Tribunal de Justiça (v. R. Esp. 198-89) e que ganhara um impulso elevado a partir de acórdãos do então Des. **Menezes Direito** no TJRJ, hoje Ministro daquela Alta Corte.

6) O que nos ofereceu a Lei 8.971/94 foi uma aberração jurídica. Utilizou-se da expressão companheiro-companheira - no lugar de união estável, e pretendeu atribuir-lhe efeitos jurídicos iguais ou maiores que os do casamento, quando o sistema jurídico não dispunha mais de espaço para qualquer outra relação jurídica de “homem-mulher” - de convivência e índole familiar - diante dos quadros traçados pela Constituição Federal de 1988, que institucionalizaram a união estável abaixo do casamento, mas neste se podendo converter.

7) **Arnoldo Wald** demonstra em seu trabalho “Novos aspectos da união ilegítima” (RF, vol. 319, págs. 15/21) que a união estável não pode ser igualada ao casamento civil, trazendo à colação a imagem de **Plínio Barreto**, *apud* **Washington de Barros Monteiro**, de uma luta contínua entre o casamento e o concubinato (hoje união estável), ensaiando este “os mais variados meios de ação para reduzir o domínio daquele (o matrimônio). Ora, quanto mais o concubinato puxa a coberta para si, mais desnudado fica o matrimônio”. Destaca que, prevendo a Constituição que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, tornou clara a distinção entre as duas espécies, além de realçar a supremacia deste instituto. E arremata:

“Resulta, de tudo, que lei ordinária deverá precisar a expressão “união estável”, estabelecendo as condições para sua constituição, seu tempo de duração e seus efeitos, mas ainda que assim feito, ela não deverá ser equiparada ao matrimônio legalmente constituído, embora produzindo importantes efeitos jurídicos.”

8) João Baptista Villela, Prof. titular da UFMG, em estudo profundo da Lei 8971/94 no “Repertório IOB de Jurisprudência”, nº 7/95, pág. 113, analisando a Lei 8971/94 em face da Constituição, bem concluiu que “ofende a Constituição situar a união estável em posição mais vantajosa que a do casamento”. Ora, os companheiros têm direitos sucessórios iguais aos das pessoas casadas e até maiores, quando o regime

for o da comunhão universal. É o que resulta da comparação entre os arts. 1611, § 1º do Código Civil e o art. 2º, I e II da Lei 8.971/94. No casamento, o viúvo só terá usufruto sobre uma parte dos bens (se forem casados em regime diverso da comunhão universal), enquanto o companheiro terá o mesmo direito independentemente de qualquer regime.

9) A Lei 9.278/96 surge após um ano e cinco meses de controvertida existência da Lei 8.971/94, para, declaradamente, regular o parágrafo terceiro do art. 226 da Constituição Federal de 1988.

10) Os termos da ementa da Lei 9278/96 desenganadamente lhe dão o caráter de “lei regulamentadora da união estável.”

11) Ora, se esta é a lei reguladora integral do instituto, não se pode entender que ela deixou qualquer espaço para sobrevivência da esdrúxula Lei 8.971/94, nem em matéria de efeitos sucessórios. Conseqüentemente, ocorreu uma ab-rogação com fulcro na LICC, art. 2º, § 1º, última parte, eis que “regula inteiramente a matéria”. Confira-se:

“LICC, art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou **quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.**”

12) **Oscar Tenório**, apoiado em **Ferrara**, salienta que “ao preceituar em nova lei a matéria anterior, infere-se a vontade do legislador de liquidar o passado, criando um completo e autônomo sistema de princípios.”

E reforça, dizendo:

“A parte final do parágrafo primeiro do artigo 2º enumera o terceiro modo de modificação ou revogação - quando a lei posterior regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Parte este critério da suposição de que o legislador, ao dispor sobre toda a matéria, tem em vista outros princípios cardiais.

..... E comenta propondo uma questão e lhe dando cabal resposta: Que se entende pela expressão - regular inteiramente a matéria? Em sentido literal corresponde a dispor de maneira global, no mesmo texto, de matéria até então regulada por outra lei. Na hermenêutica jurídica não significa dispor diferentemente. A lei posterior pode respeitar disposições existentes na anterior. Nem por isto, ao menos do ponto de vista formal, elas continuam em vigor. Se o princípio da norma anterior coincide, mesmo na letra com a norma posterior, pouco importa. Revogada estará a lei anterior. Basta que a lei posterior disponha totalmente sobre a matéria.” (**Oscar Tenório**, *Lei de Introdução ao C. C. Brasileiro*, ed. de 1955, págs. 50 e 53/54).

13) O insigne **Eduardo Espínola**, distinguindo o fenômeno da incompatibilidade do fenômeno da *regulação integral* da matéria, assevera justificadamente que quando a lei nova regula inteiramente a matéria, não há que se perquirir compatibilidades ou incompatibilidades, veja-se:

“O segundo modo de ab-rogação tácita ocorre quando a lei posterior regula toda a matéria contida nos dispositivos da anterior. Se uma lei geral, por exemplo, um Código, regula inteiramente o instituto de que se ocupa a lei precedente, se ambas desenvolvem dispositivos sobre a mesma matéria, é bem possível que, na antiga, se encontrem alguns artigos que se não mostrem de todo incompatíveis com as disposições da nova.

Surge nesse caso a questão: aqueles dispositivos particulares da lei anterior, que se podem conciliar com as regras consignadas na posterior, perderam a eficácia?

Assim se deve entender quando se trata de uma lei geral, de um código, regulando inteiramente a matéria que se rege pela lei geral anterior, ou pelo código antes vigente.

Comenta **Bianchi** (**Saverio Bianchi** - *Corso de Codice Civile Italiano*) que “se entre duas leis gerais que regulam diversamente a mesma matéria, na sua integridade, a incompatibilidade existe nos próprios princípios, que lhes servem de fundamento, e se difunde, muito facilmente nas próprias disposições particulares, que fazem parte das mesmas leis.”

.. Pensa o ilustre civilista italiano que - “poderia produzir inconvenientes gravíssimos e deploráveis confusões reunir as disposições das duas leis e fundi-las em uma, alterando assim a unidade e harmonia da lei nova, e misturando disposições inspiradas em princípios diversos, talvez contraditórios.”

Acrescenta que “se essa fusão fosse possível e útil, se algumas disposições da lei antiga podiam ser conservadas na lei nova, competia ao legislador introduzi-las nesta ou então declarar quais das disposições da lei velha teriam permanecido em vigor; se não o fez é de se presumir que, segundo a sua intenção, toda a matéria que regulou com a lei nova deve ficar sujeita unicamente a esta, subtraído todo o vigor às disposições particulares da lei anterior.”

É também o que faz ver Fiore.” (“*Disposizione generali sulla pubblicazione, applicazione ed interpretazione delle leggi*” - **Eduardo Espínola**, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, vol. I - pp. 78/80).

Este fenômeno, da *regulação integral* da matéria (LICC, art. 2º, § 1º, última parte), é identificado pelo professor Oliveira Ascensão, catedrático da Faculdade de

Lisboa, comentando o Direito Português e o brasileiro, em sua obra binacional *O Direito - Introdução e Teoria Geral - Uma perspectiva Luso-brasileira, como "revogação global."* Vejam-se suas palavras clarificadoras:

.. "Se uma lei nova regula todo um instituto jurídico (por exemplo, arrendamento rural) ou todo um ramo de direito (por exemplo, processo penal) os preceitos da lei anterior ficam revogados, sem ser necessário demonstrar a incompatibilidade específica de cada um deles com o preceituado na nova lei" (**José de Oliveira Ascensão**, *O Direito - Introdução e Teoria Geral - Uma Perspectiva Luso-brasileira* - 8ª Ed. revista (Portugal), pág. 239).

14) Nessa mesma esteira de raciocínio, os Promotores de Justiça deste Estado no XXI Encontro de Trabalho do Ministério Público e com a participação dos Professores de Direito Civil da UERJ, afirmam que "o direito sucessório do companheiro está restrito à habitação, não abrangendo herança na propriedade, nem em usufruto."

15) Igualmente os Juízes de Família, de Órfãos e Sucessões e do Cível no encontro, que realizaram no auditório da AMAERJ, em 19.08.96; assim:

#### **"ENUNCIADO nº 1**

A Lei nº 8.971/94 está ab-rogada pela Lei nº 9.278/96, tendo em vista que regulou inteiramente toda a matéria tratada na lei anterior (art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil) (maioria)."

(D.O. de 21.08.96)

Tal conclusão seria incompatível com a sobrevivência da Lei 8971/94.

16) A matéria, pela magnitude de suas repercussões, não pode ser resolvida nem pela aleatoriedade de eventuais decisões esparsas, nem por uma suposta dualidade de correntes, uma das quais desfundada de bases jurídicas.

A conclusão que se propõe apresenta-se rigorosamente assentada em princípios de Direito e, ainda, se sujeitando à contraprova da aplicação prática, em face das visíveis distorções que geraria a convivência das duas leis.

17) Enfim e ao cabo, a Lei 9278/96, porque regula inteiramente o instituto união estável, inclusive efeitos sucessórios, revoga globalmente a Lei 8971/94, com base na Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 1º, terceira parte.

---

\* **Paulo Roberto de Azevedo Freitas** faleceu em 30.10.96, quando ocupava o cargo de Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Era também Professor Titular de Direito Civil da Universidade Gama Filho e Conferencista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

## Exame de Corpo de Delito - Realidade e Mito

SERGIO DEMORO HAMILTON \*

1. Não se pode abordar o assunto relacionado com o exame de corpo de delito sem fazer breve digressão a respeito do sistema de prova adotado em nosso Código de Processo Penal, uma vez que os artigos em que dele se ocupa especificamente a nossa lei processual (158 e 167) não podem ficar dissociados do princípio geral norteador da matéria, previsto no art. 157. Como é óbvio, um ou mais artigos de lei não têm vida por si sós; eles existem e encontram sentido lógico e teleológico uma vez examinados dentro de um contexto orgânico, submetidos, que estão, a um ordenamento jurídico sistemático, razão de ser da própria existência de um código de leis, seja ele qual for.

Como sabido, nosso Código adotou o sistema da livre convicção ou do livre convencimento, também designado como sistema da livre convicção motivada, ou, ainda, da persuasão racional.

A “Exposição de Motivos” da Lei de Ritos, ao examinar “as provas” (item VII), deixa claro que o Código “abandonou radicalmente o sistema da **certeza legal**”, salientando, com todas as letras, a inexistência de **hierarquia** de provas, pois todas as provas são relativas e, dessa maneira, nenhuma delas terá, *ex vi legis*, “valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra.”

Quero crer que a “Exposição de Motivos” da nossa lei instrumental básica não poderia ter sido mais clara.

No sistema das provas legais, também conhecido, na doutrina, como das regras legais, da certeza moral do legislador ou da certeza legal, a própria lei determinava que certo fato se provasse da maneira por ela estabelecida ao mesmo tempo em que valorava as provas, vinculando o Juiz a seguir os rígidos critérios por ela alviados.

Ao tempo da pluralidade processual, quando cada unidade federada dispunha de lei processual própria, havia uma enormidade de normas, nos diversos códigos, estabelecendo de antemão o valor de cada prova, com isso criando uma absurda vinculação do Juiz àqueles preceitos, ao mesmo tempo em que tolhia o julgador de formar livremente o seu convencimento, desde que, à evidência, o fizesse motivadamente. A mesma “Exposição de Motivos”, em seu item VII, dá-nos dois exemplos bem nítidos das normas que, antes, vinculavam o magistrado. Um deles, rejeitado

pelo sistema atual, consagrava o velho brocardo *testis unus testis nullus*, verdadeira prevenção legal contra a *voix d'un*, retirando o valor probatório da palavra de uma testemunha idônea por mera questão numérica. Outro preceito estabelecia para o interrogatório “uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não comprometer-se.” (item VII.)

O Código de 42, sem dúvida, substituiu o sistema da avaliação pela lei pelo da valoração pelo Juiz, deixando de impor ao julgador um padrão de julgamento que o vinculava a determinadas regras. Porém, teve o cuidado de afastar os inconvenientes do sistema da íntima convicção, que, ao revés, consagra o despotismo judicial e que, lamentavelmente, ainda subsiste entre nós, por imposição constitucional, no Júri (art. 5º, XXXVIII CF/88), impedindo qualquer tentativa por parte do legislador ordinário no sentido de banir do nosso sistema legal a nefasta instituição do Júri. Se o sistema das regras legais limitava o Juiz, impedindo-o de alcançar a verdade real e a realização de justiça, o outro, da íntima convicção, consagra o arbítrio do julgador, traduzido pela decisão monossilábica e desprovida de fundamentação, tal como ocorre no julgamento do mérito do crime doloso contra a vida, a mais grave das infrações penais.

2. É nesse contexto que pretendo analisar o exame de corpo de delito, buscando situá-lo no sistema adotado pelo Código, para, por fim, estudá-lo em campo mais amplo, à luz da própria Lei Maior.

3. Há, por primeiro, que distinguir corpo de delito de exame de corpo de delito. Corpo de delito, numa acepção remota, designava o próprio fato típico, traduzindo o próprio tipo penal, isto é, a descrição feita pela própria lei penal material da conduta correspondente a cada infração penal. É nesse sentido que a expressão é analisada pelo saudoso Procurador de Justiça, Professor Magalhães Noronha, no seu festejado *Direito Penal*.<sup>(1)</sup> Não é com esta significação, evidentemente, que vamos cogitar do tema. Aqui ele será estudado, apenas, como o elemento material da infração penal, como sendo aquilo que torna o crime ou a contravenção palpável, sensível, tangível, perceptível aos sentidos. João Mendes, em definição que se tornou clássica, por seu turno, referia-se ao corpo de delito como o elemento sensível do fato criminoso, que pode ser constatado pelos sentidos.<sup>(2)</sup> Assim, por exemplo, o cadáver é corpo de delito do crime de homicídio, o documento falsificado é corpo de delito do *falsum* e a ferida corpo de delito do crime de lesões corporais.

E o exame de corpo de delito?

Nada mais é que a perícia realizada no corpo de delito. O próprio Código de Processo Penal, ao tratar do assunto, alude ao exame de corpo de delito e às perícias em geral (Livro I, Título VII, Capítulo II), salientando, no art. 159, que “os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por peritos oficiais” (destaque

<sup>(1)</sup> E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, 2ª ed., vol. 1, págs. 453/454.

<sup>(2)</sup> João Mendes de Almeida Júnior, *Direito Judiciário Brasileiro*, vol. 02, pág. 07.

meu). Assim, o exame de corpo de delito nada mais é que uma perícia para a qual a lei processual emprestou especial ênfase.

Nessa ordem de idéias, a necrópsia nada mais é que o exame de corpo de delito do crime de homicídio (art. 162, CPP). A perícia de lesões corporais (art. 168, CPP) seria o exame de corpo de delito do crime a que alude o art. 129, do CP, o exame grafotécnico, por sua vez, comprovaria o *falsum* material para o reconhecimento de escritos para comprovação de letra (art. 174, CPP). E assim por diante.

Outras vezes, o exame pericial não se relaciona com um delito autônomo, guardando compasso com um tipo qualificado. Em outras palavras: o exame de corpo de delito, em tal hipótese, não objetiva demonstrar a presença de um crime em si mas somente a ocorrência de circunstâncias legais especiais de que cogitou a lei penal material. É o que ocorre, por exemplo, com a perícia a que se refere o art. 171, CPP, voltada, sem dúvida, para o furto qualificado (art. 155, § 4º, I e II, terceira figura, CP). Embora evidenciado o furto, para o reconhecimento da qualificadora torna-se necessário o exame excogitado na lei processual. Sem ele, o tipo qualificado não pode merecer reconhecimento.

4. Nosso Código previu o exame de corpo de delito no art. 158, ao registrar que nos crimes (*rectius*, infrações penais) que deixam vestígios será **indispensável** o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo, sequer, a confissão do acusado (destaque meu). Além disso, fez do aludido dispositivo uma norma perfeita, ao erigir à categoria de nulidade absoluta a falta daquele exame (art. 564, inciso III, letra "b", CPP), ressaltando, apenas, a situação peculiar contemplada no art. 167 do mesmo diploma processual.

Em outra ocasião, a lei adjetiva vislumbra no exame de corpo de delito verdadeira condição especial de procedibilidade para o exercício da ação penal. Tal se dá nos crimes contra a propriedade imaterial (art. 525 do CPP), ao assinalar que, se o crime deixar vestígio, a queixa ou a denúncia não poderá ser recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito.

De outra feita, exigiu, para efeito de lavratura do auto de prisão em flagrante e do **oferecimento da denúncia**, o laudo de constatação da natureza da substância entorpecente apreendida (art. 22, § 1º da Lei 6368/76). Trata-se, é certo, de laudo provisório versando a respeito da materialidade do crime mas que funciona como verdadeira condição especial para o exercício da ação penal por parte do Ministério Público. É a constatação, advinda da própria lei, da regra *actio non datur nisi constet de corpore delicti*.

Portanto, vê-se, com facilidade, que a lei processual, seja ela comum seja ela especial, emprestou ao exame de corpo de delito relevância desmesurada, exigindo, assim, que o assunto deva ser estudado e mensurado com o destaque que o próprio direito positivo dedicou àquela perícia. Cumpre, pois, examinar os diversos textos legais para, em função do que deles se possa extrair, chegar a algumas conclusões relevantes a respeito do *thema*.

## 5. Quando uma infração penal deixa vestígios?

Há *facta permanentes e facta transeuntes*;<sup>(3)</sup> os primeiros fatos deixam vestígios, os últimos não. Quando uma infração penal apresenta vestígios constatáveis materialmente ela se enquadra nos fatos não-passageiros. Estes não são transeuntes. É o caso do homicídio, por exemplo, em que o cadáver surge como prova material do crime. Em tal hipótese, o exame se fará sobre o próprio corpo de delito, por meio de uma perícia denominada necrópsia.

Já uma injúria verbal, em regra, não deixa vestígios. É viandante. Convém ponderar que, com o avanço da ciência e da tecnologia, torna-se possível gravar a voz do agente, caso em que se terá evidenciado materialmente o crime em questão. É o caso, por exemplo, da injúria perpetrada pelos veículos de comunicação (rádio, televisão, etc.) ou em uma solenidade pública, ou, ainda, em um comício eleitoral. Pode ocorrer, também, que o crime contra a honra seja praticado por meio da imprensa escrita (jornal, revista etc.), deixando, em consequência, vestígio.

Reza o art. 158 que, “quando a infração deixar vestígios, será **indispensável** o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado” (destaque meu). Dúvida não há a respeito do que seja exame direto, isto é, aquele levado a efeito sobre próprio corpo de delito.

Porém, a lei alude, também, ao exame indireto (art. 158), não dizendo em que ele consiste nem como deve ser feito. Daí, a regra do art. 167, CPP, comumente indicada como representativa do exame indireto e que, em boa técnica legislativa, não deveria constar como um dispositivo insulado no capítulo das perícias, mas sim integrar um parágrafo do aludido art. 158, CPP, pois que, com ele, guarda compasso. Atenderia, assim, de melhor forma, ao que o legislador pretendeu.

Vale ponderar, no entanto, que o disposto no art. 167 constitui verdadeira excrescência, pois o exame de corpo de delito, como perícia que é, integra a chamada prova técnica, ao passo que a testemunha a que se refere o referido dispositivo pertence ao ramo das provas orais.

Tornaghi,<sup>(4)</sup> com a sensibilidade jurídica que lhe é peculiar, teve a oportunidade de assinalar:

“o exame indireto não é o puro e simples depoimento das testemunhas. Esse será sempre e apenas depoimento! Se não se lhe juntar a elaboração pericial, não será perícia.”

E conclui, de forma taxativa, que “a prova testemunhal de que falam os arts. 564, III, “b”, 167 e 168 § 3º, a rigor é maneira de o exame de corpo de delito,

<sup>(3)</sup> Carrara, *Programma*, Parte Geral, vol. 01, pág. 97.

<sup>(4)</sup> Helio Tornaghi, *Compêndio de Processo Penal*, vol. 02, pág. 732, Tomo II, José Konfino Editor, 1967.

permitida expressamente pelo Código, mas não é exame indireto, embora possa ensejar ao perito o exame indireto.”<sup>(5)</sup>

Portanto, em boa técnica, o chamado exame indireto só poderia valer como tal se, após a fala das testemunhas (prova oral), os peritos, examinando os depoimentos, pudessem, em laudo pericial (prova técnica) chegar a uma conclusão a respeito da evidência ou não da materialidade do crime.

Assim, *verbi gratia*, se a testemunha descrever a ferida que o ofendido sofreu em razão da agressão sofrida, os peritos, com base no depoimento da testemunha, poderão chegar a uma conclusão a respeito da evidência material do crime de lesões corporais.

Sem embargo de tal colocação da matéria, o Pretório Excelso, em mais de uma manifestação, atendo-se à letra da lei (art. 167, CPP), tem manifestado entendimento que nos crimes materiais, de conduta e resultado, desde que desaparecidos os vestígios, basta a prova testemunhal para suprir o auto de exame de corpo de delito direto. Refere-se, sempre, à prova testemunhal supletiva, sem alusão expressa à necessidade de perícia roborando o que a testemunha afirmou. (cf. RECrIm. 85.089, DJU, 19/11/76, p. 10033 e RHC 52.809, DJU, 17/10/74, p. 7670.)<sup>(6)</sup>

Na realidade, o legislador enredou-se em contradição; de um lado admitindo a prova testemunhal como capaz de suprir o exame direto (art. 167, CPP) ao passo que do outro repudiando a confissão como meio supletivo daquele mesmo exame (art. 158 do CPP). Ora, tanto a prova testemunhal como a confissão são espécies do gênero prova oral.

Por que estranha lógica adotou dois pesos e duas medidas?

Em que caso, então, se dará o exame indireto?

Segundo dispõe o art. 167, CPP, quando houverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhes a falta. Resta observar que o mesmo dispositivo alude, em seu proêmio, que “não sendo possível o exame de corpo de delito...” Ora, tal colocação do legislador vem ao encontro do que ficou dito linhas acima no sentido de que a prova testemunhal, por si só, não é exame de corpo de delito. Se esta não fosse a intenção do legislador, incumbiria à lei dizer: “não sendo possível o exame de corpo de delito **direto**...” Só assim estaria explicada a dicotomia estabelecida no art. 158, onde se adota, de forma explícita, o exame direto e o indireto.

Vê-se, assim, que o legislador não primou pela boa técnica ao tratar do exame de corpo de delito nos dois dispositivos onde, de forma específica, dele se ocupou.

<sup>(5)</sup> Helio Tornaghi, *Compêndio de Processo Penal*, vol. 02, pág. 732, Tomo II, José Konfino Editor, 1967.

<sup>(6)</sup> Referências à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 140, Editora Saraiva, 1994.

Quando caberia o exame indireto?

Segundo dispõe o art. 167, do CPP, quando os vestígios desaparecerem é que o exame indireto tem lugar. Cabe, aqui, uma colocação que me parece oportuna: os vestígios a que se refere a lei processual são aqueles que **nunca** existiram, isto é, que jamais foram demonstrados nos autos do processo, bem como, aqueles que, embora pudessem ser apurados na época oportuna, por fás ou por nefas, não o foram. Ao exemplo: Tício agride a Caio, causando-lhe lesões corporais. O ofendido não comparece ao órgão competente para submeter-se ao devido exame direto. Indaga-se: tem incidência a regra do art. 167 da lei instrumental penal? Penso que sim. O exame indireto terá lugar muito embora pudesse ser realizado o direto caso o ofendido fosse submetido ao respectivo exame pericial. Portanto, *in casu*, a regra do art. 167 do CPP tem plena aplicação, quer a vítima tenha, desde logo, desaparecido, tomando rumo ignorado, e nunca tenha sido encontrada, quer tenha ela, por negligência ou outra razão qualquer, deixado de comparecer ao exame direto. Diga-se o mesmo em relação ao exame indireto de coisa. Esta pode nunca ter sido encontrada ou, embora localizável à época do fato, tenha, ao empós, desaparecido.

Outra questão que se põe relaciona-se com a prova testemunhal. O art. 167 alude à "prova testemunhal" sem fazer qualquer referência ao número de testemunhas. Assim, basta uma só testemunha para suprir a falta da prova material, desde que ela descreva, com exatidão, a natureza e a sede das lesões, caso se trate, por exemplo, de um crime de lesões corporais. Mas é preciso que seu depoimento seja, na medida do possível, suficientemente esclarecedor e preciso a respeito da prova material do crime. E a razão está em que se o art. 160 da lei processual básica exige que os peritos descrevam, minuciosamente, no laudo pericial, a coisa ou a pessoa examinada, é evidente que o depoimento da testemunha não pode ser vago ou com referências imprecisas a respeito da materialidade da infração penal.

Outra observação que se faz necessária em relação ao exame indireto decorre da circunstância de que nem sempre ele poderá ter aplicação. Suponha-se, por exemplo, uma acusação por porte de substância entorpecente em que o tóxico não tenha sido apreendido para o fim de ser submetido ao competente exame direto. Será muito difícil sustentar-se uma denúncia com base, apenas, na prova testemunhal, à falta do laudo de constatação exigido pela lei de tóxicos (art. 22, § 1º). Ela estaria fadada ao insucesso. E, *a fortiori*, eventual condenação que resultasse de tal ação penal seria, sem dúvida, temerária, ensejando pronta reforma por parte do segundo grau de jurisdição quando do julgamento do eventual apelo.

Aliás, tomando por base a mesma Lei Antitóxicos, há uma hipótese em que o exame de corpo de delito, direto ou indireto, torna-se despicendo. Ela vem prevista no art. 14 da Lei 6.368/76 que cogita da associação criminosa, de forma reiterada ou não, de duas ou mais pessoas para o fim de praticar qualquer dos crimes previstos nos artigos 12 e 13 da lei em questão. Trata-se, como sabido, de crime de perigo, que independe de resultado. O Superior Tribunal de Justiça, examinando a questão, en-

tendeu dispensável o exame de corpo de delito por tratar-se de infração penal que não deixa vestígios. (STJ, RT 698/402.)<sup>(7)</sup>

Ainda em tema do exame indireto, torna-se indispensável fazer reparo à opinião, sem dúvida respeitabilíssima, do ilustre Eduardo Espínola Filho. Com efeito, salienta o saudoso jurista que a testemunha, caso fique impedida de comparecer a juízo, tal fato, por si só, não inibe o Juiz de atender a esse depoimento quando o repute bastante para formar a sua convicção.<sup>(8)</sup> Na verdade, como já ressaltado nestas linhas, a prova testemunhal integra a prova oral e, como tal, só vale na medida em que fique sujeita à jurisdicionalização. Em outras palavras: se o testemunho a respeito da materialidade do fato não demonstrar, em juízo, sob o crivo do contraditório, o vestígio sensível do fato criminoso de **nada** valerá como prova, ainda que, na fase extrajudicial, fosse satisfatório.

6. Chega-se, agora, ao ponto nodal de nosso estudo, qual seja o de determinar até que ponto a regra constante do art. 158 da lei processual básica tem sentido diante do sistema de persuasão racional. Como salientado, no início destas linhas (1, *supra*), o *thema* exige análise diante de um contexto em que nenhuma prova tem valor absoluto ou mais prestígio do que outra, tendo em conta que o Código dos anos 40 substituiu o critério da avaliação legal pelo da valoração motivada do Juiz. Dessa maneira, o Juiz encontra-se livre de amarras para decidir, ao contrário do que se dava no sistema da certeza legal.

Ora, o mandamento legal do art. 158 do CPP, ao tornar **indispensável** o exame de corpo de delito nas infrações penais que deixam vestígios, não podendo supri-lo, sequer, a confissão do acusado, afastou-se, sem sombra de dúvida, do sistema da livre convicção motivada, para constituir reminiscência inaceitável do superado sistema da certeza moral do legislador.

Já anotara tal absurdo o príncipe dos processualistas brasileiros, o saudoso professor **José Frederico Marques**, em seus preciosos *Elementos*.

Permito-me repetir suas sábias observações:

“Na verdade, fora do sistema da prova legal, só um Código como o nosso, em que não há a menor sistematização científica, pode manter a exigibilidade do auto de corpo de delito sob pena de considerar-se nulo o processo. Que isso ocorresse ao tempo da legislação do Império, ainda se compreende. Mas que ainda se consagre tal baboseira

<sup>(7)</sup> Referência à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça *apud* As *Nulidades no Processo Penal*, **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Scarance Fernandes** e **Antonio Magalhães Gomes Filho**, pág. 129, Malheiros Editores, 4ª Edição.

<sup>(8)</sup> **Eduardo Espínola Filho**, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. 02, pág. 465, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1965, Sexta Edição.

num estatuto legal promulgado em 1941, eis o que não se pode explicar de maneira razoável.”<sup>(9)</sup>

Com efeito, ao lado da balbúrdia legislativa com que o assunto foi tratado na lei processual penal, como já assinalado (5, *supra*), o art. 158 do CPP, completando a série de desatinos do legislador, repete uma disposição peculiar ao sistema das provas legais, mas destituída de sentido no sistema da livre convicção motivada do Juiz. Aliás, o referido dispositivo deve ser conjugado com outros dois: os arts. 167 e 564, inciso III, letra “b” do mesmo Código. A conjugação desses três dispositivos constitui verdadeira excrescência que faz tábula rasa do sistema do livre convencimento e do princípio da verdade real. Isto significa, como salienta Frederico Marques, “que se o réu confessar o crime e a confissão vier corroborada por indícios, não pode ele ser julgado pois o processo está nulo por falta de exame de corpo de delito direto ou indireto.”<sup>(10)</sup>

O absurdo da orientação seguida pelo Código atual já fora posto em relevo, mesmo ao tempo da legislação anterior, por **Costa Manso**, ao assinalar em passagem inspirada:

“Qual o efeito da falta ou da nulidade do auto de corpo de delito? Parece-me claro que esse documento não constitui uma formalidade essencial do processo. É simples meio de prova, que, como acima ficou dito, pode ser suprido por provas de outro gênero. A falta ou defeito do auto, portanto, deve dar lugar não a que o processo seja **anulado**, mas a que recorra o Juiz a outros elementos de convicção, e não os encontrando suficientes, declare **não provado** o crime.” (destaques meus.)<sup>(11)</sup>

Aliás, desde que se examine, com cuidado, as diversas regras traçadas em nossa lei processual em matéria de perícia, ora versando sobre o *corpus criminis* ora tratando a respeito do *corpus instrumentorum*, vê-se, com facilidade, que a lei, embora proscurendo o sistema da prova legal, especificou uma série de preceitos, descendo a minúcias desnecessárias próprias daquele regime mas perfeitamente desprezíveis dentro do sistema da persuasão racional. Basta ler os textos legais dos arts. 162, 168, 171 e 173 do CPP. É por tal razão que o insigne José Frederico Marques, examinando a matéria, critica, sem meias-palavras, “a técnica obsoleta do Código, que, nessa matéria de corpo de delito, se mantém constantemente fiel ao princípio da prova legal contra cujos postulados, em outras passagens, investe decididamente.”<sup>(12)</sup>

<sup>(9)</sup> José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, pág. 365, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro-São Paulo, 1961.

<sup>(10)</sup> José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, pág. 365, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro-São Paulo, 1961.

<sup>(11)</sup> Costa Manso, *O Processo na Segunda Instância*, 1923, pág. 501, *apud op. cit.* de José Frederico Marques, pág. 365.

<sup>(12)</sup> José Frederico Marques, *in op. cit.*, pág. 367.

Grande verdade!

Basta ler a “Exposição de Motivos” do CPP, no capítulo destinado às provas (VIII), onde está dito:

“ O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da **certeza legal...**”

Como conciliar tal afirmação com os dispositivos legais que vimos examinando?

Como?

7. Se o mandamento legal do art. 158 do CPP é, sem dúvida, incompatível com o sistema da livre convicção motivada esposado pela nossa lei processual, resta indagar se ele, em face da nova ordem constitucional instaurada em 1988, guarda compatibilidade com a Lei Maior.

Recentemente a matéria veio à baila no julgamento do *Habeas Corpus* nº 1.394-2-RN pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro.<sup>(13)</sup> O julgado em questão, de rara importância, não tem merecido o devido destaque, já que inova substancialmente em matéria da maior relevância para o processo penal, podendo, no futuro, uma vez consolidada tal jurisprudência, mudar, por completo, os rumos até aqui predominantes em sede jurisprudencial, em matéria de exame de corpo de delito.

Com efeito, ficou assinalado no aludido acórdão que a Constituição da República resguarda serem admitidas as provas que não forem proibidas por lei, ficando, assim, afetada a cláusula final do art. 158, CPP, de que a confissão não seria prova idônea para suprir a falta de exame de corpo de delito. Tudo que for lícito, *ipso facto*, servirá para projetar a verdade real.

O julgamento em tela envolve tema de grande repercussão e inova quando enfrenta a questão à luz da Constituição Federal de 1988.

Sustenta o voto do eminente Relator, acolhido à unanimidade, que o Código de Processo Penal, vigente desde 1942, foi promulgado à época da Carta Política de 1937, impondo-se, por tal razão, reelaborar a interpretação de seus dispositivos consoante a nova ordem constitucional.

Cita, em prol da posição sustentada, o moderno Código de Processo Penal português, que, em seu artigo 125, estabelece:

“São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.”

<sup>(13)</sup> Acórdão publicado na “Revista do Superior Tribunal de Justiça”, nº 55, de março de 1994, págs. 67/70. Ementa publicada no “Boletim da Procuradoria-Geral de Justiça” do Rio de Janeiro (nº 02 - abril-junho - 1995).

- E pasmem! - invoca a palavra de **Mittermayer**, em doutrina mais que centenária, onde o pioneiro no estudo das provas no processo penal ensinava que "o corpo de delito pode muito bem ser provado pela confissão do indiciado."

Portanto, somente um Código sem técnica e sem sistema como o nosso, é que poderia reproduzir regra tão estapafúrdia como a do art. 158.

Vale registrar que o Código de Processo Civil, de técnica mais refinada, estabelece que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos..." (art. 332).

Assim, por simples integração analógica extraída do diploma processual civil (art. 3º, CPP), seria possível vislumbrar-se o absurdo lógico da limitação constante do art. 158.

Agora, no entanto, diante da nova ordem constitucional, parece-me que o assunto não comporta tergiversação.

Na realidade, estabelece o art. 5º, inciso LVI, que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos."

É preciso que se entenda, desde logo, que prova ilícita, na linguagem da Constituição Federal, abrange, também, as provas ilegítimas, pois toda prova ilícita é ilegítima; a recíproca, porém, não é verdadeira. Ambas são provas ilegais, mas enquanto as primeiras (provas ilícitas) importam em violação do direito material, as provas ilegítimas violam leis processuais. Assim, por exemplo, uma confissão obtida mediante tortura seria uma prova ilícita, por violar a Constituição Federal (art. 5º, III) e, da mesma forma, o Código Penal (art. 146). Já em se tratando de prova ilegítima a única sanção decorrente da sua produção será a nulidade do ato. Suponha-se que um réu menor tenha sido interrogado em juízo sem a presença de curador. Tal prova seria ilegítima nos termos do art. 194 c/c 564, inciso III, letra "c", CPP. A prova ilegítima pode convalidar-se nos casos em que a lei admite (arts. 571 e 572, CPP). Já uma prova obtida por meio ilícito jamais será admitida no processo.

Ora, se a confissão é meio de prova legítimo, pois contemplada expressamente na lei processual (art. 197 a 200, CPP), por que não poderia ela suprir o exame de corpo de delito?

Por quê?

8. A recente Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, dando um passo à frente e libertando-se de velharias absurdas, estabelece, em seu art. 77, § 1º, que o Ministério Público, para o oferecimento da denúncia, não dependerá do exame de corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim de socorro médico ou prova equivalente.

Faltou coragem ao legislador para dizer que igual regra deve presidir o julgamento do feito criminal. Tal omissão levou a que doutrinadores do porte de **Ada**

**Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flavio Gomes** limitassem a dispensa da prova pericial comprobatória da materialidade delitiva ao momento do oferecimento da acusação, salientando que os arts. 158 e 564, III, "b", CPP não estão revogados, devendo o Ministério Público providenciar a juntada do laudo aos autos antes da sentença final. <sup>(14)</sup>

Não me parece assim. Se a Lei 9.099/95 orientou-se pelo princípio da **informalidade** (art. 62) e se, em relação a ela, aplicam-se **subsidiariamente** as disposições do Código Penal e do **Processo Penal** (art. 92), no que não forem incompatíveis com a mesma, não vejo qualquer razão, para tal afirmação, diante de tudo que ficou exposto em relação ao exame de corpo de delito no Código de Processo Penal. Aliás, se o princípio é o da informalidade, por que deveria o Juiz deixar de lado a prova da materialidade somente porque em relação a ela não veio ao processo laudo técnico? Suponha-se que, em um acidente de trânsito, o ofendido, por qualquer motivo, não tenha comparecido ao competente exame de corpo de delito em estabelecimento oficial, mas que exista nos autos, prova inequívoca das lesões por ele sofridas no desastre através de boletim de socorro médico do hospital onde foi socorrido. Por que exigir-se, na fase da sentença, o laudo oficial para a prova da materialidade, pena de nulidade?

Tal posicionamento, à toda evidência, não se concilia com a informalidade que a Lei 9.099/95 teve em mira resguardar.

9. Se o sistema de prova adotado em nosso Código de Processo Penal é o da livre convicção motivada, é chegado o momento de dar um basta a certas normas que só impedem a busca da verdade real. As linhas aqui traçadas não alimentam outra pretensão que não seja a de dimensionar o exame de corpo de delito dentro do sistema de provas em que ele se encontra inserido (1, *supra*).

Não se vislumbre nessas desprezíveis observações, o intuito de minimizar o exame de corpo de delito. Trata-se, ao revés, de perícia da maior relevância no objetivo de demonstrar o elemento material da infração penal e que, **sempre que possível**, deve ser realizada. Porém, o que se pretendeu dizer é que sua indispensabilidade é um mito destituído de sentido técnico no processo penal moderno.

---

<sup>(14)</sup> **Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flavio Gomes**, *Juízados Especiais Criminais - Comentários à Lei 9.099, de 26.09.95*, pág. 142, Editora Revista dos Tribunais.

---

\* **Sergio Demoro Hamilton** é Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Professor Titular de Processo Penal na Faculdade de Direito da Universidade Santa Úrsula, Ex-Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis (1962-1974), Ex-Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito Gama Filho (1970-1978) e Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB.

---

PARECERES  
E  
RAZÕES



*Furto tentado. Redução da pena tomando  
por base o iter criminis percorrido pelo agente  
e não os antecedentes do acusado*

*Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal  
Apelação Criminal nº 46348/92*

**Apelantes:** Ministério Público e José Antonio Ferreira

**Apelados:** Ministério Público, Márcia Soares de Alcântara e José Antonio Ferreira

O desaparecimento de pequena parte do dinheiro subtraído não descaracteriza o furto tentado mormente quando a prisão em flagrante é efetuada logo em seguida à subtração, no interior mesmo do ônibus, impossibilitando qualquer ação dos acusados no sentido de se desfazerem da *res*. É o tamanho do *iter criminis* percorrido (e não os antecedentes do acusado) que balizará a redução da pena no crime tentado. Sendo o critério objetivo, a redução deve ser igual para os co-autores. Compete ao magistrado, no exercício do juízo de equidade, fixar a pena-base no *quantum* que entender suficiente para uma resposta penal eficaz, quando os antecedentes do réu recomendarem a aplicação de pena acima do mínimo previsto em lei. O regime inicial de cumprimento da pena será determinado segundo os critérios do art. 59 do Código Penal. Inteligência do artigo 33, parágrafo 3º, do diploma penal substantivo. Parecer pelo **desprovimento** do apelo ministerial e pelo provimento parcial do recurso da Defensoria Pública tão-só para redução da pena do apelante, dentro do quadro da tentativa.

**PARECER**

**Egrégia Corte:**

Recorre o Ministério Público visando a reforma da r. sentença *a quo* no sentido de que a Egrégia Câmara reconheça a **consumação** do delito de furto qualificado examinado neste feito. E o faz com base na assertiva do desaparecimento de parte do *quantum* subtraído. Razão, entretanto, não lhe assiste. Conforme bem salientado pela douta Defensoria Pública, às fls. 98, *in verbis*:

“Em segundo, porque, mesmo que assim não fosse, a prova indica que os réus foram presos no mesmo local, ainda no interior do ônibus, de forma quase imediata, instantânea, eis que o fato foi presenciado pela informante de fls. 40 e pelo policial de fls. 42, tendo ficado bem distante de sua consumação. Se a suposta diferença

existiu, em poder dos acusados não ficou, que certamente devem ter sido revistados. Observe-se que nenhuma das pessoas ouvidas em juízo afirma que tal diferença teria ficado com os réus. **Ademais, a posse não ficou desviada por um segundo sequer.**"

A Defensoria Pública recorre em prol de José Antonio Ferreira, apresentando as bem lançadas razões de fls. 96/97, da lavra do ilustre Dr. Jorge Luiz Le Cocq de Oliveira. Em síntese, a defesa pretende a reforma da r. decisão *a quo* para que: 1º - seja reduzida a pena-base imposta ao apelante; 2º - que a redução da pena acarretada pelo reconhecimento da tentativa seja levada a efeito no mesmo percentual que, beneficiou a co-ré; 3º - que seja alterado o regime inicial de cumprimento de pena já que o apenado não foi considerado reincidente, nos termos da lei.

No que tange ao primeiro argumento defensivo, razão não assiste à ilustrada defesa. Isso porque, no exercício do juízo de equidade, o magistrado não fica preso a regras fixas na determinação do *quantum* referente à pena-base. Consoante se lê de fls. 70, são péssimos os antecedentes do apelante. Por outro lado, são duas **as qualificadoras** do furto perpetrado. Observe-se que o limite máximo da pena poderia atingir **8 (oito) anos**, tendo sido fixada em 4 (quatro) anos. Importante realçar que a valoração do magistrado poderia oscilar "dentro dos limites previstos" pelo artigo violado, *ex vi* do disposto no art. 59, II, do Código Penal.

Quanto ao segundo argumento defensivo, entende o Ministério Público que procedem as razões da defesa. Realmente a redução da pena deve ser feita de modo igual para os acusados. A acusada Márcia Soares de Alcântara foi beneficiada com a redução de 2/3, o mesmo devendo ocorrer com o apelante. De acordo com a denúncia, foi a ré Márcia quem retirou do bolso da bermuda do lesado a *res*. O Professor Paulo José da Costa Jr., no seu livro *Direito Penal Objetivo* (ed. Forense Universitária, 1989, p. 38), cita as seguintes jurisprudências:

"Não se calcula a redução pela tentativa tomando-se por base os antecedentes do réu, mas sim levando-se em consideração a quantidade dela, ou seja, maior ou menor *iter criminis* percorrido" (Jutacrim, 80/263).

"O critério na fixação da reprimenda pela tentativa, nos termos do art. 14, parágrafo único, CP, há de ser o mesmo para todos os autores" (Jutacrim, 35/60).

Portanto, cremos que a pena de 4 (quatro) anos deve sofrer uma redução de 2/3, fixando-se-a, como sanção definitiva, em **1 (um) ano e 4 (quatro) meses** de reclusão.

Finalmente, quanto ao último argumento defensivo, razão não assiste à douta Defensoria Pública. Apesar de o art. 33, § 2º da letra **c**, do CP dispor que "o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá desde o início, cumpri-la em regime aberto", tal aplicação não é automática, baseada, única e exclusivamente, no total da pena imposta e na reincidência ou não do

apenado. É preciso que se observe o disposto no § 3º do mesmo artigo 33 do Código Penal, *in verbis*:

“A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”

E um desses critérios são os **antecedentes**. E o apelante tem péssimos antecedentes, conforme se pode observar de fls. 70.

Mais uma vez trazemos à colação jurisprudência citada pelo Prof. Paulo José da Costa Jr. (*Op. cit.*, p. 83):

*“A quantidade da pena, por si só, não determina o regime prisional. Na verdade, a determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do CP, como soa a linguagem do art. 33, § 3º, do CP” (RJTJSP, 96/420).*

Do exposto, o parecer que submetemos à douta apreciação dessa Egrégia Câmara, é no sentido do **desprovimento** do recurso ministerial e do **provimento parcial** do apelo defensivo para que a pena imposta ao apelante seja reduzida para **1 (um) ano e 4 (quatro) meses** de reclusão, mantida no mais a r. sentença de primeiro grau.

Rio de Janeiro, 15 de junho de 1992.

**Adolfo Borges Filho**  
Procurador de Justiça

***Recurso em sentido estrito. Provimento. Denúncia rejeitada com base em convencimento pessoal do magistrado de que na diligência policial se teriam violado as exigências do art. 5º, incisos XI e LVI da Constituição Federal. Presunção juris tantum de idoneidade dos atos emanados dos agentes da autoridade***

*Tribunal de Justiça*

*4ª Câmara Criminal*

*Recurso em sentido estrito nº 102*

**Recorrente:** O Ministério Público

**Recorrida:** Aurenilda Rohr Viene

Recurso em sentido estrito. Rejeição da denúncia fundamentada no convencimento pessoal do magistrado no sentido de que a diligência policial originadora do inquérito que serviu de suporte à *opinio delicti* desatendeu as exigências prescritas no art. 5º, incisos XI e LVI, da Constituição Federal. Inoportunidade do ocorrido exame valorativo dos elementos constantes do procedimento policial. Inexistência de demonstração a respeito da irregularidade ou falta de lisura. Presunção *juris tantum* de idoneidade e correção dos atos emanados dos agentes da autoridade constituída no exercício de sua relevante missão. Peça inquisitorial revestida de perfectibilidade formal dando conta de legítima atuação que visou coibir a prática de crime de natureza permanente. Situação de flagrância que torna admissível a entrada da polícia em casa alheia sem mandado judicial e contra a vontade do proprietário. “A guarda de maconha é crime permanente. Nas infrações permanentes entende-se o agente em flagrante delicto enquanto não cessar a permanência” (STF, RHC 53659, rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ 78/682). “Tratando-se de crime permanente, que veio a se concretizar com a apreensão da droga, legítima se apresenta a busca domiciliar realizada sem exibição de mandado judicial *ex-vi* do disposto nos arts. 5º, XI da Constituição Federal e art. 150, § 3º, II do CP” (STJ, 5ª T., rel. Min. Flaquer Scartezzini, DJU de 01.08.94, pág. 18660). “A casa é o asilo inviolável do indivíduo, porém não pode ser transformada em garantia da impunidade de crimes que em seu interior se pratiquem” (STF, RE 86926, 2ª T., rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ vol. 84, pág. 302). Prova ilícita. Apre-

ciação do fato criminoso nela lastreado sob a chamada “teoria da proporcionalidade”, ou dos “interesses preponderantes” para o fim da aferição da justa causa para o processamento de sua autora confessada. Parecer da Procuradoria de Justiça que se orienta no sentido do conhecimento e do provimento do recurso ministerial para o fim de ser desconstituído o hostileado despacho liminar negativo, propiciando a que a ação penal prossiga em seus ulteriores trâmites.

### **PARECER**

#### ***Egrégia Câmara:***

1. Cuida-se de recurso em sentido estrito manifestado pelo zeloso Promotor de Justiça Edward Carlyle Silva em exercício na 2ª Vara Criminal da Comarca de Macaé com fundamento no artigo 581, inciso I, do Código de Processo Penal. A irresignação do órgão do Ministério Público decorreu de despacho judicial de rejeição da denúncia oferecida perante o citado Juízo contra Aurenilda Rohr Viene sob a acusação de haver ela afrontado o artigo 16, da Lei nº 6.368/76. Segundo consta, o recorrente fez desde logo instruir a peça inaugural com os autos do Inquérito Policial nº 173/95 instaurado contra a denunciada na 123ª Delegacia Policial, contendo a notícia de que esta fora presa em flagrante por agentes lotados naquela distrital, durante diligência normal, em virtude de ter sido pilhada no interior de sua residência na posse ilegal de um embrulho envolto em papel próprio de embalagem de certa marca de cigarros, contendo em seu interior quantidade do vegetal entorpecente conhecido pelo nome de maconha, e então guardado em cima de um armário existente no quarto da mesma. A fundada suspeita formada pelo ilustre Promotor de Justiça denunciante foi seguramente reforçada pelas circunstâncias dadas a conhecer no bojo do procedimento inquisitorial, relacionadas com a apreensão e prévia identificação da substância proibida guardada na residência da denunciada e, notadamente, pelo teor da confissão por ela prestada ainda sob o calor dos acontecimentos, admitindo lisamente a propriedade do tóxico apreendido e revelando que já respondera a processo anterior pela mesma infração. O despacho liminar negativo da lavra do culto juiz Juary Silva está vasado nos seguintes termos: - “Rejeito a denúncia, em vista da inobservância do artigo 5º, inciso XI e LVI na diligência policial que resultou no flagrante. Com efeito, a busca em casa particular, que é a da indiciada, não foi precedida de mandado judicial. No caso, nem sequer consta que a indiciada franqueou a entrada da residência aos policiais. Como a penetração na casa foi ilegal, a prova obtida é inadmissível no processo, por disposição constitucional expressa”. O recurso foi regularmente recebido (fls. 18), sendo a seguir ofertada a respectiva dissertação pelo recorrente, resumida na tese consistente em que a acusação se fez acompanhar de inquérito revestido de regularidade formal e originado de atividade policial legítima, que visou coibir a prática de crime de natureza permanente, estando a atuação dos agentes da autoridade acobertada mesmo que tivessem realizado a diligência durante a noite, sem mandado judicial ou contra a vontade da proprietá-

ria da casa. Nesse sentido colacionou o recorrente vários precedentes jurisprudenciais (fls. 21/23). Foram colhidas contra-razões no interesse da denunciada, sendo elas produzidas pela excelente Defensora Pública Simone Haddad Lopes, centradas em argumento segundo o qual ninguém pode ser acusado ou julgado com base em provas ilícitas. Argumenta, então, que como a prova obtida contra sua assistida incidiu na vedação consubstanciada no artigo 5º, II, da Constituição Federal, segue-se que sua ilicitude é inquestionável, o que torna a mesma inexistente por se tratar de não prova, equivalente à verdadeira inexistência jurídica. A sustentada tese está afinada nos ensinamentos hauridos por sua subscritora no magistério da professora Ada Pellegrini Grinover e em lição ministrada pelo professor Fernando da Costa Tourinho Filho, por ela expressamente citados em seu bem lançado arrazoado (fls. 30/33). Subindo os autos à Instância Superior, e em sendo eles destinados à apreciação desta douta Câmara, determinou o eminente desembargador relator fosse preliminarmente observada na Vara de origem a exigência constante do artigo 589, do Código de Processo Penal. A diligência oportunamente ordenada pelo eminente Desembargador Américo Canabarro já atendida através do circunstanciado despacho de manutenção de fls. 37/39. É o que se pode alinhar de útil à conta de recomendável e fiel relato histórico do procedimento recursal (cf. Sergio Demoro Hamilton, "A Técnica do Parecer", *Livro de Estudos Jurídicos* nº 9, pág. 297, item 12).

2. É compreensível a irresignação ministerial. Em primeiro lugar porque o despacho de rejeição da denúncia formalmente escorreita oferecida pelo Promotor Natural foi proferido pelo juiz mediante antecipado e inoportuno juízo de valor sobre a validade dos elementos informativos que fundamentaram a *opinio delicti*. A questão foi assim posta com rara precisão pelo professor Afranio Silva Jardim: - "Uma coisa é constatar a existência de prova no inquérito ou peças de informação, e outra coisa é valorá-la, cotejá-la. É necessário que haja alguma prova, ainda que leve. Agora, se esta prova é boa ou ruim, isto é questão pertinente ao mérito da pretensão do autor, até porque as investigações policiais não se destinam a convencer o juiz tendo em vista o sistema acusatório, mas apenas viabilizar a ação penal. De outra maneira se poderia dizer que a prova do inquérito ou das peças de informação tem como finalidade convencer o juiz da admissibilidade da ação penal" (*Direito Processual Penal, Forense*, edição de acordo com a Constituição de 1988, 1995, pág. 148). No mesmo diapasão discorre o professor José Barcelos de Souza, asseverando que o juiz não pode "antecipar-se na delibação da denúncia ou da queixa ao exame do mérito, ainda que de maneira a investigar apenas o bom embasamento da acusação, não só porque a lei determina, mas também e especialmente porque esse exame deve ser feito na época própria, depois da instrução e na sentença - e para isso se faz o processo" (*Teoria e Prática da Ação Penal*, Saraiva, 1979, pág. 138). Sob a mesma linha de entendimento o saudoso professor José Frederico Marques também aconselhava não rejeitar a acusação como se estivesse decidindo sobre o mérito da causa. Além disso, observava com grande acuidade e sabedoria que o despacho de delibação "requer sem dúvida muito equilíbrio e ponderação, pois, do contrário, a função repressora do Estado acabaria estancando-se com grave prejuízo para o inte-

resse comum e a segurança da vida social” (*Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, 2ª edição, 1965, volume II, pág. 167 e 168). Ainda a respeito, anota o professor Damásio E. de Jesus expressivo precedente da Suprema Corte, estampado na RTJ volume 75/474 proclamando ser inconcebível que o juiz aprecie antecipadamente aquilo que a acusação se propõe a demonstrar na instrução, sendo por isso inviável o exame da prova policial, vez que importaria em absolvição sem processo (*Código de Processo Penal Anotado*, Saraiva, 1991, pág. 42). É o entendimento da jurisprudência também formada no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça, que já teve oportunidade de proclamar que “a denúncia só pode ser rejeitada quando o fato for típico ou estiver extinta a punibilidade por manifesta ilegitimidade de parte ou inexistir condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”, o que não ocorre, como se verá a seguir. Outrossim, na mesma ocasião, afirmou a existência de contrariedade ao disposto no artigo 43, do Código de Processo Penal, pois o magistrado de primeiro grau ultrapassou os limites da lei, eis que, ao invés de exercer um mero juízo de delibação, entrou no exame dos indícios em que se embasou a denúncia, para refutá-los um por um, com isso frustrando a persecução penal e impondo uma absolvição sem processo (RE 118-RJ), 6ª Turma, rel. Min. Carlos Thibau, RSTJ, volume 27/436). Em segundo lugar porque em se tratando de diligência procedida por agentes da autoridade no desempenho de suas funções específicas, é de se presumir até prova em contrário que ela tenha se desenrolado com regularidade. Se nada consta a respeito do franqueamento da residência, como refere o próprio dr. juiz - é curial que não se deva, nas circunstâncias, senão concluir pela legitimidade da atuação dos policiais, mesmo porque estes, como funcionários públicos, gozam de presunção *juris tantum* de idoneidade e correção relativamente aos atos que pratiquem no exercício de seu cargo. Em terceiro lugar porque a questão jurídica agitada, envolvendo uma das condições da ação, não comporta a singeleza do tratamento que lhe dispensou o nobre magistrado. Sob esse relevante enfoque, averbe-se que, mesmo diante da vedação constitucional, os mais acatados doutrinadores sabidamente preconizam a aplicação da chamada “teoria da proporcionalidade” de inspiração alemã, ou “teoria da responsabilidade” seguida nos Estados Unidos, sugestivamente denominada entre nós pelo professor Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha de “teoria do interesse preponderante”. Tal corrente de opinião - explica o citado autor, conquanto reconheça a inconstitucionalidade da prova ilícita, busca sempre cotejá-la com o malefício provocado à sociedade pelo criminoso, estabelecendo, então, um juízo de admissibilidade ou não (*Da Prova no Processo Penal*, Saraiva, 1983, pág. 37). Com respeito ao sedutor tema jurídico sustenta a professora Ada Pellegrini Grinover que a Constituição Brasileira de 1988 não afasta radicalmente a aplicação da teoria da proporcionalidade, e isso porque os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto em face da natural restrição resultante do princípio da convivência da liberdade, que não permite qualquer deles seja exercido de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias (*As nulidades no Processo Penal*, Malheiros, 1992, págs. 104, item 1 e 115, item 9). Ora, com relação ao crime atribuído à denunciada

(artigo 16, da Lei nº 6.368/76), é de se admitir desde logo e independentemente de qualquer cogitação em torno do mencionado e elegante tema proposto pelos citados doutrinadores envolvendo a teoria da proporcionalidade, que a guarda de substância entorpecente é infração de natureza permanente, o que vale entender que constitui crime que se prolonga no tempo, de modo que a prisão em flagrante de seu autor está legitimada. Nesse caso, o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988 admite a entrada em casa alheia mesmo contra a vontade do morador e sem mandado judicial (STJ, RHC 10099, 5ª Turma, DJU de 27.05.91, pág. 6972). Aliás, o colendo Supremo Tribunal Federal já deixou claro que o próprio texto constitucional prevê que se pode penetrar na casa independentemente de tais requisitos no caso de crime e, inclusive, já teve oportunidade de enfatizar que a garantia insculpida na Carta Magna não pode ser transformada em garantia da impunidade do crime (RE 86986, rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ 84/302). Segundo emerge com clareza da *notitia criminis* anexada com a denúncia, a diligência policial visava então localizar e prender indigitado autor de crime de homicídio ligado à cobrança de dívida originada do fornecimento de tóxico, que noticiadamente se homisiera na residência da denunciada como namorado da mesma. É de se supor, por isso mesmo, que um dos objetivos colimados pelos policiais com a diligência de que resultou a prisão em flagrante da denunciada era o de esclarecer o possível prosseguimento na residência das atividades criminosas do indivíduo procurado, justificando-se por todos os títulos e razões a legítima busca domiciliar empreendida no interior da casa. Mas, mesmo que assim não pudesse ser entendido, o que se admite apenas para argumentar, é de indiscutível interesse a repressão do crime de guarda de entorpecente, por estar vinculado aos malefícios representados pela propriedade danosa da substância que, nos dias de hoje, constitui verdadeiro flagelo social. É como elucidam os mais abalizados autores (v. Menna Barreto, *Lei de Tóxicos*, 5ª ed. atualizada, 1996, Freitas Bastos, págs. 85/89 e Vicente Greco Filho, *Tóxicos - Prevenção - Repressão*, Saraiva, 7ª edição, 1991, pág. 119). É como sabidamente é também encarada a prática criminosa em questão pela jurisprudência consolidada no colendo Supremo Tribunal Federal. A Suprema Corte vem sistematicamente repudiando, com fundamento no risco social e na salvaguarda da saúde pública, os argumentos comumente utilizados pela defesa técnica dos réus, relacionados com a reduzida quantidade de entorpecente e a prática do chamado "crime de bagatela" (v. RE 14339, rel. Min. Sydney Sanches, RTJ 122/1186, e RE 109619, rel. Min. Octávio Galloti, RTJ 119/874). Aventura-se por isso a Procuradoria de Justiça a defender, com base na aludida teoria da proporcionalidade, cuja aplicação, como se viu, não é repelida pelos dispositivos encartados na Constituição Federal, a preponderância dos relevantíssimos interesses protegidos pela norma penal dada como violada pela denunciada. Sob esse aspecto e embora reconhecendo os propósitos elevados que por certo informaram o hostilizado despacho, a Procuradoria de Justiça ousa dele dissentir sob todas as vênias. Considera, modestamente, que a atividade persecutória confiada constitucionalmente ao Ministério Público não haverá de ser impedida ainda em seu nascedouro por exagerado amor ao dogmatismo, mesmo que porventura estivesse de-

monstrado que os policiais se houvessem na diligência que se frutificou com a prisão em flagrante da denunciada, com certa inabilidade ou despreparo. Considera por tudo isso irrecusável a existência de justa causa para o processamento da denunciada.

Coerente com o exposto, sem quebra ao reconhecimento à cultura do eminente juiz em exercício na Comarca de Macaé, de cujo concurso sempre brilhante tanto se ressentente o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro a que pertenceu por longos anos, a Procuradoria de Justiça se vê na contingência de opinar no sentido do conhecimento e do provimento do recurso, para o fim de ser desconstituído o impugnado despacho de rejeição da denúncia, assim propiciando o prosseguimento da ação penal contra a denunciada nos ulteriores termos.

Rio de Janeiro, 26 de junho de 1994.

**Adolpho Lerner**  
Procurador de Justiça

**Aplicação da regra do art. 600, § 4º, CPP  
em matéria eleitoral. Possibilidade**

*Parecer n° 1956/96*

*Recurso Criminal n° 42/96*

*Autos n° 2.313/96*

**Recorrente:** Haroldo Guimarães Branco

**Recorrido:** Ministério Público Eleitoral

**PARECER**

*Exm° Sr. Relator:*

**01.** Cuida-se de recurso criminal interposto por Haroldo Guimarães Branco contra a sentença de fls. 265/268, valendo-se do permissivo previsto no artigo 600, parágrafo 4º do Código da Lei Instrumental Penal.

**02.** Às fls. 283/285 foram acostadas as razões recursais.

**03.** Vieram então os autos ao M.P.E.

**04.** Inicialmente, mister ressaltar que o oferecimento de razões na forma preconizada pelo supracitado dispositivo legal apresenta algumas peculiaridades no que toca à apresentação das contra-razões ministeriais.

**05.** Isto ocorre porque, na hipótese em exame, o Procurador Regional Eleitoral, ao ser intimado, deveria manifestar-se nos autos apenas na qualidade de *custos legis*, e não exercendo atribuição de parte. Ora, como é cediço, ofertar contra-razões é ofício típico de parte.

**06.** Nesse sentido é que a Lei Complementar n° 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), em seu artigo 76, dispõe ser o Procurador Regional Eleitoral um dos Procuradores Regionais da República que atuam perante o Tribunal Regional Federal. Tal organização ocorre, de forma análoga, no Ministério Público Estadual, onde os Procuradores de Justiça exercem suas funções nos Tribunais, *apenas como fiscais da lei*, e os Promotores de Justiça atuam perante os Juízos de primeira instância.

**07.** Por outro lado, o artigo 32, inciso III, da Lei n° 8.625/93 dispõe ser atribuição do Promotor de Justiça *"oficiar perante a Justiça Eleitoral de primeira instância com as atribuições do Ministério Público Eleitoral previstas na Lei Orgânica do Ministério Público da União"*. Nesse passo, de igual importância a redação dos artigos 78 e 79 da Lei Complementar n° 75/93, *verbis*:

*"Art. 78 - As funções eleitorais do Ministério Público Federal perante os Juízes e Juntas Eleitorais serão exercidas pelo Promotor Eleitoral.*

*Art. 79 - O Promotor Eleitoral será o membro do Ministério Público local que officie junto ao juízo incumbido do serviço eleitoral de cada zona."*

08. Como se vê, cabe ao Promotor Eleitoral, e não ao Procurador Regional Eleitoral, oferecer as contra-razões em feitos distribuídos ao Tribunal na forma do artigo 600, parágrafo 4º do Código de Processo Penal.

09. Entendimento diverso deste colocaria em cheque a própria viabilidade da manifestação ministerial, eis que não poderia o Procurador Regional Eleitoral oferecer as contra-razões, atuando aí como parte, e, logo em seguida, elaborar seu parecer recursal, atuando aí apenas como fiscal da lei.

10. De igual sorte estaria-se a ferir o denominado Princípio do Promotor Natural, na medida em que o órgão que estaria exercendo a sua atribuição não é aquele que a lei houvera previsto genérica e abstratamente para o caso antes de seu surgimento.

11. De se observar ainda que este Princípio já foi consagrado pelo Pretório Excelso, e a sua não observância pode acarretar a nulidade dos atos praticados.

12. Nesse sentido, encontramos o posicionamento de ilustres estudiosos da matéria, como os Professores Sergio Demoro Hamilton e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Em âmbito estadual, a matéria também já foi regulamentada pela Resolução nº 277/87 do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que em seu artigo 1º assim dispõe:

*"Art. 1º - No caso de incidência no art. 600, parágrafo 4º do Código de Processo Penal, ressalvada a hipótese da designação especial, cabe à Promotoria de Justiça junto à Vara de origem arrazoar ou contra-arrazoar, segundo a espécie, a apelação criminal, em processo de ação pública."*

13. É certo que a referida Resolução também incumbe o Procurador de Justiça de providenciar a remessa dos autos ao Promotor com atribuição para que este possa se manifestar. Entretanto, não cremos ser aplicável tal dispositivo ao caso concreto, eis que, tendo-se em vista a peculiaridade da organização física e instrumental do Ministério Público Eleitoral, tal providência se tornaria inviável.

14. Ante o exposto, requer a Procuradoria Regional Eleitoral sejam os presentes autos encaminhados ao Exmoº Sr. Promotor Eleitoral em exercício junto a 89ª Zona Eleitoral, a fim de que possa este órgão do Ministério Público Eleitoral ofertar suas contra-razões, retornando os autos em seguida a esta Procuradoria a fim de que seja apresentado o parecer recursal.

Rio de Janeiro, 08 de outubro de 1996.

**Alcides Martins**  
Procurador Regional Eleitoral

## ***Recurso Especial. Direito de visitação. Interesse dos menores justaposto ao dos pais. Ausência de prequestionamento***

### ***Recurso Especial na Apelação Cível nº 4190/93***

**Recorrente:** Ivete do Carmo Menezes

**Recorrido:** Raul Paranhos

Recurso especial.

Modificação de cláusula.

Decisão dispondo sobre o direito de visitação aos filhos.

Interesse dos menores justaposto ao dos pais.

O poder discricionário do juiz ao decidir matéria de guarda e visitação, privilegiando o direito dos menores, não configura decisão extra petita.

Ausência de prequestionamento do tema.

Matéria de fato.

Incorreção jurídica do pleito.

Inadmissão do recurso.

### ***PARECER***

Trata-se de recurso especial interposto, em tempo hábil e com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela Egrégia Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça, assim ementado:

**“MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA.** Bem apreciada a espécie, confirma-se a sentença por seus próprios fundamentos.

Apelos improvidos.”

Sustenta a insurreta contrariedade aos artigos 2º, 128 e 262, do Código de Processo Civil, por ter o aresto impugnado, ao integrar a sentença em seus fundamentos na forma regimental, decidido *extra e ultra petita*, alterando o pedido formulado na ação de modificação de cláusula ao dar “validade a um acordo que já se esgotara, porque devidamente cumprido” (fls. 174), estabelecendo, assim, regramento próprio para a visitação dos filhos da recorrente, que extravasou os limites do pleito autoral.

A matéria não restou prequestionada, deixando o aresto impugnado de debater a questão relativa ao julgamento *extra petita*.

Muito embora tenha a recorrente sustentado, desde a apelação (fls. 118/119), a

existência desse vício na sentença, não cuidou, frente ao silêncio do acórdão, de opor embargos de declaração tendentes a suprir tal omissão.

Cabe, assim, aplicar a hipótese de Súmulas n<sup>o</sup>s 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, salienta o *decisum* esse ponto, a sentença por ele acolhida procurou preservar os interesses dos menores. Ressaltado, portanto, o caráter subjetivo da decisão, buscando, mediante exame dos fatos da causa, dar ao litígio uma solução que resguardasse os menores dos efeitos da divergência dos pais, levando em consideração, ainda, o preponderante interesse dos filhos: “nesta parte, mister se faz examinar a prova produzida nos diversos autos acima relatados, levando-se em consideração o que dispõe o artigo 462, do Código de Processo Civil, mas fixando-se, desde já, que o interesse dos filhos deve prevalecer...” (fls. 93).

Evidencia-se, pois, a natureza eminentemente fática da questão, cujo enfoque exigiria inadmissível reexame das provas, teor da Súmula n<sup>o</sup> 7, do Superior Tribunal de Justiça.

Se não bastasse, falta à argumentação da recorrente plausibilidade jurídica.

A regulamentação das visitas solucionou a divergência entre os pais, dando primazia ao interesse dos menores, atuando o magistrado nos limites autorizados pela lei, que atribui ao juiz poder discricionário em matéria de guarda e visitação (arts. 13 e 15, da Lei n<sup>o</sup> 6515, de 1977). Daí ser admissível concluir pela inexistência de ofensa aos artigos 128 e 460, do Código de Processo Civil e ao princípio da adstrição, podendo o juiz decidir segundo as circunstâncias.

Justifica-se, por tais fundamentos a formulação de um juízo negativo relativamente ao recurso especial interposto.

Rio de Janeiro, 25 de outubro de 1995.

**Edmundo José Anjo Coutinho**  
Procurador de Justiça

Aprovo.

**Hamilton Carvalho**  
Procurador-Geral de Justiça

***Mandado de segurança impetrado por usuário e por associação civil integrada por usuários de transporte coletivo intermunicipal. Interesse difuso dos usuários presente. Legitimação para mandado de segurança coletivo e individual***

***Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro***  
***Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 1092/94***

**Recorrentes:** João Baptista Timóteo Lyra e Associação dos Moradores do Morro da Dona Inez (AMDI)

**Recorrido:** Município do Rio de Janeiro

Recurso ordinário. Mandado de segurança impetrado por usuário e por associação civil integrada por usuários de transporte coletivo intermunicipal (ônibus), contra ato normativo municipal de efeitos concretos, Decreto nº 14499/94 do Município do Rio de Janeiro, que altera itinerário, entre outras, de linha entre Niterói e o Centro da cidade do Rio de Janeiro.

Acórdão recorrido que denega a ordem por declarar a ilegitimidade de usuários para insurgir-se contra alteração de itinerários de linhas de ônibus.

Art. 175, parág. ún., II e IV, da Constituição Federal.

Arts. 3º, § 2º, 22 e 59 e seus parágrafos de Lei nº 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), c/c arts. 6º, VII, da referida lei.

Arts. 6º, e seu § 1º, e 7º, I, II e III, da Lei nº 8987/95.

Possibilidade jurídica do controle de legalidade de atos discricionários da Administração Pública pelo Poder Judiciário. Súmula nº 473 do STF.

Interesse difuso dos usuários presente. Legitimação para mandados de segurança coletivo e individual.

Parecer pelo provimento do recurso ordinário, para que o C. Tribunal *a quo* examine o mérito da pretensão deduzida no mandado de segurança.

***PARECER***

1. Interpõe-se, tempestivamente e com devido preparo, com doutes razões de f. 248/258, fundado no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, recurso ordinário em face do v. acórdão de f. 236 que, decidindo em única instância neste Tribunal man-

dado de segurança, denegou a ordem, assim expressando, em ementa e no voto condutor, a lide e seu entendimento:

“Mandado de Segurança.

Ilegitimidade de usuários de linhas de ônibus para insurgir-se contra alteração de itinerários de linhas de ônibus.

(*omissis*)

.....  
Decreto do Prefeito regulamentou o tráfego de ônibus intermunicipais pelo Centro da Cidade.

Um morador e uma associação de bairro de Niterói impetraram mandado de segurança, alegando que a alteração lhes causa prejuízo e é ilegal.

Os usuários de linhas não têm legitimidade para se insurgir contra alteração de itinerários de linhas de ônibus. Falta-lhes direito subjetivo de intervir em matéria dessa natureza, de competência exclusiva da municipalidade ou do Estado e que afetam as empresas de ônibus. Se essas empresas ou o Estado não impugnaram o ato, a impetração importa em querer obrigar as titulares das linhas a seguir itinerário que não lhes interessa.”

2. Houve doutos votos vencidos, inclusive do eminente Desembargador Relator, a f. 237/245, deles se colhendo em ementa a f. 237/238, no pertinente ao dissídio a ser examinado neste recurso especial, seguinte convencimento:

“Constitucional-Administrativo.

Mandado de Segurança, individual e coletivo, somando objetivo comum, investindo contra decreto municipal, no patamar de ato administrativo passível de controle jurisdicional por produzir efeitos concretos, posto que ofensivo a direitos individuais dos usuários que se valem dos serviços de transporte coletivo, de seus domicílios, em cidades periféricas, ao centro do Município do Rio de Janeiro, com imposta alteração dos originários itinerários, sem a imprescindível participação do Estado, este delegante e controlador das linhas intermunicipais, cujos deslocamentos se convergem para esticadas longas e compulsórias baldeações, ensejando o fenômeno da duplicidade de tarifas, afetando o fator tempo e a economia da massa de obreiros, de reduzida capacidade econômica, assalariados que são, cuja fatia de gasto, qualquer que seja, lhes fere inconcusso direito subjetivo.

Ostensivo desacato ao art. 239 e seus parágrafos, da Carta Política do Estado, com despreço à legislação estadual pertinente à disciplina das linhas intermunicipais de que trata a Lei nº 1221, de 6.11.87.

Possibilidade jurídica do pedido e sua medração face à evidenciada lesão ao nominado impetrante, o que estende aos representados

da entidade de classe, coletivamente, por eles autorizada a agir em decisão assemblear.

(omissis)

.....”  
3. Quando do julgamento de cujo resultado ora se recorre, este Ministério Público, em parecer da lavra do eminente Procurador de Justiça Luiz Sérgio Wigderowitz, a f. 148/151, embora ali se manifestasse pela denegação da ordem, ressaltou, à f. 149, se afigurar correta a legitimação dos impetrantes para este *writ*.

4. Nas razões do recurso ordinário, em síntese, os impetrantes afirmam a própria legitimação ativa para o *writ*, com fulcro no art. 8º, parágrafo único, e 175, parágrafo único, IV da Constituição Federal, no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8987, de 13.02.95, e nos arts. 1º, 2º e 6º, X, da Lei nº 8078, de 11.09.90 (Código de Defesa do Consumidor), pelos motivos expostos a f. 250/255. Sustentam a manutenção dos efeitos da medida liminar concedida, fortes na lição do Prof. Hely Lopes Meirelles, que citam, e concluem por pedir provimento do recurso para ser cassada a decisão recorrida, e nova seja proferida, removendo-se a ilegitimidade decretada, ou, quando assim não se entenda, provimento do recurso para que seja a segurança, ela mesma, concedida.

5. O Município do Rio de Janeiro, a f. 261/264, ofereceu contra-razões, em defesa do douto aresto em tela, porque o referido decreto municipal não fere direito líquido e certo de quem quer que seja, porque o eventual interesse de alguns, como os impetrantes, não poderá prevalecer sobre o da coletividade maior que transita na cidade, enfrentando um tráfego desordenado e caótico. Ressalta que o próprio Estado do Rio de Janeiro, intimado, deixou de se insurgir contra o ato atacado, assim também as concessionárias atingidas não manifestaram qualquer resistência ao seu cumprimento. Conclui que, a se admitir que os impetrantes tenham legitimidade para atacar o indigitado decreto, ter-se-ia de também admitir que cada usuário tenha direito de manter ou alterar determinado ponto de parada de ônibus, segundo seus interesses pessoais.

6. Este, em resumo, o relatório.

7. O parecer é no sentido de se admitir seguimento do recurso ordinário, porque cabível, ainda que a decisão recorrida, como no caso, tenha deixado de examinar o mérito da pretensão do *writ* (cf. RSTJ 9/187, 9/212, 14/157 e RTJ 132/716), e atendidos os demais requisitos legais de admissibilidade do recurso.

8. Conhecido, opina-se pelo provimento do recurso, adotando-se, em síntese, nessa parte da legitimação ativa para o *writ*, o douto voto vencido de f. 237/245, como razões deste parecer.

9. A teor do art. 175, parágrafo único, II e IV, da Constituição Federal, há interesses difusos e coletivos dos usuários de serviços públicos, prestados diretamente pela Administração Pública, ou, delegadamente, por concessionários ou permissionários desta, mediante contrato administrativo.

10. Isso mesmo resulta do reconhecimento de que são consumidores, sujeitos de tais interesses, esses usuários, dado que os serviços públicos estão incluídos entre os serviços sobre os quais incidem o Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8078/90 -, como deduz-se da interpretação conjugada dos arts. 3º, § 2º, 22 e 59 dessa Lei, e dá acesso ao Poder Judiciário para sua proteção - dos interesses difusos e coletivos dos consumidores de serviços públicos -, que se garante no art. 6º, VII, daquele Código de Defesa do Consumidor, evidentemente por ação.

11. Nessa linha, com o advento da Lei nº 8987/95, que regulamentou o citado art. 175 da Constituição Federal, quanto às licitações e contratações administrativas das concessões e permissões de serviços públicos, por seus arts. 6º, § 1º, e 7º, I, II e III, também se propiciou aos usuários zelarem pela legalidade e adequação dos serviços públicos que lhes são prestados.

12. Entre os meios de acesso ao Poder Judiciário, para esse zelo, não se pode excluir o mandado de segurança, coletivo ou individual, como no caso presente, quando coletivo o interesse protegido pela atividade institucional da segunda impetrante, ou quando individual, como no caso do primeiro impetrante, desde que, evidentemente, atendidos os demais pressupostos processuais e condições da ação de mandado de segurança, máxime quando ato administrativo de efeitos nitidamente concretos, sobre vários itinerários de linhas de ônibus intermunicipais, como o Decreto municipal aqui atacado, possa, em tese, ferir direitos desses usuários.

13. O v. acórdão recorrido, como dele se transcreveu, *tout court*, entretanto, somente reconhece direito de ação quanto à legalidade daquele Decreto ao próprio Estado do Rio de Janeiro, dado o caráter intermunicipal das linhas de ônibus coletivos, e aos concessionários e permissionários de tais linhas, chegando a asseverar, com a devida vênia, erroneamente, que o interesse jurídico na existência e manutenção de determinados itinerários pertença exclusivamente às empresas "titulares das linhas", o que contraria, inteiramente, o devido reconhecimento de interesses difusos e coletivos dos consumidores usuários de serviços públicos, garantidos pelos citados dispositivos constitucionais e legais, e que o duto aresto em tela nega, ao negar direito de ação aos usuários, em tese, para sua proteção.

14. Averbe-se, aqui, que a simples omissão do Estado do Rio de Janeiro e das concessionárias e permissionárias das linhas de ônibus, que, concorrentemente, ostentam interesse jurídico na negativa de legalidade do Decreto municipal atacado neste *writ*, não exclui o interesse dos usuários, organizados em associação, como é o caso da segunda impetrante, ou de usuário, individualmente, de buscar tal controle, ainda pela via da ação de mandado de segurança, em tese.

15. Anote-se, ainda, como posto na exordial e anotado no duto voto vencido de f. 237/245, que o controle jurisdicional do ato administrativo municipal de efeitos concretos que se busca exercer, neste *writ*, é de legalidade de tal ato, ainda que seja este de natureza insitivamente discricionária, pois isso não exclui que se submeta a tal controle - quanto à legalidade dos elementos em que se constitui a competência, o motivo e o objeto (ou resultado) do ato -, aquele Decreto municipal.

Por tais motivos, é o parecer pelo seguimento e provimento do recurso, em parte, para se determinar que o E. Tribunal *a quo*, removida a ilegitimidade ativa para o *writ* que declarou, lhe examine o mérito da pretensão.

Rio de Janeiro, 20 de maio de 1996.

**Elio Fischberg**  
Procurador de Justiça

Aprovo.

**Hamilton Carvalho**  
Procurador-Geral de Justiça

**Recurso Extraordinário. Ministério Público. Legitimidade  
concorrente para a prática de atos na persecução penal.  
Inexistência de monopólio da Polícia Judiciária  
para a investigação penal**

**Tribunal de Justiça  
Habeas Corpus nº 615/96**

**Recorrente:** Ministério Público

**Recorrido:** Castor Gonçalves de Andrade Silva

**Recurso extraordinário. Habeas corpus parcialmente deferido para atribuir à Polícia Judiciária o monopólio da investigação penal, coibindo o Ministério Público de praticar, na persecução penal, qualquer outra atividade que não a de requisitar diligências e acompanhar-lhes a realização. Tempestividade. Prequestionamento. Razoabilidade da alegação de afronta direta aos arts. 144, § 4º, 127 *caput*, e 129, I e VIII, VI e VII, da Constituição Federal. Recurso extraordinário admissível.**

**PARECER**

1. Por meio da petição de fls. 236/70, e através do Procurador-Geral de Justiça, o Ministério Público interpôs recurso extraordinário contra o v. acórdão de fls. 156/62, proferido unanimemente pela E. 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça no julgamento do *habeas corpus* 615/96.

A decisão recorrida apresenta a seguinte ementa:

*“Processual Penal. Habeas corpus. Conhecimento. Investigações criminais. Atribuição da Polícia Judiciária. Atribuições do Ministério Público. O devido processo legal.*

A ação de *habeas corpus* controla não somente o direito à liberdade, senão também a validade do procedimento de que possa resultar a restrição a esse direito.

A função de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares, são privativas das polícias civis.

Ao Ministério Público cabe o monopólio da ação penal pública, mas sua atribuição não passa do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar.

Somente quando se cuidar de inquéritos civis é que a função do Ministério Público abrange também a instauração deles, a de outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, aqui incluídas as diligências investigatórias.

Ordem concedida, em parte.”

Contra o julgado foram interpostos, pelo Recorrente, embargos declaratórios a fls. 167/8, sendo eles rejeitados através da decisão de fls. 175/6.

Na petição de interposição do apelo extremo (fls. 236/70), alega-se ofensa aos arts. 144, § 4º, 127, *caput*, e 129, I e VIII, VI e VII, todos da Constituição Federal.

O Recorrido ofereceu resposta a fls. 299/307, impugnando o cabimento do recurso e pleiteando o respectivo desprovimento.

Remeteram-se em seguida os autos a esta Procuradoria-Geral, para oferecimento de parecer.

Passo a opinar.

2. O recurso extraordinário é *admissível* e exige deferimento.

Estão satisfeitos o *quantum satis*, na espécie, com efeito em relação a *todos os fundamentos invocados*, os requisitos de admissibilidade do apelo extremo.

3. O recurso extraordinário é *tempestivo*.

O Ministério Público tomou ciência do julgado em 21 de agosto de 1996 (fls. 162), sendo o recurso interposto no prazo legal, em 2 de setembro subsequente (fls. 236).

Ultimado o julgamento de embargos declaratórios interpostos, foi o apelo extremo oportunamente reiterado, por meio de petição devidamente protocolizada.

4. Houve *prequestionamento*.

Para a caracterização da exigência, não se fazia sequer necessário, a rigor, o oferecimento de embargos declaratórios.

No acórdão e no recurso se cuida de uma questão básica, consistente em saber se só e tão-somente a Polícia Judiciária pode exercer qualquer atividade investigatória na persecução penal, ou se esta atividade pode ser desempenhada também, de modo autônomo, ainda que subsidiário, pelo Ministério Público.

É em torno deste assunto que giram o acórdão, o recurso contra ele interposto, e as regras constitucionais cuja violação se alega no apelo extremo (arts. 144, § 4º, 127, *caput*, e 129, I e VIII, VI e VII da Constituição Federal).

Trata-se de dispositivos que o julgado, aliás, menciona expressamente: o art. 144, § 4º, da Lei Maior está mais de uma vez mencionado na motivação do aresto, que textualmente deduz a conclusão a que chega “da análise combinada dos arts. 127 e segs.” - abrangente de toda a disciplina constitucional do Ministério Público - “e 144, § 4º, da Constituição Federal” (fls. 160), e alude ainda, especificamente, ao art. 129, I, da Carta Federal (fls. 160).

Constituiu, portanto, simples medida de cautela, cuja ausência não comprometeria a viabilidade do recurso extraordinário, a interposição de embargos declaratórios, rejeitados (fls. 175/6), nos quais se instou o E. Tribunal a manifestar-se sobre o disposto no art. 129, VI, VII e IX, da Constituição Federal (fls. 167/8).

5. Diferentemente do que defende o Recorrido, a alegação não é de ofensa *indireta*, mas de ofensa *direta* a preceitos constantes da Lei Maior.

Na doutrina do recurso extraordinário, a ofensa se diz indireta ou reflexa quando sua verificação depende necessariamente do exame de legislação infraconstitucional, cuja violação constituiria pressuposto da ofensa.

É o que pode ver-se, por exemplo, em julgado recente da Suprema Corte, proferido no agravo regimental 170637-7 e relatado pelo eminente Min. Moreira Alves, onde se expõem as razões da limitação:

“Ementa: Agravo regimental. - É firme o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe recurso extraordinário quando a alegada ofensa à Constituição é reflexa ou indireta, porquanto, a prevalecer o entendimento contrário, toda a alegação de negativa de vigência de lei ou até de má interpretação desta passa a ser ofensa a princípios constitucionais genéricos como o da reserva legal, o do devido processo legal ou o da ampla defesa, tornando-se, assim, o recurso extraordinário - ao contrário do que pretende a Constituição - meio de ataque à aplicação da legislação infraconstitucional. Agravo a que se nega provimento.”

Este não é, contudo, o caso dos autos.

As alegações constantes da petição recursal aludem fundamentalmente a normas integrantes da Lei Maior; não invocam preceitos infraconstitucionais senão, em alguns poucos casos, como mero reforço de argumentação, fincada toda ela, exclusivamente, em dispositivos da Constituição Federal.

A circunstância de alguns dos preceitos constitucionais apontados no recurso extraordinário - não todos - fazerem alusão à regulamentação infraconstitucional, diversamente do que supõe o Recorrido, não lhes retira valor normativo, não lhes subtrai eficácia autônoma e não lhes suprime, conseqüentemente, a aptidão para serem, eles próprios, violados, diretamente, como se deu, aliás, na espécie, e está suficientemente demonstrado na petição de interposição, em termos que as contrarrazões não comprometem.

Merecem reprodução conjunta, neste contexto, os incisos do art. 129 da Constituição de 1988 que se dizem violados no apelo extremo:

“Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de

sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

**VII** - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

**VIII** - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

...”

Basta tomar-se o primeiro.

Declara o Recorrido tratar-se de dispositivo que, apenas por conter a cláusula “na forma da lei”, não é suscetível de ofensa direta. O equívoco é tão óbvio que quase dispensa demonstração. Seria certamente inconstitucional, à margem de consideração de qualquer ordem, lei que outorgasse a outra instituição, que não o *Parquet*, a promoção de ação penal pública, e a inconstitucionalidade - frontal, direta, manifesta, infoscismável -, se revelaria perfeita e inteiramente merecedora de censura da Suprema Corte por meio de recurso extraordinário.

6. As alegações de contrariedade à Carta Magna são, para dizer o mínimo, além disto, mais do que *razoáveis*, e estão a merecer o elevado exame da Suprema Corte.

Acha-se satisfeito, portanto, requisito que figura no verbete 285 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Não contravém à razão, com efeito, declarar-se que amputar-se do Ministério Público, na persecução penal, o poder de investigar por si mesmo a prática de ilícitos, quando a Polícia se revele omissa ou ineficiente, vulnera as finalidades que o art. 127, *caput*, conferiu ao *Parquet*, assim como poderes que estão implícitos - mas não são por isto menos vigorosos ou relevantes - nas funções institucionais previstas no art. 129, **I** - propor a ação penal pública -, **VIII** - requisitar diligências investigatórias e instauração de inquéritos -, **VI** - expedir notificações em procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los -, e **VII** - exercer o controle externo da atividade policial.

Mostra-se mais do que plausível, por outro lado, o asserto de que, ao instituir exclusividade na Polícia para a atividade investigatória, o acórdão recorrido contrariou o art. 144, § 4º, da Constituição Federal - quando menos, porque a referência à exclusividade não consta da cláusula constitucional, assim como não consta igualmente, ao contrário do que diz o Recorrido haver-se declarado no recurso, da regra atributiva de competência para a apuração de infrações penais pela Polícia Federal (art. 144, § 1º, I e II).

São pontos que estão a demandar o exame do Supremo Tribunal Federal.

7. Cabe aqui, numa última palavra, sublinhar a relevância do tema constitucional versado no recurso extraordinário.

Trata-se, de um lado, de fixar o perfil que a Lei Maior traça para o Ministério Público e saber se com ele é compatível o papel secundário - quase subalterno - que lhe atribui o entendimento adotado no acórdão recorrido.

Cuida-se, de outro lado, de saber se a atividade investigatória constitui, como quer o aresto impugnado, monopólio absoluto da Polícia Judiciária, e se este monopólio, que não se infere do texto da Constituição Federal e entra em confronto em mais de um ponto com a legislação infraconstitucional, como demonstra a petição de interposição, constitui conseqüência de princípios constitucionais, atendendo equilibradamente, como é mister, ao interesse dos indivíduos em não serem indevidamente perseguidos pelo Estado e, ao mesmo tempo, ao interesse público na efetiva aplicação da lei penal.

O assunto é relevantíssimo e delicadíssimo, e nele estão sendo postas em confronto - no caso sob estímulo oportunista - instituições estatais incumbidas da persecução penal, atividade cuja eficiência se mostra cada vez mais necessária e mais urgente em nossos dias.

8. Em face do exposto, é o parecer no sentido de que *se admita* o recurso.

Rio de Janeiro, 19 de novembro de 1996.

**Helcio Alves de Assumpção**  
Procurador de Justiça

Aprovo.

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

*Recurso administrativo. Desvio de finalidade da administração. Inobservância do princípio da proporcionalidade punitiva*

*Conselho da Magistratura*

*Processo nº 675/94*

*Recurso Administrativo*

**Recorrente:** Norma de Souza Brasil Pimentel

“Recurso contra ato punitivo. Suspensão por 90 dias. Há indiscutível desvio de finalidade quando a Administração sanciona o titular do cartório, responsável originário pelas condutas ditas ilícitas, com penalidade mais leve, e ainda convertida em pecúnia, e penaliza a serventúria obediente a tais práticas com sanção mais grave. Parecer pela anulação da sanção para ser, se for o caso, observado o princípio da proporcionalidade punitiva.”

**PARECER**

1. A Recorrente se irressigna contra a pena de suspensão por 90 dias, imposta pelo Exmo. Corregedor-Geral com base em conclusão da Comissão Permanente de Processo Disciplinar, oferecendo o recurso de fls. 728/735, que, no entanto, não ensejou a reconsideração do ato punitivo, conforme se observa a fls. 740.

2. Necessário destacar que o processo disciplinar iniciou-se em razão de correição processada no ilustre Juiz Auxiliar da Corregedoria, e que, com a devida vênia, deu tintas fortes demais a situações corriqueiramente ocorrentes nas diversas serventias do Judiciário. E foram essas cores exageradas que acabaram por induzir a comissão disciplinar e culminaram por tornar descompassadas as punições impostas e as soluções adotadas.

3. Também é oportuno deixar claro que, pelos elementos do processo, pode verificar-se que inicialmente foram indiciados e acusados o titular do 3º Inventariante Judicial, Emmanuel Martins da Cruz, e a ora Recorrente, que se tornou responsável pelo cartório diante do afastamento do titular para ocupar cargo público em outro órgão do Estado.

4. Ao exame deste processo, não poderíamos ser justos se não soubéssemos, de antemão, das dificuldades que enfrenta o Judiciário e suas várias serventias: falta de servidores, de bens de apoio, de local próprio. Tudo, enfim, como acontece com os órgãos do Estado, face a sempre dificultosa situação financeira deste.

5. Por outro lado, também não haveria justiça se fosse ignorado o fato de que a serventia da Recorrente foi alvo de correição especial em 1983, com o mesmo titular e ela própria, Recorrente, e que culminou com o relatório de fls. 187/192, no qual a digna Juíza - Presidente da Comissão, Dra. Márcia Helena Nunes, realçou que nada encontrou de irregular na gestão desta última, mostrando todos os percalços que a serventia sofria.

6. Tudo isso é preliminarmente invocado para analisar-se os fatos imputados à Recorrente: contratação de advogados; pagamento de "comissões" a advogados; descumprimento de horário de expediente; não utilização de crachá (pasmese com tal preocupação), enfim os fatos que constam da portaria inauguradora do processo disciplinar.

7. Entendemos que a defesa apontou com proficiência o rigor das acusações. E a própria CPPD reconhece isso em várias passagens de seu relatório (fls. 707/716). Na verdade, tudo teve uma explicação razoável. Por exemplo: o depósito de quantias em favor do espólio após os pagamentos devidos por este. A permanência de Mário que não tinha vínculo regular com a serventia. Ocorre que, quando foi feita a correição anterior, Mário já lá estava. Está lá há mais de dez anos. E só havia um funcionário no cartório: a própria Recorrente. Ora, não é possível que somente agora a Administração resolva apontar como ilícito grave. Ou será que não houve anteriormente melhor policiamento por parte da Administração? Ou será que não haviam sido encaminhados os funcionários que o cartório precisava? Esses, aliás, é bom dizer, só foram lotados após o processo disciplinar. Não antes.

8. A contratação de advogados: nada mais justificável na hipótese. Sem funcionários, com o ônus de gerir dezenas de imóveis pertencentes a espólios, muitos deles alugados a terceiros, como poderia uma só pessoa, ou quando muito duas, dar conta de tais funções?

9. Na verdade, não nos convencemos do acerto das conclusões do processo disciplinar. Desejamos, todavia, realçar dois pontos, dentre outros, que nos abonam esse convencimento. O primeiro diz respeito à prática dos atos considerados ilícitos pela Administração. Se é verdade que a Recorrente tenha pecado um pouco por sua ingenuidade, já que poderia ter-se recusado a trabalhar nessas condições, informando a Corregedoria do que ocorria, o certo é que já encontrou todas as práticas em funcionamento. Ou seja, nada foi por ela concebido ou implantado. Tudo já provinha de ordens do antigo titular do cartório. E, é lógico, tal fato deveria ter sido levado em consideração.

10. Mas há outro fato que causa perplexidade. O titular do cartório - que também era o titular das ordens transmitidas à Recorrente, sua funcionária - foi apenado com suspensão por 30 dias (fls. 717). E - o que soa inteiramente estranho - teve sua punição reconsiderada em ordem a ser convertida em multa! Em outras palavras: o titular do cartório, autor das ordens de conduta administrativa, viu atendido seu pedido de reconsideração para o fim de converter-se a pena em multa. Sendo raríssimas as hipóteses de acolhimento de pedidos de reconsideração - até porque todos

sabem da inocuidade desse recurso, pois que é examinado pela mesma autoridade que profere a decisão atacada - fica-se sem saber, na verdade, o porquê de tamanha atenuação, continuando a Recorrente - a servidora obediente às ordens - com a mesma sanção.

11. Em nosso entendimento, passou-se na verdade o fato do desvio de finalidade, pois que não admite a lei que determinado servidor autor de ilícito receba benesses não estendidas a outro, ainda mais quando a situação é como a que se passou neste processo.

12. É preciso pensar sobre dois princípios que foram vulnerados. *Primo*, o da impessoalidade, inerente ao da finalidade, que “concretiza o querer da Administração, a satisfação de um interesse público”, como bem registra **Manoel de Oliveira Franco Sobrinho** (*Curso de Direito Administrativo*, 1979, pág. 171).

13. Depois, é necessário observar na hipótese o princípio da proporcionalidade punitiva, ou seja, não pode ser atribuída a servidor que tenha conduta de cunho impositivo sanção menos grave que a daquele que se limitou a executar práticas por aquele implantadas. O caso, aí, é de invalidade do ato punitivo por vício na congruência, ou seja, a falta de compatibilidade entre o motivo e o objeto do ato.

14. Pelo exposto, é o parecer no sentido de ser anulado o ato punitivo, para o fim de que, se for o caso de considerar-se ilícitos os fatos imputados, seja aplicada a sanção compatível com a conduta da Recorrente e com aquela da qual acabou por beneficiar-se o titular do cartório.

Rio de Janeiro, 13 de setembro de 1994.

**José dos Santos Carvalho Filho**  
Assessor Especial

Aprovo.

**Hamilton Carvalhido**  
1º Subprocurador-Geral de Justiça

***Revisão Criminal. Homicídio culposo. Nova prova (parecer técnico) produzida 10 anos após o evento, sem ser contraditada pelo Ministério Público, não pode prevalecer sobre exame de local realizado poucas horas após o evento. A prescrição da condenação em sede de Revisão só pode ser declarada após a recusa da pretensão pelo Juízo a quo***

*Procuradoria de Justiça junto ao 2º Grupo de Câmaras TACrim/RJ  
Revisão Criminal nº 673/95*

**Requerente:** Marcio José da Cruz

**Requerido:** Ministério Público

**Egrégio 2º Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal**

***Síntese Opinativa***

“Revisão Criminal para homicídio culposo advindo da colisão do carro dirigido pelo Requerente contra um poste. Inocorrência de cerceamento de defesa a ensejar nulidade processual, seja com relação à oitiva de testemunhas, em fase policial, sem contraditório, posto que renovadas, sob tal crivo, em Juízo, seja com relação ao indeferimento da inquirição de testemunhas, por intermédio de Cartas Precatória e Rogatória (que não suspendem a instrução criminal e o próprio julgamento do feito), desinfluentes para o desenlace decisório (já que de vítimas de lesões corporais já prescritas) e a evidenciar nítida manobra protelatória defensiva objetivando atingir a prescrição do outro delito. Sentença condenatória que não se fundou em depoimentos inquinados de falsos, mas, ao revés, lastreou-se em diversificado e robusto suporte probatório de convicção (prova pericial, provas testemunhais outras, sentença indenizatória cível e a relação de causa e efeito existente entre a culposa conduta do ora Requerente e o traumatismo, hemorragia e fratura do crânio da vítima fatal). Novas provas de inocência (parecer técnico produzido mais de uma década depois do evento, sem ter sido contraditado pelo M. P. de 1º Grau, não possui autoridade técnica para prevalecer sobre o laudo de exame de local realizado poucas horas depois do acidente, que concluiu ter sido

o acidente resultante do excesso de velocidade utilizada, pelo Requerente, na condução do seu veículo, bem como mera notícia jornalística dando conta do envolvimento criminoso anos mais tarde de testemunha não invalida anterior depoimento pela mesma bem antes prestado) que se afiguram impróprias para reverter a condenação imposta. Inexistência ainda de exacerbamento da condenação e da pena a ensejar Súplica Revisional, não só em razão de já rechaçado, anteriormente, tal fundamento no V. Acórdão da 1ª Câmara deste E. Tribunal, como, também, porque o elevado grau de culpa e as consequências do delito recomendam a imposição do acréscimo decorrente da inobservância de regra técnica, nos delitos do automóvel. Ônus probatório do Requerente em apresentar fatos ou novas provas a justificar reapreciação de circunstância que minore a condenação. Prazo prescricional da pretensão executória estatal pertinente, ainda não completado *in casu*. Eventual declaração da prescrição da condenação, em sede de Revisão, só pode ser alvitrada após recusa do Juízo *a quo* competente.”

### PARECER

1 - O requerente foi condenado, pela r. sentença prolatada, às fls. 203/206 (do apenso), pelo Dr. Luiz Felipe Miranda de Medeiros Francisco (MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrópolis), confirmada pelo V. Acórdão da 1ª Câmara deste E. Tribunal (fls. 241/243), com trânsito em julgado em 3/10/1991 (fls. 245), que tão-somente corrigiu erro material verificado no “*quantum apenatório*”, para então, estatuir a pena em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção, que já está sendo, inicialmente, cumprida em Regime Semi-Aberto (fls. 267), por infringência ao artigo 121, §§ 3º e 4º, C.P., apresentando, por intermédio de seu patrono, as Razões respectivas, instruídas em conformidade com o disposto pelo artigo 625, § 1º, do Código de Processo Penal, postulando o que se analisa a seguir.

2 - Após historiar a marcha processual até aqui desenvolvida (item I), colima o Requerente revisar o processo, alegando em dois itens do seu petitório (II e III), a ocorrência de cerceamento de defesa a ensejar, por consequência, nulidade. Desarrazoadas, *in totum*, as pretensões em tal sentido formuladas, tendo em conta que, relativamente à oitiva dos taxistas Oziel e Eduardo procedida, na delegacia policial, às fls. 60/61, com inobservância do contraditório (item II), foi a mesma sanada, por intermédio do r. despacho judicial de fls. 93, que determinou a inquirição dos mesmos em Juízo, sob o crivo do contraditório (fls. 100/101 e 130/131), sem qualquer prejuízo, portanto, para a Defesa, até porque com a anulação da portaria da autoridade policial determinada pelo r. despacho judicial de fls. 121, as peças anteriores passaram à condição de meramente informativas e, por conseguinte, incapazes de produzir nulidade! Quanto à não inquirição de testemunhas de defesa (item 3), melhor sorte não assiste ao Requerente. Uma delas (Daniel) não foi localizada no ende-

reço fornecido (fls. 177 verso), limitando-se a Defesa a informar, a fls. 186, tão somente o endereço comercial da sede da firma empregadora da citada testemunha (piloto da aviação comercial), o que, notoriamente, afigura-se insuficiente para a intimação da mesma, através de Carta Precatória, como observado, pelo MM. Juiz *a quo* para indeferir tal oitiva (fls. 189 verso). Ademais, ainda que expedida fosse a deprecata não suspender-se-ia, em razão da mesma, a instrução criminal ou até o próprio julgamento do feito (art. 222, §§ 1º e 2º, C.P.P.), o que é aplicável, por analogia (art. 3º, C.P.P.), à rogatória (RT 507/327), de sorte que desinfluyente para o desenlace decisório, igualmente, o outro indeferimento determinado a fls. 188. Ademais, tendo em vista o caráter nitidamente procrastinatório de tais inquirições, tendo em vista que tais pessoas chegaram a pedir dispensa do comparecimento a exame de corpo de delito (fls. 69 e 71) e considerando já estarem prescritas as lesões corporais pelos mesmos sofridas à época do requerimento, como destacado, a fls. 205, pelo Sentenciador, conclui-se que o indeferimento encontra, também, por isso, amparo legal, já que o S.T.F. admite possa o Juiz indeferir a oitiva testemunhal a evidenciar manobra protelatória defensiva para atingir a prescrição (RT 668/374), que, na hipótese em destaque, seria dirigida para o crime de homicídio culposo (ainda não prescrito)!

3 - Improcede, ainda, a falsidade testemunhal apontada no item IV da Revisional, posto que, *ad argumentandum*, ainda que considerados os depoimentos de tais taxistas como inidôneos, para que acolhida fosse tal alegação necessário seria que a sentença condenatória objeto desta Revisão fosse fundamentada, exclusivamente, nos mesmos, inexistindo, nos autos, outros elementos de convicção lastreadores da condenação. Não é o que se sucedeu no presente caso. Como se observa, especificamente, de fls. 205/206, o r. *decisum* sopesou, para tanto, afora o laudo pericial de local produzido, outros depoimentos testemunhais colhidos ao longo da *persecutio criminis*, a sentença indenizatória prolatada no Juízo Cível trazida à colação (fls. 143/154) e a relação de causa e efeito existente entre a culposa conduta do ora Requerente e a *causa mortis* da vítima (traumatismo, hemorragia e fratura do crânio, conforme consignado a fls. 09 verso).

4 - Quanto às “novas provas de inocência” ofertadas (item V), não podem as mesmas serem aqui aceitas para reverter a condenação imposta. O Parecer Técnico encomendado, produzido mais de 10 (dez) anos depois da data do acidente automobilístico em apreço (acostado às fls. 16/17 desta Revisão) e, junto nesta Revisional, desobedecendo, às escâncaras, ao Princípio do Contraditório, já que não cientificando o *Parquet* oficiante no 1º Grau de Jurisdição de sua feitura e sua conclusão, não possui autoridade técnica suficiente para prevalecer sobre o Laudo de Exame de Local de Acidente de Trânsito realizado, aproximadamente, uma hora e cinquenta minutos após o evento (fls. 22/24), com os fotogramas que o acompanham (fls. 25/28 e bem ilustram o embate do veículo, naquela ocasião, dirigido pelo ora Requerente contra um poste), contendo a descrição da mecânica do evento criminoso baseada na colheita dos elementos de ordem técnica encontrados no local, que permitiram

aos Senhores Peritos concluir, às fls. 23/24, que “o acidente foi resultante do excesso de velocidade em que o veículo trafegava!” Destarte, evidenciado restou que obrou o ora Requerente com imprudência e negligência dando causa ao resultado verificado. **Conforme define, magistralmente, Damasio de Jesus, “culpa é a imprevisão do previsível”**, ou seja, é típica a conduta que deixou de observar o cuidado necessário objetivamente previsível. Como reconhece a Jurisprudência acerca da matéria em questão, é na previsibilidade dos acontecimentos e na ausência de precaução que reside a conceituação da culpa penal, pois é a omissão de certos cuidados, nos fatos ordinários da vida, perceptíveis à atenção comum, que configuram as modalidades culposas de imprudência e negligência; na hipótese vertente, demonstrado ficou, notoriamente, que, culposamente, se comportou o Requerente. Junta, ainda, xerocópia de notícia jornalística informando o envolvimento do taxista Oziel em ocorrência criminosa datada de abril do corrente ano, para desacreditar o seu testemunho. Ora, como já analisado acima no item 3, a condenação não foi fundada nesta testemunha; outrossim, o cometimento subsequente de infração pela testemunha não invalida o depoimento anteriormente prestado pela mesma, pois, na ocasião, não existia qualquer circunstância que a desabonasse para depor!

5 - Por fim, no item VI, objetiva a “revisão por exacerbamento da condenação e pena”. Com efeito, é mister se acentuar que a revisão não é uma segunda apelação, apresentando-se imprestável à mera reapreciação do já examinado anteriormente. Pois incide neste erro o Requerente, já que, em Razões de Apelação (fls. 225/227) abordou tal *vexata quaestio*, devidamente rechaçada pelo V. Acórdão da 1ª Câmara desta Corte Criminal (fls. 241/243). Assim não fosse, a pretensão não é procedente, posto que o elevado grau de culpa e as conseqüências do delito recomendam a imposição do acréscimo decorrente da inobservância de regra técnica, nos delitos do automóvel (TACRIM-SP-AC 281.287 - Rel. Albano Nogueira), tal como verificado, *in casu*, onde, inclusive, não procurou o ora Requerente diminuir as conseqüências do seu ato, que culminou por vitimar, de forma fatal, um outro jovem (Anderson). Assim sendo, nada de inovador, seja em matéria fática ou probatória, foi ofertado, neste ponto, pelo ora Requerente, como lhe competia fazer (art. 156, C.P.P.), a fim de justificar a colimada Revisão.

6 - Solicita, ao término do petitório revisional em exame, o acolhimento da prescrição da execução da pena. Inatingido ainda encontra-se o lapso prescricional do *jus executionis* do Estado. É mister, também, registrar a impropriedade da pretensão prescricional ser, em sede revisional, formulada. Dentre outros doutrinadores, com a propriedade característica, adverte Julio Fabbrini Mirabete (*in Processo Penal*, Ed. Atlas, 3ª edição, 1994, págs. 656/657), que “em caso de prescrição da pretensão executória, é necessária, originalmente, a provocação do juiz da condenação, competente para declará-la. Só na hipótese de recusa deste..., é que se deve intentar a revisão”, o que, *in casu*, não restou empreendido.

7 - *Ex positis*, s.m.j., opina o Ministério Público, por seu Procurador de Justiça com tal atribuição, pelo improvimento desta revisão criminal e, por consequência, pela integral manutenção do R. *decisum* monocrático, como medida da mais sagrada, universal e salutar Justiça Social!

Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 1995.

**José Roberto Paredes**  
Procurador de Justiça

***Apelo contra a vontade do réu. Conhecimento.  
Prevalência da manifestação recursal levada a  
efeito pela defesa técnica***

***Tribunal de Justiça  
Apelação Criminal nº 1981/96***

**Apelante:** Lindomar Moraes dos Santos  
**Apelado:** Ministério Público de 1º Grau

I - Recurso Criminal. Direito de recorrer. Pressuposto de admissibilidade de intervenção recursal. Réu condenado no art. 12, da Lei nº 6.368/76 que, **intimado** da sentença, manifestou desejo de não apelar da reprimenda. Apelação, não obstante, interposta pela Defensoria Pública do Juízo com devolução da causa ao Tribunal *ad quem*. Preliminar de não conhecimento do apelo defensivo suscitado pela Promotoria de Justiça sob o fundamento de que, tratando-se de direito renunciável, não se vê como possa a defesa apelar contra a vontade do réu. Prefacial improcedente. Faculdade cujo exercício ou não deve ser decidido pelo advogado, dativo ou constituído, visto que o princípio da mais ampla defesa no pleito criminal se desdobra em duas vertentes: “a autodefesa ou defesa pessoal, desempenhada pelo próprio acusado, e defesa técnica, realizada pelo Defensor escolhido ou nomeado que, na realidade de técnico em Direito, tem condições de aquilatar quais as medidas mais favoráveis que devem ser tomadas em favor do patrocinado” (RT 638/317). Por outro lado, nunca é demais lembrar que é o órgão da administração da justiça e não mero representante dos interesses do acusado. Isto porque ela se exerce, substancialmente, para a preservação e tutela de valores e interesses do corpo social, sendo, assim, garantia da proteção da própria sociedade (STF, HC 72.573-2, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo STF nº 22, *in* DJERJ de 27.8.96, p. 4). Ressai do texto constitucional o entendimento de que o advogado é indispensável à administração da Justiça (CF, art. 133), cabendo ao profissional do Direito a atividade privativa da postulação em qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados especiais (Art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.906, de 04.07.94). No caso dos autos acresce, ainda, o fator de que o acusado, à época da renúncia ao seu direito subjetivo de apelar da sentença, era pessoa relativamente incapaz, porque menor de vinte e um anos de idade, o que impunha fosse intimado do *decisum* acompanhado de curador. Preliminar de não conhecimento do recurso que se afasta,

para que seja julgado o inconformismo da defesa. Inteligência dos artigos 564, 576 e 578, do Código de Processo Penal. *Tráfico de drogas em associação* (Artigo 12 e artigo 18, III, da LT). Apelo da defesa objetivando a absolvição do recorrente pelo crime de que se trata, com pedido alternativo para a desqualificação do tipo para a conduta prevista no artigo 12, *caput* da Lei específica. Autoria e materialidade do crime cumpridamente demonstradas no processo, sendo impositiva a condenação do acusado. Quanto à qualificadora do tipo, não pode subsistir, posto que o que se tem em vista é a existência de concurso ocasional ou visando a menores de vinte e um anos, e não a co-participação destes à prática do crime, mas sim a das pessoas a quem o agente entrega a substância entorpecente para consumo. Cf. TASP, Ap. 169.613, 08.11.1977, Rel. Juiz Adalberto Spagnulo, *Apud* Vicente Greco Filho, *Tóxicos-Prevenção-Repressão*, Ed. Saraiva, 7ª ed., 1911, p. 129, nota ao rodapé. Acolhida em parte do apelo para os fins deduzidos na tese alternativa da irresignação defensiva.

II - Parecer da Procuradoria de Justiça orientado no sentido da rejeição da preliminar argüida pela Promotoria de Justiça, conhecendo-se do apelo e, no mérito, por seu provimento parcial para condenar o réu na forma do artigo 12, da Lei nº 6.368/76, às penas mínimas previstas para o tipo, confirmando-se no mais a r. sentença contestada.

## PARECER

### *Egrégia Câmara:*

I. *Lindomar Moraes dos Santos* foi condenado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal Regional de Jacarepaguá, nesta Capital, às penas de 4 (quatro) anos de reclusão e 66,66 (sessenta e seis inteiros e sessenta e seis centésimos) dias-multa, no v.u.m., a serem cumpridas integralmente em regime fechado pela transgressão do artigo 12, c.c. o artigo 18, inc. III, da Lei nº 6.368/76, em sentença exarada pelo eminente e culto Juiz Dr. Orlando de Almeida Secco (v. Fls. 36/38).

Intimado pessoalmente, o réu manifestou desejo de **não recorrer** da sentença consoante **termo** nos autos (v. Fls. 76). A Defensoria Pública do juízo, entretanto, interpôs **tempestivamente** apelação contra o decisório, sustentando, preliminarmente, a admissibilidade da impetração, sob o enfoque de que a renúncia do réu ao apelo não impede o seu exercício pela defesa técnica, em obediência ao princípio constitucional da ampla defesa. Tal posicionamento vem ilustrado por decisões extraídas do Pretório Maior (v. Fls. 78/79). Quando da digressão recursal, sustenta a ilustrada Defensora Pública, Dra. Ângela Haussman, que a prova dos autos é precária para assentar o juízo de reprimenda, com base exclusivamente em depoimentos de policiais. Não atua o órgão policial *inter partes* e, sim *como parte*. No que refere à

agravante qualificadora da associação do inciso III do artigo 18 da Lei 6.368/76, predomina o entendimento de que não se equipara à co-autoria, posto que uma “associação” descarta necessariamente a eventualidade, sendo imprescindível o *ajuste prévio*, o que não restou demonstrado pelo Ministério Público (v. Fls. 81/82).

A Promotoria de Justiça, em resposta subscrita pelo digno e culto Dr. Carlos Augusto Borges, argúi *preliminar de não conhecimento* do apelo porque, tratando-se de direito renunciável, que é o de ofertar ou não sua contrariedade através do recurso, não se vê como possa apelar contra a vontade do réu. A d. Promotoria de Justiça adorna o seu pronunciamento com magistério de *Júlio Fabbrini Mirabete* na sua festejada obra *Processo Penal*, Ed. Atlas, 3ª ed., 1994, pág. 612. Sustenta, por derradeiro, carecer a Defensoria Pública de legitimidade para a interposição do recurso ora alvejado, posto que em contrariedade com a manifestação da vontade do réu. No mérito, refere que a condenação do r. apelante encontra suporte na certeza da prática de ato mercatório de substância entorpecente, que ressaí não somente das declarações dos testemunhos de policiais, mas de um conjunto de indícios e circunstâncias concludentes aptas a impor a verossimilhança da fala policial. Prestigia o reconhecimento da agravante posta em relevo na sentença, eis que associação do inciso III, do artigo 18 se caracteriza quando é eventual, decorrendo de reunião ocasional, sem que haja uma quadrilha organizada previamente, em conluio de previsão duradoura (RSTJ 13/267, RSTJ 30/298 e RSTJ 30/267). Arremata o dr. Promotor de Justiça, nos termos da preliminar lançada, *não seja conhecido* o apelo, e, no mérito, que seja negado provimento, com a total confirmação do decisório monocrático (v. Fls. 86/92).

Esses os fatos dignos de menção à conta de relatório (artigo 43, III, da Lei nº 8.625/93).

**II.** Cuidam os presentes autos do processo de réu condenado no artigo 12, da Lei nº 6.368/76 e que, intimado da sentença, manifestou desejo de não apelar da reprimenda (v. Fls. 76). Inobstante isso, houve apelação interposta pela Defensoria Pública do Juízo, com devolução da causa ao Tribunal *ad quem*. A d. Promotora de Justiça suscitou preliminar de *não conhecimento* do apelo defensivo sob o fundamento de que, tratando-se de direito renunciável, não se vê como possa a defesa apelar **contra a vontade do réu**. Embora respeitando a posição denunciada pelo ilustrado dr. Promotor de Justiça, uma das melhores figuras do órgão ministerial, ousamos divergir. Trata-se, na hipótese, de faculdade cujo exercício ou não deve ser decidido pelo advogado, dativo ou constituído, visto que o princípio da mais ampla defesa no pleito criminal se desdobra em duas vertentes: “(...) a autodefesa ou defesa pessoal, desempenhada pelo próprio acusado, e defesa técnica, realizada pelo defensor escolhido ou nomeado que, na realidade de técnico em Direito, tem condições de aquilatar quais as medidas mais favoráveis que devem ser tomadas em favor do patrocinado”. (TASP, RSE 548.947, 8ª Câmara Criminal, em 08.12.1988, Rel. Juiz Silva Pinto, “Revista dos Tribunais”, v. 638/317. Nesse sentido é a orientação de majoritária corrente jurisprudencial. CF. “Revista dos Tribunais” vols. 520/423, 538/371, 543/363, 545/379, 554/379, 597/289, 602/365, 614/321, 617/257, 628/

316, 639/285; “Jurisprudência do Tribunal de Justiça”, Ed. *Lex*, v. 174/346; RJDТА-CRIMSP, vols. 6/58, 6/59 e 9/65; “Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de S. Paulo”, Ed. *Lex*, vols. 39/270, 62/34 e 75/231; STF: “Revista dos Tribunais”, v. 629/391; “Revista Trimestral de Jurisprudência”, vols. 103/1.046 e 115/157; STJ: “Revista do Superior Tribunal de Justiça”, v. 42/88-90, etc. O Excelso Pretório, dissecando a matéria, decidiu que

“*Habeas corpus*. Apelação interposta por Defensor Público, que não foi conhecida, por falta de legitimidade para o recurso, tendo em conta que o réu, ao tomar ciência da sentença, sem assistência do Defensor Público, afirmou que dela não recorreria. Intimação do Defensor Público, realizada posteriormente, vindo a interpor o recurso, por considerá-lo aconselhável aos interesses do acusado (...). A declaração do réu, feita sem a assistência do defensor, no sentido de que não deseja recorrer da sentença condenatória, não deve, por si só, produzir efeitos definitivos. O Defensor Público não só pode como deve esgotar, a favor do réu, todos os recursos legais que garantam ampla defesa. Sem assistência do defensor, nem sempre o réu está plenamente capacitado a avaliar as possibilidades de sua defesa. *Habeas corpus* deferido para que, afastada a preliminar de ilegitimidade do Defensor Público, julgue o Tribunal indigitado coator a apelação do réu como entender de direito”. (HC nº 70.444-1/130-RJ, ac. un. da 2ª Turma, em 29.03.1994, Rel. Min. Néri da Silveira, in “Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, Ed. *Lex*, v. 193/316.)

Mais recentemente a Suprema Corte ratificou tal exegese. Cf. RECRIM nº 188.703-SC, ac. un. da 2ª Turma, em 04.08.1995, Relator, Min. Francisco Rezek, in “Revista Trimestral de Jurisprudência”, v. 156/1.074.

Por outro lado, nunca é demais lembrar que o advogado é órgão da administração da Justiça e não mero representante dos interesses do acusado. Isto porque ela se exerce, substancialmente, para a preservação e tutela de valores e interesses do corpo social, sendo, assim, plena garantia de proteção da própria sociedade. (Cf. STF, Informativo STF nº 22, in DERJ de 27.08.96, HC nº 72.573-2, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio). Ressai do texto constitucional o entendimento de que o advogado é indispensável à administração da Justiça (CF, Artigo 133), cabendo ao profissional do Direito a atividade privativa de postulação em qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais (Artigo 1º, § 1º, da Lei nº 8.906, de 04.07.1994 (Estatuto da OAB). Para uma exata compreensão da matéria, cf. **Ada Pellegrini Grinover e alii**, in *Recursos no Processo Penal*, Ed. RT, 1996, págs. 42/43; *As nulidades no Processo Penal*, Malheiros Ed., 2ª ed., 1992, pág. 179. No caso dos autos, acresce ainda o fato de o acusado, à época da renúncia ao seu direito subjetivo de apelar da sentença, era *pessoa relativamente incapaz*, porque menor de vinte e um anos de idade, o que impunha fosse *intimado* da sentença acompanhado de *curador* (v. fls. 05,06, *infra*, 12/14, 29 e 76). Menor de vinte e um anos de idade não mantém o réu *compus sui* a faculdade de decidir sozinho a importante questão de saber da conve-

niência de apelar ou não do decreto sancionatório. Não é a toa que a **Súmula** nº 144 das Mesas de Processo Penal da Universidade de S. Paulo assinala que "O menor de vinte e um anos de idade é relativamente incapaz para os atos do processo e só pode renunciar ao direito de apelar em termo próprio assistido pelo curador". A melhor interpretação dos artigos **574**, **576** e **578**, do Código de Processo Penal está assentada na corrente pretoriana e doutrinária a sustentar que no confronto entre a vontade do defensor que apela e a do condenado que não deseja apelar, prevalece a do advogado do réu. Por essas razões, somos em que a preliminar de *não conhecimento* do recurso deve ser afastada, para que se possa julgar o inconformismo da defesa.

**III.** Quanto ao mérito, vemos que o apelo da defesa objetiva a *absolvição* do recorrente pelo crime de que se trata, com aceno alternativo para a desqualificação da conduta do réu para a forma do artigo 12, *caput* da lei específica. *Data venia* da honrada e talentosa Defensora Pública, o pedido de absolvição não pode prosperar. A *autoria* e a *materialidade* do crime estão cumpridamente demonstradas no processo, aquela pelos depoimentos firmes, coerentes e sintônicos dos policiais que efetuaram o flagrante do acusado (Fls. 03/06 e 47/48), e esta através a juntada do auto de apresentação e apreensão, do laudo prévio e do laudo pericial de substância entorpecente (Fls. 02, 03 e 53). Mas, quanto à qualificadora do tipo, assiste razão à nobre Defensora, eis que não pode subsistir essa causa de majoração da pena porque o que se tem em vista é a existência de concurso ocasional ou visando a menores de 21 anos, e não a co-participação destes à prática do crime, mas sim a das pessoas a quem o agente entrega a substância entorpecente para consumo. Cf. TASP, Apel. 169.613, em 08.11.1977, Rel. Juiz Adalberto Spagnulo, *apud Vicente Greco Filho, in Tóxicos, Prevenção-Repressão*, Ed. Saraiva, 7ª ed., 1991, pág. 129, nota ao rodapé. Esses os motivos por que entendemos deva ser acolhido o apelo para os fins deduzidos na tese alternativa da irresignação.

Nessas condições, e em face do que ficou exposto, o parecer da Procuradoria de Justiça se orienta no sentido da *rejeição* da *preliminar argüida* pela Promotoria de Justiça, conhecendo-se do apelo e, no mérito, por um provimento parcial para condenar o réu na forma do art. 12 da Lei 6.368/76, às penas mínimas previstas para o tipo, confirmando-se, no mais, a r. sentença contestada.

Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 1996.

**Luiz Brandão Gatti**  
Procurador de Justiça

## ***Responsabilidade civil das Estradas de Ferro por danos causados a seus usuários. Dano moral. Indenização***

**Processo nº 95.001.130125-2**

**Tombo nº 17.737**

**Autoras:** Sandra Maria de Oliveira e outras

**Réu:** Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU

Responsabilidade civil das estradas de ferro por danos causados a seus usuários. Necessidade de que a culpa da vítima seja exclusiva, para ilidir a responsabilidade da Estrada. *Culpa in vigilando* da empresa ré. Critérios para fixação da indenização por dano moral. Pela procedência do pedido.

### **PARECER**

1. Trata-se de ação de responsabilidade civil proposta por viúva e filhas de Ilson de Oliveira que, após cair da plataforma de embarque da estação de trens de Casca-dura, foi colhido por composição ferroviária, vindo a falecer. No entender das Auto-ras, a morte de seu ex-marido e pai, em tais circunstâncias, ensejaria o dever da empresa Ré de indenizar o dano ocorrido, arcando com pensionamento, durante o provável período de sobrevivência do *de cujus*, acrescido de verbas reparatórias pelo dano moral sofrido e pelas despesas havidas com o funeral do finado.
2. A exordial vem acompanhada de diversos documentos, incluindo cópias de peças – laudo pericial, termos de depoimentos – do inquérito policial originário do registro de ocorrência nº 0933/93, da 28ª Delegacia de Polícia.
3. Designada audiência de conciliação, instrução e julgamento, frustrados restaram os esforços para que as partes transigissem, não havendo sido produzidas, outrosim, quaisquer outras provas além das acostadas à petição inicial.
4. Em sua contestação, sustenta a Ré que não restaram caracterizados o contrato de transporte e a condição de passageiro da vítima, pressupostos para que se aplicas-se, à espécie, a presunção de culpa da transportadora prevista no art. 17 do Decreto nº 2.681/12.
5. Alega ainda a Ré que a presunção de culpa estatuída pelo Decreto supramen-cionado comporta exceções, dentre as quais destaca a culpa exclusiva da vítima, ressaltando, outrossim, que, nos termos do Decreto nº 51.813/69, as Estradas de Ferro não respondem por desastres decorrentes de infrações do usuário às normas estabelecidas no referido diploma, figurandô, entre tais infrações, “permanecer nas plataformas ou estribos de acesso” “nos comboios ou veículos em movimento”. Con-jectura a Ré que o falecido, como soem proceder os usuários de trens urbanos, agiu

com imprudência, razão pela qual entende-se eximida de qualquer responsabilidade pelo evento.

6. Pondera a empresa, ainda, que o auto de exame cadavérico acostado à inicial (fl. 18) atesta que a vítima sofreu ferimento por arma de fogo, antes de seu falecimento, sendo que, em depoimento (fl. 24) prestado perante a 28ª D.P., Policial Ferroviário afirmou que o *de cujus* deitou-se na linha férrea, o que leva a crer que o falecido, em verdade, intentava suicidar-se, ou, no mínimo, que assumiu o risco de ser atropelado por uma composição.

7. Afiguram-se presentes os pressupostos processuais, assim como as condições da ação.

8. No mérito, entende esta Curadoria que deve ser julgado procedente o pedido. Inicialmente, não colhe o argumento, aventado pela Empresa Ré, de que não restou caracterizado, na espécie, o contrato de transportes entre si e o falecido. Este se encontrava, inegavelmente, no interior das dependências da Estrada, sendo de se presumir que haja contratado com a empresa. Sem dúvida, hodiernamente muitas pessoas utilizam o transporte ferroviário sem celebrar qualquer contrato, transpondo os mal-cuidados muros da via férrea. A inexistência do contrato de transporte, no entanto, não pode ser presumida, incumbindo à empresa comprová-lo. Aliás, mesmo que restasse comprovado que o falecido pulou o muro da via férrea, ainda assim poder-se-ia sustentar a responsabilidade da empresa, a partir do momento em que, omitindo-se, haveria permitido a entrada furtiva do *de cujus*. Frise-se que o Decreto nº 2.681/12 não resguarda “as pessoas que celebram contrato de transporte com a Estrada”, e sim “os viajantes” (art. 17), sem distinguir os que celebram o contrato de transporte daqueles que ingressam na estação por meios outros.

9. No que tange a eventual descumprimento, por parte do falecido, de norma estatuída pelo Decreto nº 51.813/69, tal não se comprovou. Ressalte-se, por pertinente, que o art. 17 do Decreto nº 2.681/12 – que possui força de lei – não poderia ser revogado por norma hierarquicamente inferior. Desta forma, apenas comprovando-se caso fortuito ou força maior (item 1º do art. 17 retromencionado), ou culpa exclusiva do viajante (item 2º), eximir-se-ia a linha de arcar com os danos oriundos do nefasto acidente.

10. Atenção especial merece o argumento de que, consoante as provas acostadas à exordial, teria o *de cujus*, na verdade, se suicidado, e não caído da plataforma, involuntariamente. Apreciando o conjunto probatório, conclui esta Curadoria que, efetivamente, tratou-se de suicídio planejado. A esposa e o irmão do falecido, em depoimento prestado em sede policial, afirmam que Ilson nunca pegava trem, ambos estranhando o fato de que, desta feita, tivesse optado por este meio de transporte, e não pelo rodoviário, como costumava fazer. O acidente ocorreu às 16h40min, quando o finado, diariamente, chegava a sua casa às 16 horas; disto se conclui que, absolutamente, não estava fazendo uma jornada usual de volta ao lar.

11. Finalmente, há que se atentar para o fato de o *de cujus* apresentar perfuração por projétil oriundo de arma de fogo, conforme o laudo à fl. 18, sendo que seus

familiares afirmam, em sede policial, que tal ferimento inexistia, anteriormente. Pela declaração do Policial Ferroviário à fl. 24, que afirma ter ouvido de populares que o falecido deitou-se na linha férrea, parece a esta Curadoria que a única explicação plausível para o acidente é a de que o falecido, após posicionar-se sobre os trilhos, e diante da proximidade do trem, acionou a arma de fogo, vindo a falecer, entretanto, em virtude do choque do trem, consoante conclusão do laudo de exame cadavérico.

12. Resta abordar, então, se a empresa Ré deve arcar com a indenização nesta hipótese, em que houve culpa da vítima. Vale, aqui, transcrever o teor do art. 17 do Decreto nº 2.681/12:

*“Art. 17. As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea. A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas:*

1º - caso fortuito ou força maior;

2º - *culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada*” [grifou-se].

13. Ora, não basta a verificação da culpa do viajante para que a estrada se exima; mister se faz que a estrada comprove que não concorreu com culpa sua. Na espécie, entende o Ministério Público que houve culpa da empresa, a partir do momento em que, faltando ao dever de vigilância, permitiu que o *de cujus se deitasse* sobre o leito da linha férrea – esta foi a expressão utilizada pelo Policial Ferroviário. Houvesse o viajante, abruptamente, se atirado abaixo do trem, e a culpa exclusiva restaria caracterizada; não foi isto, porém, o que ocorreu. Há que se ressaltar que o maquinista, que à fl. 17 afirma ter a vítima se atirado sobre o trem de forma repentina, à fl. 22 se desmente, asseverando não ter acompanhado a mecânica do evento.

14. Em virtude de todo o exposto, entende esta Curadoria que a empresa Ré deve ser condenada a arcar com pensionamento da família do finado, na proporção de 2/3 sobre os ganhos líquidos deste, considerando a expectativa de vida do homem brasileiro, avaliada em 65 anos.

15. Tendo ocorrido culpa *in vigilando* da empresa, os juros – simples – devem ser computados desde a prática do ilícito.

16. No que pertine aos danos morais, insta observar que a jurisprudência, neste ponto, encontra-se pacificada, aderindo à tese favorável à cumulação de danos materiais e morais, consoante entendimento cristalizado na Súmula 37 do STJ. Vale transcrever, neste passo, trecho de jurisprudência do E. TJSP (7ª Câmara, Embs. Infrs., Rel.: Leite Cintra, *in* “Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial”, p. 448 – 2ª ed., Coletânea de Jurisprudência de autoria de Rui Stoco):

*“Em face do art. 5º, inciso V, da Constituição da República, não há tergiversar sobre se o dano moral é ou não indenizável e se este pode coexistir juntamente com o dano material.”*

17. Quanto à liquidação do dano moral, insta observar que doutrina e jurisprudência ainda vacilam quanto à fixação de um critério. Inobstante tal hesitação, pode-se afirmar, em adesão à tese do Prof. **Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**, livre-docente de Processo Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Procurador de Justiça do *Parquet* fluminense, que a liquidação de tais danos deve levar em conta quatro aspectos, a saber: **a)** o grau de culpa do ofensor; **b)** a extensão da divulgação das lesões (critério este que diz respeito, propriamente, aos danos morais ligados à honra, à reputação); **c)** a intensidade do sofrimento imposto à vítima, e **d)** o aspecto punitivo, intimidativo da indenização.

18. Com respeito ao sofrimento imposto à vítima, há que se considerar a imensa dor moral que a perda do ente querido, inegavelmente, causou aos Autores, especialmente às menores, que contam, respectivamente, sete e treze anos de idade.

19. No que tange ao aspecto punitivo, de se frisar que acidentes funestos como o presente vêm ocorrendo, há tempos, em virtude das gestões desidiosas que têm comandado a empresa Ré. A contestação – aliás, muito bem elaborada, como também o fora a peça exordial – menciona a mudança de atitude dos viajantes de hoje, tão diversa dos de outrora, que não danificavam composições, janelas, portas, etc., e que não “teimavam em viajar, sem necessidade, dependurados pelo lado externo da composição e no teto da mesma”. Ora, qualquer cidadão que já tenha utilizado o transporte ferroviário em nosso município conhece os percalços por que têm de passar os usuários da Estrada: atraso constante nas composições, falta de condições de higiene nas plataformas de embarque e nos trens, falta de controle da camelotagem, ausência completa de informações sobre horários e destino das composições... Isto sem contar com a superlotação dos trens nas horas de *rush*, superlotação esta que – diversamente do asseverado na contestação – obriga, compele desrespeitosamente o usuário de trens – pessoa em regra disciplinada, conforme este Promotor já pôde constatar, nas vezes em que se valeu deste meio de transporte – a viajar dependurado pelo lado externo do veículo. Por conseguinte, também sob a ótica do aspecto punitivo e educativo, a fixação da indenização por dano moral deve dar-se em valor alto.

Assim parece ao Ministério Público.

Rio de Janeiro, 07 de agosto de 1996.

**Marcos Maselli Gouvêa**  
Curador de Justiça

*Estelionato na modalidade de alienação ou  
oneração fraudulenta de coisa própria  
(art. 171 § 2º, II, CP). Inocorrência*

*1ª Vara Criminal de Bangu*

*Processo nº 4880/95*

**Acusado:** José Passos de Oliveira

**Alegações Finais do Ministério Público**

MM. Dr. Juiz:

1. O acusado José Passos de Oliveira foi denunciado porque, segundo narrado na inicial, vendeu a terceiro imóvel de sua propriedade, que estava penhorado, silenciando acerca dessa circunstância.
2. A denúncia de fls. 02/03 foi instruída com o Inquérito Policial nº 221/95, da Delegacia de Defraudações, às fls. 05/94.
3. Interrogatório à fl. 114, oportunidade em que o acusado afirmou que desconhecia o fato do imóvel estar penhorado.
4. Alegações preliminares da defesa à fl. 116, tendo sido arroladas testemunhas.
5. As testemunhas da denúncia foram ouvidas às fls. 125 e 126.
6. Devidamente intimada, a defesa não se pronunciou acerca da produção de prova oral, cf. certidão de fl. 134 à fl. 140 foi decretada a revelia do réu, tendo sido nomeado um defensor público para o patrocínio da causa. Às fls. 129/130 consta pedido de assistência ao MP, que foi deferido pelo despacho de fl.131.
7. Em diligências o MP requereu a FAC do réu, que foi juntada à fl. 145. Por sua vez, a defesa e o assistente de acusação nada requereram.

**Após este sucinto relatório, passa o Ministério Público a opinar:**

8. Imputa-se ao réu a prática do delito de **estelionato, na modalidade de alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria**, prevista no art. 171, par. 2º, inciso II do Código Penal, segundo o qual incorre nas mesmas penas previstas no art. 171, *caput*, todo aquele que vender, permutar, dar em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias.
9. Finda a instrução, restou demonstrado pela *prova documental* juntada aos au-

tos que o réu, efetivamente, vendeu para terceiro bem imóvel de sua propriedade, que se encontrava penhorado, silenciando tal circunstância quando da celebração do contrato. A *prova testemunhal* demonstra o dolo com que agiu o réu, além de corroborar o que consta na farta documentação anexada. **Assim vejamos:**

10. Encontra-se acostada à fl. 93 uma certidão do Registro Geral de Imóveis, comprovando que o imóvel referido na denúncia é de propriedade do réu, constando ainda que sobre o mesmo recai uma penhora.

11. À fl. 87 foi juntada cópia de uma petição, carimbada e assinada pelo réu, em data anterior à venda do imóvel, endereçada ao Juiz da 8ª Vara Cível da capital, na qual é pedida a suspensão do processo de execução promovido pelo Banorte contra ele, sendo certo que nesta data o imóvel já estava penhorado. Assim, tal documento comprova que o réu sabia que sobre o imóvel recaía uma penhora. Ao revés, não teria pago parte da dívida ao Banorte, que foi condição para o referido pedido de suspensão.

12. À fl. 39 está o recibo de quitação referente ao contrato de compra e venda do imóvel, celebrado entre o réu e o lesado, comprovando que este pagou àquele integralmente o preço.

13. Por sua vez, os depoimentos de fls. 125/127 demonstram que o réu silenciou sobre a penhora ao vender o imóvel.

14. No entanto, em que pese estar provada toda a imputação feita na denúncia, entendemos que a conduta do réu é **atípica**, podendo eventualmente caracterizar o **delito de fraude à execução**, previsto no art. 179 do Código Penal, que é de ação penal privada.

15. Deveras, a penhora não torna a coisa inalienável, não a grava de ônus, ou seja, dos direitos reais elencados no art. 674 do Código Civil, e nem a faz litigiosa, isto é, pendente de litígio sobre a propriedade, conforme exige o referido tipo penal. **A penhora é instituto processual** e não o ônus aludido no dispositivo, ou seja, o direito real sobre a coisa alheia. Como nos ensina *Carnelutti*, **é um ato do processo de execução, cuja finalidade é a individualização e preservação dos bens a serem submetidos ao respectivo processo.**

16. Assim, com apoio na doutrina e jurisprudência amplamente majoritárias, entende o Ministério Público que a venda de imóvel penhorado, apesar de vil e repugnante, **enseja responsabilidade meramente civil do agente.**

17. Vale destacar alguns acórdãos:

*“A venda, pelos proprietários, do imóvel penhorado não tipifica o crime do art. 171, par. 2º, II; do CP, porque a coisa penhorada não é inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, conforme exige o referido dispositivo legal” (TACRIM – SP – Rel. Hélio de Freitas – JUTA-CRIM 82/352).*

*“A penhora processual não se enquadra entre as garantias e ônus*

que constituem o gravame do bem, tal como decorre do art. 171, par. 2º, II, do CP” (TACRIM – SP – Rel. Ricardo Andreucci – JUTA-CRIM 90/725).

“A venda, pelo proprietário, de imóvel penhorado não tipifica o crime do art. 171, par. 2º, II, do CP – alienação fraudulenta de coisa própria – porque a penhora não torna a coisa inalienável, não a grava de ônus e nem a faz litigiosa, isto é, pendente de litígio sobre a propriedade, conforme exige o referido dispositivo legal” (TACRIM – SP – Rel. Barbosa de Almeida – RT 640/311).

18. Nada obstante, vale ainda registrar a opinião de **Damásio**, bem como a de **Mirabete**, para os quais a hipótese em tela pode caracterizar o delito de **fraude à execução**, previsto no art. 179 do CP. Ressalte-se, no entanto, que tal crime é de ação penal privada, além do que, no presente caso, o sujeito passivo, legitimado para eventual propositura da respectiva ação penal, seria o Banorte.

### Conclusão

19. Posto isto, opina o Ministério Público pela **absolvição do acusado**, nos termos do art. 386, inciso III (não constituir o fato infração penal), do Código de Processo Penal.

Bangu, 30 de março de 1996.

**Mario Henrique Mazza**  
Promotor de Justiça

*Acidente de Trabalho. Recurso do Ministério Público. Legitimidade. Conhecimento e provimento. Prestações atrasadas. Pagamento de créditos em fila de precatório. Inobservância*

*Tribunal de Alçada Cível  
4ª Câmara*

*Agravo por Instrumento nº 1.670/96  
(1ª Vara de Acidentes do Trabalho da Capital)*

**Agravante:** Ministério Público

**Agravado:** Guilherme dos Santos

*(Manifestação nº 005/IX/95)*

**Opinamento do Ministério Público:**

**Recurso instrumental interposto pelo Ministério Público de decisão que, em execução acidentária, determinou ao INSS depositasse, independentemente de precatório, o valor correspondente a prestações atrasadas.**

O ato judicial malferre preceitos constitucionais e infraconstitucionais, bem como, inclusive, a Súmula nº 19 desse Egrégio Tribunal: “A execução do crédito acidentário deve ser realizada na forma do art. 730 e seguintes do C.P.C., independentemente de seu valor.”

Recurso a ser conhecido e provido e, em conseqüência, autorizando o INSS a levantar a importância depositada, recolhendo-a a seus cofres.

**PARECER**

*Egrégia Corte,*

**Eminente Juíza-Relatora:**

Recorreu instrumentalmente o **Ministério Público**, por intermédio da insigne Promotora de Justiça, **Dr<sup>a</sup> Regina Olívia da Rocha Werneck**, 1ª Curadora de Acidentes do Trabalho da Capital, com o objetivo de alcançar a reforma de decisão do eminente **Juiz de Direito da 1ª Vara de Acidentes do Trabalho da Capital, Dr. Tiago Pereira da Costa**, proferida nos autos da ação acidentária ajuizada pelo agravado, **Guilherme dos Santos**, em face do **Instituto Nacional do Seguro Social – INSS** (Proc. nº 44.415). Eis o teor da decisão agravada:

“Considerando a concordância de todos os interessados com os cálculos, bem assim a não interposição de embargos, intime-se o Dr. Procurador Estadual do INSS para depósito do valor da indenização ou para dizer porque não o faz, em 10 dias.”

Requeru, liminarmente, a sustação da eficácia da decisão recorrida, até julgamento do recurso.

Preliminarmente, sustenta o agravante a sua legitimidade recursal, com fundamento nos arts. 127, *caput*, da Constituição Federal e nos arts. 82, III, última parte, e 499, § 2º, do Código de Processo Civil.

No mérito, argumenta, em síntese, que a decisão está em desconformidade com o art. 730, I e II, do Código de Processo Civil, com os princípios orçamentários atinentes à despesa pública, com a norma contida no art. 100 da Carta da República e com o art. 4º da Lei nº 8.197/91, consoante a redação que lhe deu a Lei nº 9.081/95. Ressaltou, outrossim, que não poderia ter o INSS efetuado o depósito, eis que não pode dispor do patrimônio público.

Liminar concedida, consoante a r. decisão da d. Relatora, às fls. 21.

Em suas dotas informações (fls. 22/25), o ilustre **Magistrado** expôs as suas razões de decidir. Para não se submeter ao risco de desvirtuar a pureza de seu pensamento, esta **Procuradoria de Justiça** prefere reportar-se ao seu teor.

Contra-alegações, em natural prestígio à decisão (fls. 28/33), instruídas com os documentos de fls. 34/36. Sustenta o agravado, em resumo, que, tendo o INSS efetuado, voluntariamente, o depósito correspondente ao seu crédito, desnecessária é a expedição de precatório. Além disso, o depósito se deu com observância do limite legal. *“Quanto ao fato de que o INSS não poderia ter depositado o crédito em favor do agravado por não poder dispor do patrimônio público, é de se ressaltar (sic) que no acidente de trabalho a função do INSS é de segurador e que os valores dispostos se referem ao seguro de acidentes, que é descontado de cada segurado da previdência, não pertencendo ao patrimônio público, mas sim ao conjunto de segurados de (sic) pagam do seu salário o desconto para o seguro acidentário.”*

É a *quaestio*.

Em face das alegações do agravado, impõe-se examinar, **preliminarmente**, se o recurso instrumental está ou não prejudicado, vez que, por força da intimação judicial de primeira instância, o INSS depositou no Banerj, Dejud, a importância correspondente ao crédito acidentário (fls. 89), bem como se tem o **Ministério Público** legitimidade recursal.

Ao ver desta **Procuradoria de Justiça**, o agravo não restou prejudicado.

A uma, porque a quantia não foi levantada pelo obreiro, em virtude de liminar concedida às fls. 21, pelo que não se incorporou à esfera patrimonial do agravado.

A duas, porque, em se tratando de recursos financeiros públicos, subordinados a normas orçamentárias, constitucionais e infraconstitucionais, não se pode cogitar

de sua disponibilidade, como supôs o agravado. Ao contrário do que este pretendeu fazer crer, ao que se depreende do trecho antes transcrito, a sua contribuição para formar o fundo destinado a suportar as despesas com acidentes do trabalho não tem a natureza jurídica de prêmio de seguro, como será demonstrado no exame do mérito do recurso, a que o tema passa a integrar.

A três, porque o administrador autárquico se viu compelido àquele ato, tendo em vista o forte teor da decisão determinativa do depósito. Isto, por si só, é suficiente para descaracterizar a voluntariedade do gesto do INSS, ao contrário do explicitado nas doudas informações.

A legitimidade recursal do *Parquet* é insubtraível, pois decorrente de normas constitucionais e infraconstitucionais.

Como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbê-lhe, nos termos do art. 127 da Carta da República, “*a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*”

Afigura-se indubioso que o **Ministério Público** não patrocina nem o interesse da autarquia, nem o do acidentado. Não lhe cabe, evidentemente, *advogar* o interesse do particular ou do Poder Público. Segundo os parâmetros traçados pela ordem jurídica vigorante, cabe-lhe, isto sim, velar, como *custos legis*, pelo respeito às superiores exigências do interesse público. E, a todas as luzes, interesse público não se confunde com o interesse da pessoa jurídica de direito público, embora, eventualmente, possa até coincidir com este ou com o do particular.

Ademais disso, a legitimidade ministerial também deflui do art. 499, § 2º, do Código de Processo Civil. Seria, no mínimo, teratológico, se o **Ministério Público**, atuando como *custos legis*, fosse inibido de recorrer de decisão dissonante da ordem jurídica vigorante, quando em jogo o interesse público. Seria um arremedo de fiscalização, eis que se levaria a **Instituição** a um forçado, artificial e inconcebível imobilismo processual diante de eventuais atos praticados em detrimento do interesse público. E, absurdamente, seria mero figurante, destituído de qualquer significado, no desenrolar da relação jurídico-processual. Em conseqüência, o próprio **Judiciário**, prevalecesse tal entendimento, seria impedido, em tais circunstâncias, do pleno exercício de seu poder de dizer o direito, restabelecendo a legalidade e a moralidade, nos casos em que forem atingidas por subalternos interesses de partes conluídas. Aliás, no âmbito previdenciário, há vários exemplos recentes, em que a preservação do interesse público derivou da atuação ministerial, ensejando salutares e indispensáveis decisões do **Judiciário** local.

A propósito, o **Professor José Fernando da Silva Lopes** dissertou:

“Realmente, preocupado na atuação das leis de ordem pública, o Estado, pelo Ministério Público, intervém no processo para fiscalizar sua correta aplicação e, preocupado em garantir o compromisso de neutralidade do organismo encarregado de dizer do direito, o Estado, ainda, faz “*intervenire nel processo un suo organo apposito (il pub-*

*blico ministero) col compito specifico di sorvegliare le attività di allegazione e d'istruzione e integrare eventualmente iniziative assunte dalle parti, mentre in pari tempo il giudice è sciolto la talune vincoli di prova legale."*

O Ministério Público assim intervém no processo para velar pela correta aplicação da lei de ordem pública e para realizar toda uma carga de atividades que as partes deveriam desenvolver, mas, eventualmente, não desenvolvem, para impedir que o juiz, podendo suprir a inércia ou desinteresse da parte, não o faça, assegurando, efetivamente, sua neutralidade e equidistância. Faz o Ministério Público, em suma, aquilo que a parte deveria fazer, mas não o fez, e aquilo que o juiz poderia fazer, mas não deve, aparecendo no processo como verdadeiro órgão de controle do interesse público, preocupado com a atuação da lei e com a relevante necessidade de garantir a mais estrita neutralidade do organismo jurisdicional. Estes, o duplo fundamento da intervenção". (in *O Ministério Público e o Processo Civil*, Saravia, 1976, páginas 46 e 47).

Por conseguinte, neste feito, agravando, o **Ministério Público** cumpriu com sua função institucional e a sua legitimidade deflui da necessidade de se preservarem interesses públicos indisponíveis. Afinal de contas, trata-se de recursos orçamentários, em última análise, da própria União, decorrentes da receita tributária, ou seja, contribuições sociais.

No **mérito**, o agravo é de ser conhecido e provido, autorizando-se o INSS, em decorrência, a levantar o valor depositado, recolhendo-o a seus cofres.

Com efeito. Em que pese o impressionante entendimento do ilustre **Juiz a quo**, qualificado de profundas considerações jurídicas e éticas, que refletem, na medida exata, os seus preparos e a sensibilidade, esta **Procuradoria de Justiça**, todavia, se vê na contingência de dele dissentir neste passo, também por fundamentos jurídicos e éticos. Para tanto, foi levada a uma reflexão acerca do ordenamento jurídico vigente, naquilo que se lhe afigurou pertinente ao tema.

Desde logo, porém, é imperioso consignar que a decisão não se compadece com o entendimento desse **Egrégio Tribunal**, cristalizado em sua **Súmula nº 19**: "**A execução do crédito acidentário deve ser realizada na forma do art. 730 e seguintes do C.P.C., independentemente de seu valor.**"

Pois bem. Uma análise isolada do art. 100 da Carta da República e do art. 128 da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.032, de 28.4.95, geraria a impressão da dispensabilidade de precatório para os pagamentos de débitos acidentários, dada sua natureza alimentícia. Contudo, a prudência e as técnicas de interpretação aconselham uma investigação sistêmica, sobretudo porque não se podem perder de vista dois aspectos impostergáveis: primeiro, toda despesa pública se submete à inarredável e específica regência normativa, constitucional e infraconstitu-

cional; segundo, as prestações acidentárias são, indubitavelmente, despesas públicas.

A Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, recepcionada pela nova ordem jurídica e que “**estatuí normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal**”, em seu art. 11, com a redação que lhe deu o Decreto-lei nº 1.939, de 20 de maio de 1982, classificou as **receitas em correntes e de capital**. A seu turno, o § 1º do mesmo artigo definiu como **correntes** “*as receitas tributárias, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes.*”

À sua vez, o art. 13 da mesma lei, a partir da classificação econômica das despesas públicas oferecida pelo art. 12, considerou como **despesas públicas correntes** aquelas realizadas com as “*Indenizações de Acidentes de Trabalho.*”

Destarte, a lei, ao prever como **despesas públicas correntes as indenizações por acidente de trabalho**, indicou as respectivas fontes de custeio, isto é, as **receitas tributárias**, que, no particular, são as **contribuições sociais**, tratadas, em dois momentos, pela Carta Federal:

“Art. 149 – Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observando o disposto nos arts. 146, III, e 150, e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Parágrafo único – Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.”

“Art. 195 – A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

II – dos trabalhadores;

III – sobre a receita dos concursos de prognósticos.

§ 1º – As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando orçamento da União.

§ 2º – A proposta de orçamento da seguridade social será elabora-

da de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

.....  
§ 5º – Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

“As contribuições sociais, portanto, têm natureza tributária e não se encontram mais na parafiscalidade, isto é, à margem do sistema, mas a ele agregadas” (Sistema Tributário na Constituição de 1988, Saraiva, 4ª edição, 1992, p. 125, **Ives Gandra Martins**).

“Numa primeira aproximação será lícito dizer, então, que os empréstimos compulsórios e as contribuições parafiscais, serão **impostos** ou **taxas**, dependendo do **exame dos respectivos fatos geradores**. Noutras palavras, tanto uns como outros são **nomes (nomina juris)** consagrados pela tradição. São tributos especiais, sempre foram” (Comentários à Constituição de 1988, Sistema Tributário, Saraiva, 3ª Edição, 1991, p. 9, **Sacha Calmon Navarro Coelho**).

Em síntese a “*seguridade social compreende um conjunto integrado de ações da iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*” (C.F., art. 194) e “(...) será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, **mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (...)**”, **além de determinadas contribuições sociais** (C.F., art. 195).

À sua vez, a Lei nº 8.212, de 24.7.91, que “**dispõe sobre a organização da seguridade social, institui planos de custeio, e dá outras providências**”, depois de reproduzir, em seu art. 10, o art. 195 da Constituição Federal, prescreveu:

“Art. 11. No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas:

I – receitas da União;

II – receitas das contribuições sociais;

III – .....

Parágrafo único: Constituem contribuições sociais:

a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço;

b) as dos empregados domésticos;

c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário contribuição:

d) as das empresas, incidentes sobre faturamento e lucro;

e) as incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos.”

Portanto, inexistem dúvidas de que a Carta da República conferiu às **contribuições sociais** natureza jurídica de tributo (arts. 149 e 195).

Por isso, planos da previdência social englobarão, nos limites da lei, a “cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, **incluídos os resultantes de acidentes de trabalho, velhice e reclusão**” (C.F., art. 201, I).

Outrossim, leis da iniciativa exclusiva da **Chefia do Executivo** disporão, a cada exercício, sobre as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. A lei de meios, concebida com estrita observância das diretrizes para tanto estabelecidas em lei própria, ou seja, a primeira antes referida (C.F., art. 165, § 2º), compreenderá “**o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público**” (C.F., art. 165, § 5º).

Ademais, não se pode esquecer que tudo isto se relaciona a inarredável princípio impediendo da realização de qualquer despesa sem a correspondente previsão orçamentária e versado também em sede constitucional (C.F., 167, II). Por isso, é “(...) obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte” (C.F., art. 100, § 1º). Pelo mesmo motivo, as “(...) dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito” (C.F., art. 100, § 2º).

O rastreamento ora realizado evidencia que a interpretação adotada pelo eminente **Magistrado** de primeiro grau e pelo agravado malfez o sistema constitucional e infraconstitucional disciplinador do tema, pelo menos no sentir do **Ministério Público**.

A uma, porque, em território de benefícios acidentários, se lida **com receitas e despesas correntes**. Aquelas, provenientes de **arrecadação tributária**, isto é, de **contribuição social**. Por conseguinte, não se afigura aceitável o entendimento de que se trata de um simples prêmio de seguro. Não é prêmio de seguro, é tributo, contribuição social.

A duas, porque, em se tratando de **receitas e despesas correntes**, como efetivamente se trata, consoante já demonstrado, impossível concebê-las sem previsão na lei de meios. Assim, a questão é inafastavelmente orçamentária.

A três, porque, sendo a questão orçamentária, a **despesa corrente** relacionada

aos benefícios acidentários tem de cingir-se, forçosamente, aos limites traçados na lei de meios, sem o que não poderá haver pagamentos.

A quatro, porque, nenhum juiz de primeiro grau tem competência para determinar o **pagamento de débitos de tal natureza**, como se pretendeu nesta hipótese. Tal gesto é da competência privativa, indelegável e insubtraível do “*Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequiênda (...)*”, a teor do art. 100, § 2º da Constituição do Brasil e do art. 731, I, do Código de Processo Civil.

A cinco, porque, em se tratando de débitos qualificados como **despesas correntes**, com origem em decisão judicial, indispensável é o uso do único instrumento constitucionalmente concebido para o respectivo pagamento, qual seja, o **precatório**.

No contexto, é de se indagar se a primeira parte do art. 100 da Lei Maior seria letra morta. Evidentemente que não. Na verdade, o dispositivo tem de ser interpretado de acordo com o sistema constitucional. É reconhecidamente perigosa a interpretação de um dispositivo quando isolado do corpo a que integra.

Nestas condições, o sistema constitucional, isto sim, anuncia a necessidade de duas ordens de precatórios: uma, para os créditos de natureza alimentícia; outra, para os demais. Desta maneira, aqueles são retirados da vala comum, submetendo-se, porém, à fila entre outros da mesma natureza.

A providência, inclusive, é eminentemente democrática. Sem ela, aí sim, estariam os trabalhadores sujeitos aos caprichos do administrador desonesto, que, evidentemente, poderia efetuar pagamentos a seu bel-prazer.

Outrossim, quando o **Julgador** de primeiro grau, certamente preocupado com a necessidade de um imediato pagamento de dívida de caráter alimentar e inspirado no art. 128 da Lei nº 8.213/91, no mínimo, de duvidosa constitucionalidade, entendeu que podia determinar o imediato pagamento do crédito acidentário, não levou em conta que tal caminho conduz também ao irreversível prejuízo de diversos outros trabalhadores acidentados, que aguardam o pagamento de seus créditos, via precatório, pois, em cada exercício financeiro, o pagamento das **despesas correntes** se submete às forças orçamentárias.

É que a soma de todos aqueles pequenos créditos consumirá, inevitavelmente, significativa parcela dos recursos orçamentários da autarquia, fazendo com que não haja disponibilidade para o pagamento de muitos precatórios que aguardavam pacientemente sua vez na fila. Resultado: se for possível abrir créditos suplementares, os trabalhadores da fila de espera poderão ter a esperança de ainda receber, no mesmo exercício, o que lhes é devido. Caso contrário, terão de aguardar o exercício seguinte, quando, por certo, voltarão a correr o mesmo risco e, assim, sucessivamente. A não ser que o orçamento da Previdência fosse ilimitado, o que é inconcebível.

Mesmo que existisse, no orçamento da Previdência, específico elemento de despesa relacionado aos chamados pequenos créditos acidentários decorrentes de sentença judicial, a necessidade do precatório permaneceria, por força dos princípios da

isonomia, da impessoalidade e da moralidade, todos elevados a nível constitucional. O primeiro, consagrado na Carta da República, desde o seu preâmbulo. Os últimos, no seu art. 37, *caput*. Neste caso, indispensavelmente, teria de haver três ordens de precatório.

A primeira, para os créditos de natureza não alimentar.

A segunda, para os créditos acidentários, portanto de natureza alimentar, com valores até R\$ 4.988,57.

A terceira, para os créditos acidentários, com valores superiores àquele.

Somente assim, os da segunda ordem não concorreriam com os da segunda, ameaçando-os de uma condenação à infundável espera, eis que, antes de chegar o seu momento, os limites orçamentários poderiam – e podem – esgotar-se. Portanto, os créditos de cada ordem seriam anualmente pagos, conforme as forças orçamentárias e cada um à sua vez.

O ordenamento jurídico vigente não dá ensejo à conclusão diversa. É este o espírito do art. 100 da Constituição do Brasil.

Entretanto, enquanto a Previdência não criar a segunda ordem, os créditos acidentários, derivados de sentença judicial, independentemente de seu valor, se põem na mesma ordem, que, todavia, não é aquela dos créditos de natureza não alimentar. É a única maneira de se preservar a igualdade, um dos maiores qualificativos da democracia. Caso, contrário, como já foi dito, mas não é excessivo dizer novamente, o administrador ficaria livre para pagar a quem bem entendesse, dentro daqueles limites. Isto daria margem a protecionismo, ao atendimento de interesses subalternos. Seria mais uma porta à corrupção. Poderia ensejar o regime das “comissões”, para se conseguir um pronto pagamento. Induvidosamente, não é o que o eminente **Magistrado** de primeiro grau deseja. Certamente, não olhou por este outro ângulo, em sua justa, notória e fundada preocupação com o ideal de justiça, atento e sensível que é às necessidades dos estropiados.

Também, com isso, não se está querendo lançar indiscriminada desconfiança ao administrador público. É, apenas, a preocupação com os princípios norteadores da ordem constitucional, concebida para transmitir a todos o sentimento de segurança. Os precatórios, além de se encontrarem em consonância com a ordem constitucional, são uma garantia do trabalhador.

E, pelos mesmos fundamentos, é proibido desmembrar valores, como, aqui e acolá, já se percebe. Já há quem, em créditos acidentários com valores superiores àquele, esteja entendendo que devam ser pagos até o limite de R\$ 4.988,57. A diferença vai para precatório.

Nestas condições, o **Ministério Público** se vê na contingência de dissentir do modelo contemplado na decisão recorrida, eis que, *data venia*, fere de morte a ordem cronológica dos precatórios e, assim, o princípio da isonomia, consagrado pela Constituição Federal desde o seu preâmbulo e, no particular, em seu art. 100 e parágrafos.

A seis, porque a determinação, se cumprida, poderá redundar em realização de despesa sem disponibilidade orçamentária, bem como, finalmente e por isso mesmo, em desconsideração ao sistema da tripartição dos Poderes constituídos, que eleva suas relações a níveis de independência harmônica (C.F., art. 2º).

De fato, a ordem emergente da decisão agravada pode compelir o administrador desavisado a realizar pagamento sem disponibilidade orçamentária. Se tal ocorresse, estaria o **Judiciário** impondo ao **Executivo** o aumento da despesa pública, no exercício fluente e fora das regras constitucionais respectivas. Neste passo, é oportuno consignar que também o **Legislativo** não pode desencadear o agravamento das despesas públicas. Por isso, ressalvadas expressas autorizações constitucionais, lhe é vedado aprovar emendas a projetos do **Executivo**, geradoras de tal consequência, a teor do art. 63 da Carta da República.

Por fim, a crença do **Ministério Público** não é abalada, sequer minimamente, pela **Ordem de Serviço Conjunta INSS/PG/OFI nº 48, de 13 de março de 1996**, que estatui:

“Os pagamentos decorrentes de decisões judiciais transitadas em julgado, relativos a benefícios previdenciários, cujo valor a pagar a cada autor não exceda o limite previsto no art. 128 da Lei nº 8.213/91, serão efetuados pelas Procuradorias Estaduais do Distrito Federal e Procuradorias Regionais, independentemente de precatório obedecendo-se à ordem de expedição do respectivo mandado judicial.”

É que tal ato administrativo não sobrevive diante dos expressos termos do art. 4º da Lei nº 8.197, de 17.6.91, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.081, de 19.7.95:

“Art. 4º – Os pagamentos devidos pela Fazenda Pública federal, estadual ou municipal e pelas autarquias e fundações públicas, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão, exclusivamente, na ordem cronológica da apresentação dos precatórios judiciais e à conta dos respectivos créditos.”

Com estas considerações, opina o **Ministério Público**, por intermédio desta **Procuradoria de Justiça**, que essa **Egrégia Corte** conheça o recurso e lhe dê provimento, autorizando o INSS a levantar o valor depositado e recolhê-lo a seus cofres, para ser usado no pagamento de créditos em fila de precatório.

Rio de Janeiro, 17 de setembro de 1996.

**Nildson Araújo da Cruz**  
Procurador de Justiça

***Dano material e moral resultante de morte. Indenização.  
Inteligência do art. 5º, inciso V da Constituição Federal***

*Procuradoria-Geral de Justiça*

*Tribunal de Justiça*

*5ª Câmara Cível*

*Ação Ordinária*

*Apelação Cível nº 3837/91*

**Apelante:** Estado do Rio de Janeiro

**Apelados:** José Antônio Soares dos Santos e outros

Ordinária. Dano material e moral resultante de morte. A finalidade da jurisdição, do ponto de vista ideal, é de colocar a parte lesada na mesma situação em que estaria se o evento não tivesse ocorrido. Não alcançada, idealmente, tal finalidade, é indispensável compensar, em pecúnia, o dano em toda a sua extensão: patrimonial e moral. Inteligência do artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal.

***PARECER***

***I - Fatos***

1 – Recurso do Estado do Rio de Janeiro em face de sentença que o condenou a indenizar os danos materiais e morais decorrentes da morte de L. M. dos S., por disparo de arma de fogo efetuado por soldado da PMERJ (erro de execução), quando no exercício de suas funções.

2 – Pleiteia o apelante, ao que parece (fls. 170/173):

a) a improcedência do pedido, indenização material e moral, porque a vítima não possuía renda própria e era sustentada, em parte, pelos filhos;

b) a questão relativa à indenização do dano moral estaria preclusa, porque o juiz de primeiro grau, por ocasião do julgamento da impugnação ao valor da causa, teria afastado a possibilidade da cumulação do dano material com o moral;

c) a Constituição Federal proíbe a utilização de salário mínimo como indexador para a condenação;

d) o dano moral, excessivamente arbitrado, deve ser reduzido.

3 – Registre-se, a interposição de dois agravos retidos (fls. 49 e fls. 100) pelo apelante que não reiterou, nas razões de apelação, sua apreciação pelo Tribunal, implicando, automaticamente, em renúncia ao julgamento dos mesmos (§ 1º, do artigo 522, do Código de Processo Civil).

4 – O autor originário da ação faleceu, habilitando-se, no processo, os seus filhos, ora apelados (fls. 128v).

5 – Os apelados, secundados pelo Ministério Público, esperam a confirmação da sentença.

## **II – Fundamentação**

### **A – Do dano material**

1 – Cumpre ressaltar que o juízo *a quo* adotou o parecer do ilustre Curador de Fazenda, Dr. Duval Vianna, que entendeu ser devida a indenização “ainda que a falecida não tivesse fonte de renda, pois trabalhava na residência, na lide dos afazeres domésticos, contribuindo para a economia familiar” (parecer de fls. 161, adotado pela sentença, fls. 167).

2 – Portanto, não se discute, nesta fase do processo, se a falecida tinha ou não fonte própria de renda. Antes, se seria possível a fixação de indenização pela contribuição familiar, da mesma, consistente em trabalho doméstico.

3 – O Ministério Público entende que sim.

4 – Evidente que com o falecimento da esposa do autor originário, este, enquanto viúvo, do ponto de vista da economia familiar, sofreu prejuízo pela falta do serviço doméstico realizado por sua esposa.

5 – Não existe dúvida, e os depoimentos comprovam (fls. 151/159), que a falecida fazia os serviços domésticos da casa, sendo regra de experiência comum que eles contribuem para a economia familiar e, portanto, podem ser quantificados.

6 – A nossa lei processual permite que o juiz aplique as regras de experiência comum para fundamentar a sua decisão (art. 335, do CPC).

7 – O juiz de primeiro grau, com muita propriedade, fixou como indenização, pelo dano material, importância mensal de meio salário mínimo, compatível, no caso, com a situação da família e os serviços domésticos realizados pela falecida.

### **B – Da inexistência de coisa julgada sobre o dano moral**

1 – Absolutamente irrelevante o fato do juiz de primeiro grau, nos autos da impugnação ao valor da causa, fundamentar a sua decisão com o entendimento de que o dano moral não pode ser cumulado com o dano material.

2 – Em primeiro lugar porque, ao contrário do afirmado pelo apelante, a fundamentação da sentença não produz coisa julgada.

3 – Em segundo lugar, pelo fato de que a sentença, proferida na impugnação, limita-se a fixar o valor da causa e não a decidir sobre a questão de direito material, colocada na inicial da ação principal.

### **C – Da fixação da indenização em salários mínimos**

1 – A sentença recorrida não indexou a condenação ao salário mínimo.

2 – Isto teria acontecido se a sentença tivesse atribuído um valor em cruzeiros à condenação e determinado o seu reajustamento ao salário mínimo.

3 – Ela, simplesmente, como é comum em hipóteses semelhantes, fixou a indenização em determinado número de salários mínimos, dada a periodicidade do pagamento, como indenização pelos serviços domésticos.

4 – O dano moral, também fixado em salários mínimos, acompanhou a tendência do nosso direito, inclusive legislativa (*vide* Lei de Imprensa).

5 – Por outro lado, é oportuno frisar que a Constituição Federal, no artigo 7º, inciso IV, impede a vinculação do salário mínimo a outros itens, que não aqueles básicos fixados no corpo do próprio artigo, de sorte a manter tal direito como social e preservá-lo no tempo. Nunca para impedir condenação judicial em número determinado de salários mínimos.

#### *D – Da indenização pelo dano moral*

1 – A apelante, em suas razões, não reiterou a tese anteriormente sustentada, na contestação, da impossibilidade de cumulação do dano moral com o material, fato suficiente a ensejar o exame tão-somente do *quantum* fixado, este sim, expressamente impugnado.

2 – Todavia, o Ministério Público se permite examinar tal controvérsia, pois as razões apresentadas, neste aspecto, podem sugerir que o recurso foi total.

3 – É princípio corrente em doutrina, que a indenização por ato ilícito deve ser a mais ampla possível para compor o dano sofrido.

4 – O ponto nodal da questão situa-se na identificação dos fatores que irão integrar a indenização, de sorte a compor todo o prejuízo resultante do evento, ou, pelo menos, a minimizá-lo o máximo possível.

5 – Daí a seguinte indagação, no caso em debate: quais os fatores que irão integrar a indenização ao viúvo que perdeu a mulher, depois de anos de casados, decorrente de disparo por arma de fogo efetuado por soldado da Polícia Militar?

6 – Evidente, até pelo senso comum, a impossibilidade de avaliar financeiramente toda a extensão do dano sofrido pelo Apelado: patrimonial e moral. Se ele compreendesse somente o aspecto patrimonial, certamente a indenização não seria “a mais ampla possível.”

7 – A exigência da indenização mais ampla possível está em sintonia com a finalidade da jurisdição. O processo em última análise, do ponto de vista ideal, visa colocar a parte lesada, *lato sensu*, na mesma situação em que estaria se o evento não tivesse ocorrido, desaparecendo qualquer tipo de dano.

8 – Quando esta finalidade não pode ser alcançada, idealmente, como é o caso dos autos, torna-se necessário compensar, em pecúnia, o dano em toda a sua extensão, para manter, no que for possível, a equivalência ao ideal não atingível.

9 – Assim, independentemente da existência de norma expressa, casuística, é indispensável a fixação de verba de valor superior, sem dúvida, àquele resultante do dano puramente material.

10 – A fundamentação da indenização em norma expressa, apesar de desnecessária, pode ser encontrada, no artigo 5º, V, da Constituição Federal. Este dispositivo

tem ampla aplicação a qualquer tipo de dano moral, não se limitando, como pretendem alguns, à indenização decorrente de violação da imagem ou à vida privada das pessoas.

11 – Isto porque, o legislador constitucional tratou da indenização decorrente de violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, em inciso próprio: n° X, do mesmo artigo, não sendo razoável interpretar-se que esses direitos, e somente eles, foram protegidos em dois dispositivos legais que tratam do mesmo assunto.

12 – Por outro lado, não seria razoável, nem de bom senso, que o legislador constitucional limitasse a indenização moral somente a determinados tipos de agravo, de intensidade não tão relevante quanto àquele resultante destes autos. Se da violação da imagem decorre indenização por dano moral e material, porque da violação da vida não decorre igual consequência?

13 – Evidente que a norma constitucional quis regular a indenização moral, ampla, em matéria que reclamava tal regulamentação, consolidada no princípio da maior equivalência possível, entre o dano sofrido, não recuperável, idealmente, e a verba indenizatória.

14 – Finalmente, é necessário consignar que o valor fixado para o dano moral – 100 salários mínimos – não deve sofrer qualquer diminuição.

15 – Sem contar o dano interno, subjetivo, do então autor originário da ação, impossível de ser avaliado financeiramente, a indenização por dano moral deve conter, para quem está obrigado a repará-lo, um fator punitivo, expiativo.

16 – É fundamental que o valor fixado seja suficientemente elevado, o que não ocorreu na hipótese, para desestimular a repetição dos mesmos fatos, obrigação do Estado enquanto encarregado da segurança dos cidadãos.

17 – A indenização sem a dose punitiva não estimula o Estado a selecionar e treinar corretamente os seus agentes encarregados da ordem, saindo “mais barato”, compor, posteriormente, eventuais danos.

### *III – Conclusão*

O Ministério Público opina pelo conhecimento e improvemento do recurso.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 1991.

**Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**  
Procurador de Justiça

## *Regime prisional. Regressão cautelar em caso de fuga de preso. Possibilidade*

*2ª Procuradoria de Justiça junto à 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal*

*Primeira Câmara*

*Agravo nº 440/95 – V.E.P.*

**Recorrente:** Ministério Público

**Recorrido:** Claudio Braz dos Santos

O **Ministério Público**, nos autos do **agravo** em referência, por seu Procurador de Justiça com atribuições para o feito, em face do V. Acórdão que negou provimento ao recurso da decisão que indeferiu pedido de regressão cautelar do regime prisional imposto a **Claudio Braz dos Santos**, por sua condenação pela prática de crime de roubo, vem, com fulcro no **art. 105, III, a e c** da Constituição Federal, interpor **Recurso Especial** ao Colendo **Superior Tribunal de Justiça**, pelo que expõe:

### *I – Da tempestividade*

O Recorrente tomou ciência do V. Acórdão ora recorrido em 02 de outubro de 1996, começando a fluir o prazo recursal em 04 do corrente, sendo o dia 03 designado para as eleições municipais em todo o país.

Interpõe neste dia 18 de outubro de 1996 o presente recurso.

### *II – Dos fatos*

**II. 1** O Recorrido foi condenado à pena de 12 anos de reclusão, iniciando seu cumprimento em regime fechado – fls. 4 dos autos, com termo inicial em 15.05.1988.

Preso em dependências do Departamento do Sistema Penal deste Estado, teve em 02.06.93 deferida a progressão do regime prisional para semi-aberto, fls. 16/17.

Em 30.06.93 evadiu-se do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, retornando em 02.07.93 – fls. 18, para, nova e definitivamente, se evadir do citado estabelecimento em 07.07.93 – fls. 19.

O **Ministério Público** requereu a regressão cautelar do regime prisional do condenado evadido – fls. 25 (fls. 51 dos autos originais).

A fls. 27v (fls. 53v. dos autos originais) o **Ministério Público** requereu a intimação editalícia do agravado, tendo despachado S. Exa. a Dra. Juíza de Direito, indeferindo o referido pedido.

Irresignada, agravou S. Exa., a Dra. Promotora de Justiça Celma P. D. de Carvalho Alves:

*“... aguardo a reconsideração, determinando-se a designação de data para sua oitiva e após, com ou sem justificativa do próprio interno ou de sua Defesa, decidir sobre a regressão ou não de regime” – fls. 4.*

S. Exa. a Dra. Juíza *a quo* manteve a decisão agravada – fls. 28.

II. 2 Nesta instância, esta Procuradoria ressaltou:

*“O fato de S. Exa., a Dra. Juiz a quo, não acolher o pedido de intimação editalícia não poderia significar o congelamento do processo de exame do pedido de regressão cautelar do regime, até a recaptura do Agravado.*

*Assim, se S.Exa. entendia, até com razão, concessa maxima venia, que a publicação do edital era inócua, deveria deferir ou indeferir a regressão cautelar do regime, pretendida pelo Agravante.*

3. *Isto posto, posiciona-se este Órgão quanto à publicação do edital para intimação do Agravado no sentido do não acolhimento da pretensão do Agravante.*

4. *No que diz respeito, contudo, à regressão cautelar do regime, o parecer é pela procedência do pedido, com a devida vênua” – fls. 44.*

Em julgamento, a Egrégia 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal após delimitar que

*“O que aqui se discute é se foragido o apenado – e assim tendo cometido falta grave – fica o juízo impedido de impor-lhe a regressão do regime até que seja possível ouvi-lo (e não citá-lo) sobre as razões da fuga, em face do disposto no artigo 118, § 2º da Lei de Execuções Penais” – fls. 53,* negou provimento ao recurso, afirmando, em última análise, que é indispensável a oitiva do apenado antes de ser decidida a regressão do regime prisional.

### III – Do direito

O art. 118 da Lei 7.210, de 11.07.84, a Lei de Execução Penal, determina que:

*“A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos quando o condenado:*

***I – Praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;”***

Por outro lado, o art. 50, II da mesma lei explicita:

***“Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:***

***II – fugir;”***

A discussão jurídica que se pretendeu estabelecer, *data maxima venia*, no julgamento recorrido, diz respeito ao condicionamento da regressão do regime prisional à oitiva do apenado.

Ora, exatamente para não agredir à norma supracitada, a doutrina, a jurisprudência e o Recorrente a fls. 25 e no *parecer* de fls. 43/46, realçou ser a regressão em causa uma medida *cautelar*, indispensável ao cumprimento da lei e prevista no direito processual, como acima referido.

***IV – Do cabimento do recurso***

***IV. 1 – Da legitimidade e do interesse do Ministério Público para recorrer***

Não acatado, *data venia*, o citado dispositivo, nos termos do art. 68-III da Lei 7.210, de 11.07.84, interpõe o Ministério Público o presente recurso especial.

***IV. 2 – Da contrariedade à Lei Federal***

O V. Acórdão recorrido contrariou o disposto no aludido art. 118 da Lei de Execução Penal, em consonância com o art. 30 do Código Penal.

***IV. 3 – Do dissídio na interpretação da Lei Federal***

O V. Acórdão recorrido é divergente do que já foi decidido:

(a) ***“Recurso de agravo. Fuga de preso. Regressão de regime prisional. Agravo. O condenado que fugir comete falta grave, ficando sujeito à regressão. A regra é a oitiva do condenado. A exceção ocorre quando se trata de fuga. Recapturado, o condenado será ouvido. Improvido o agravo.”*** (Recurso de Agravo nº 48/93, 2ª Câmara Criminal do TJERJ, decisão unânime, em 16.08.94, Rel. Des. José Lucas Alves de Brito, D.O. de 24/11/94, p. 216.)

(b) ***“A denominada ‘suspensão cautelar da efetivação de promoção de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade’ resultante de decisão judicial tomada com base no art. 118-I, da LEP, não acarreta nenhum constrangimento ilegal ao sentenciado que é mantido no regime mais grave, enquanto se processa o referido incidente”*** (TACRIM-SP-HC-Rel. Haroldo Luz – RJD 13/175) *apud Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, Alberto Silva Franco *et al.*, São Paulo, 1995, Editora Revista dos Tribunais, 5ª ed., p. 439.

(c) “Regime prisional – Se o condenado encontra-se foragido, a sua pena privativa de liberdade fica sujeita à forma regressiva, com transferência para regime mais rigoroso. Inteligência do artigo 50, II c/c 118-nº I da Lei 7210/84. O princípio da ampla defesa não constitui *bill* de indenidade para o descumprimento da legislação em vigor. Provimento do agravo” – Recurso de agravo nº 54/92, 4ª Câmara Criminal do TJERJ, decisão unânime, em 01.12.92, Rel. Des. Menna Barreto – D.O. – RJ – Poder Judiciário, de 08.02.93, nº 225, cópia anexa.

*Concessa maxima venia*, está presente a divergência seja quando se condiciona a regressão do regime, cautelarmente, à oitiva do preso, – impossível de se fazer estando ele foragido –, seja quando se veda a aplicação cautelar da norma principal, sob o argumento de se esbarrar em procedimento ilegal:

“O que aqui se discute é se foragido o apenado – e assim tendo cometido falta grave – fica o juízo impedido de impor-lhe a regressão do regime até que seja possível ouvi-lo (e não citá-lo) sobre as razões da fuga, em face do disposto no artigo 118-§ 2º da Lei de Execuções Penais – fls. 53,

.....

Assim, praticado o fato definido como falta grave, a pretensão restritiva ao apenado esbarra em norma expressa que exige a sua prévia audiência para que possa justificar o ato cometido.

Suprimir esta fase, seria impedir-lhe a ampla defesa, violando o princípio do contraditório.”

Esta Procuradoria, a fls. 45 já anotou, com todas as vênias:

“Sobre a matéria, hoje uniformiza-se a jurisprudência, com o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça – fls. 104/112, no sentido do cabimento da regressão:

Em verdade, mesmo não se encontrando expressamente disciplinada no ordenamento positivo a medida cautelar aplicada, só merece encômios o Juiz que, nos termos do art. 2º da LEP e 3º do CPP, já referidos, c/c o art. 126 do CPC, preserva o poder cautelar geral inerente ao exercício da magistratura, que o obriga a decidir ainda quando haja na legislação lacuna ou obscuridade, caso em que deve “substituir” os legisladores, resolvendo as questões processuais por analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” – (Trecho extraído do Despacho proferido por S. Exa. o Juiz Presidente deste Egrégio Tribunal de Alçada Criminal, o hoje Desembargador *Alfredo José Marinho Filho*, ao encaminhar o Recurso Especial ao qual deu seguimento), *ut voto* de S. Exa. o

Sr. Ministro José Dantas ao relatar o Recurso Especial nº 53.794-0-RJ – (94.0027651-6), EM 05.10.94, na 5ª Turma do S.T.J., acolhendo unanimemente a regressão cautelar do regime prisional, conforme

#### EMENTA

“Processual Penal. Regime Prisional. Fuga do preso. Suspensão cautelar do regime prisional favorecido.

– Legalidade. Não ofende a regra do devido processo legal (art. 118, § 2º, da LEP) a suspensão do regime prisional favorecido, como cautela necessária à recaptura do réu, após a qual deve-se instaurar o procedimento legal para a decretação da regressão definitiva.” (Votaram com o relator os Srs. Ministros *Assis Toledo e Jesus Costa Lima*).

#### IV. 4 – Do questionamento

O presente recurso alcança a matéria objeto do pedido de prestação jurisdicional pelo MM. Dr. Juiz da Vara de Execuções Penais, do subsequente agravo e do parecer deste Órgão, tendo sido expressamente apreciada no V. Acórdão, como se viu, *data venia*.

#### V – Das razões do pedido de reforma

V.1. A pretensão recursal é tornar eficaz a norma principal, o *caput* do art. 118, o comando que impõe a regressão do regime prisional e torna eficaz, e exequível, da prestação jurisdicional do juízo da condenação.

V.2. Eis o porquê da imposição da provisoriedade da decisão, do deferimento da medida, cautelarmente:

“..... só merece encômios o Juiz que, nos termos do art. 2º da LEP e 3º do CPP, já referidos, c/c o art. 126 do CPC, preserva o poder cautelar geral inerente ao exercício da magistratura, que o obriga a decidir ainda quando haja na legislação lacuna ou obscuridade, caso em que deve “substituir” os legisladores, resolvendo as questões processuais por analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Assim, a regressão do regime, cautelarmente, surge como inevitável determinação jurisdicional, em face ao disposto no art. 50-II combinado com o art. 118-I da Lei 7.210/84, sem a oitiva do condenado, por ser ela imprescindível à execução da pena, sem trazer prejuízos a este!

V.3. A alegação de ilegalidade da regressão, sem oitiva do condenado, é ilidida exatamente com a premissa que a lei tem de ser cumprida, queira ou não o condenado, o criminoso, o foragido.

Não pode, *concessa maxima venia*, o Estado deixar de atender à norma legislativa ínsita no *caput* do disposto no art. 118 da Lei de Execução por impossibilidade, provocada pelo próprio condenado, de ouvi-lo.

Seria, com a devida vênia, no mínimo, iníquo, frustrar-se a sociedade, concedendo-se os favores da lei ao foragido que a desrespeitou.

V.4. Relevante, também, considerar que a não oitiva do condenado decorre de questão de força maior, qual seja a impossibilidade de atendimento do dispositivo legal.

Há de se pensar: a lei tem de ser cumprida quando possível!

V.5. Ressalte-se, ainda, que num comportamento bastante judicioso, a chamada regressão, deferida nas presentes circunstâncias, é **medida provisória**, é garantia da sociedade e exequibilidade possível do Estado, presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*.

É uma proteção cautelar ao direito de execução da pena, medida preventiva, requerida no curso do processo decisório do pedido de regressão de regime, para assegurar a aplicação da lei penal.

O Juiz decide sobre os incidentes da execução, e zela pelo correto cumprimento da pena.

O art. 116 da L.E.P. dá ao Juiz o poder discricionário de modificar as condições estabelecidas, para o cumprimento da pena, desde que as circunstâncias assim o recomendem.

Impedir-se o Estado de se garantir, para a execução da pena, seria desconsiderar-se a **interpretação ab-rogante**: um parágrafo da lei, um aposto, não pode contrariar os objetivos de obra inteira, nem inviabilizar o alcance da *ratio legis*, como orientado pelo legislador no art. 40 do C.P.

V.6. A análise da decisão, da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça deste Estado, no Agravo nº 54/92, trazida à colação, acrescenta:

**“Assim decidem porque o recorrido foi condenado por infração do artigo 12 da Lei 6368/76, à pena privativa de liberdade de 03 anos de reclusão, com regime semi-aberto. Posteriormente, evadiu-se da prisão onde se encontrava, o que resultou na revogação desse tipo de regime para o fim de ser aplicado o regime fechado. Inconformada a Defensoria Pública requereu a reconsideração dessa decisão, no que foi atendida pelo Dr. Juiz *a quo*, que entendeu dever o condenado ser ouvido antes da regressão, tendo em vista o artigo 118 parágrafo segundo da Lei de Execução Penal. Foi em razão desse despacho que o Ministério Público agravou alegando que aquele encontrava-se foragido e, destarte, não faz jus a permanecer em regime semi-aberto. O Dr. Juiz manteve a decisão agravada, aduzindo que ela tem por fulcro o princípio da ampla defesa.**

Ora, há dentro dos autos a informação de fls. 40, da Secretaria da Câmara, onde se constata que o recorrido continua foragido, desde 25 de abril de 1988. Logo, o que tem pertinência *in casu* não é o disposto no artigo 118 parágrafo segundo da Lei 7210/84, o qual concerne a qualquer falta grave, que não seja aquela decorrente de fuga. E isso é perfeitamente compreensível, pois o condenado que cometeu falta grave e se encontra preso, deve ser ouvido para esclarecer o fato. Não, porém, aquele que se acha foragido, porque a simples leitura dos artigos 50, nº II e 118, nº I da mesma legislação, deixa claro que, se a fuga constitui falta grave e esta implica em regressão com transferência para regime mais rigoroso, a determinação deve ser imediata, não cabendo nenhum direito de oitiva do condenado. Do contrário, chegaríamos, tal como sucede na espécie, a situações sumamente esdrúxulas, ou seja, o condenado foragido há mais de quatro anos e em regime semi-aberto, até que possa ser encontrado e ouvido sobre o motivo da fuga. É evidente que essa não é a *ratio legis*, sendo certo que o alegado princípio constitucional da ampla defesa não pode ser erigido em *bill* de indenidade para o descumprimento da lei.”

#### VI – Conclusão

Por tudo o exposto, requer o Ministério Público seja admitido, processado, julgado e provido o recurso, reformando-se a R. Decisão recorrida para que seja, cautelarmente, até sua recaptura e oitiva, imposto ao apenado recorrido o regime prisional fechado, anulada a decisão concessiva do livramento condicional, ser outra proferida com respeito à invocada norma legal.

Rio de Janeiro, 18 de outubro de 1996.

**Pedro Moreira Alves de Brito**  
Procurador de Justiça

*Nulidade por vício da citação ou, se superada, da sentença por violação dos cânones formais do decisum. Redução da sanção penal com a conseqüente declaração de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva*

*Tribunal de Alçada Criminal*

*2ª Câmara*

*Apelação nº 51.719*

**Apelante:** Arnaldo Coelho de Miranda

**Apelado:** Ministério Público

**PARECER**

1. Através de r. sentença de fls. 167/169, foi o apelante condenado à pena de 3 anos de reclusão e 30 dias-multa no valor unitário mínimo, estabelecido, para início do cumprimento da reprimenda, o regime fechado.

Apreciando recurso interposto pelo co-réu Genilson Dias da Silva, a Egrégia Câmara, de ofício, decretou a nulidade do processo pertinentemente ao ora apelante, a partir da sentença, exclusive, mediante o v. acórdão de fls. 196/197, da lavra da eminente Juíza Nilza Bitar.

Sobreveio, então, a apelação total de fls. 203, acompanhada das razões de fls. 204/209, em que se pleiteia, preliminarmente, a anulação do *decisum* por ausência de fundamentação da imposição de regime de cumprimento de pena mais gravoso que o aberto.

Resposta a fls. 211/217.

2. Em virtude da revelia, não foi o apelante interrogado. No entanto, acha-se agora em lugar certo (fls. 225).

Mostra-se oscilante a jurisprudência no tocante à necessidade de ser o réu submetido a interrogatório na etapa atual do processo.

Mencione-se o aresto do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo inserto na RJDTACRIM 7/130 no sentido da necessidade:

“O processo não se extingue com a sentença condenatória recorrida. Se o réu vier a ser preso depois da sentença condenatória e antes do julgamento da apelação, seu interrogatório será necessário. A Superior Instância não poderá julgar apelação sem que o réu seja ouvido, pois o art. 564, III, ‘e’, do CPP, considera nulidade a falta de interrogatório.”

Parece-nos dever-se evitar que se possa ulteriormente decretar a invalidade do processo por esse fundamento.

Deixamos, contudo, de endereçar o requerimento ao Ínclito Presidente da Câmara, antes da distribuição a relator, em face do que se contém nos dois tópicos subseqüentes.

3. Para a citação do apelante, expediu-se a carta precatória de fls. 96 e segs., não tendo a diligência levada a efeito surtido êxito (cf. certidão de fls. 109 v.), o que levou o mesmo a ser tomado por revel.

Ocorre que veio o recorrente a ser intimado da sentença (fls. 225) em endereço que figurava nos autos do inquérito (cf. fls. 66 e 224).

Por óbvio, assim, não se mostrava legítima a citação por via editalícia, de caráter excepcional, exurgindo a invalidade do ato por violação do art. 361 do CPP.

Cuida-se de nulidade absoluta, uma vez que atentatória das garantias do contraditório e da ampla defesa asseguradas no art. 5º, LV, da Constituição da República, sendo de recordar-se a advertência de **Grinover, Fernandes e Gomes Filho** (*As Nulidades no Processo Penal*, 4ª ed., 1995, p. 18):

“Quanto à nulidade, resta saber se o ato praticado contra a Constituição somente pode implicar nulidade absoluta, ou se poderia eventualmente cogitar-se de nulidade relativa. A diferença entre as duas categorias está em saber se a observância da forma do ato jurídico visa a preservar interesses de ordem pública no processo, impondo que o próprio juiz seja o primeiro guardião de sua observância, ou não.

Sendo a norma constitucional-processual norma de garantia, estabelecida no interesse público (*supra*, nº 2), o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo, devendo a nulidade ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada. (Sobre nulidades absolutas e relativas, ver **retro**, cap. I, nº 2).

É que as garantias constitucionais-processuais, mesmo quando aparentemente postas em benefício da parte, visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal.

Resulta daí que o ato processual, praticado em infringência à norma ou ao princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente ou absolutamente nulo; não há espaço, nesse campo, para atos irregulares sem sanção, nem para nulidades relativas.”

Essa também a pacífica diretriz do direito pretoriano, que equipara à falta de citação geradora de nulidade absoluta (CPP, art. 564, III, e, 1ª parte) aquela que se produz defeituosamente.

Opinamos, de conseqüência, em preliminar, por que se decrete a nulidade do processo a partir da citação a fim de que seja o apelante citado por mandado no endereço mencionado a fls. 66 e 224.

4. Inacolhida que seja a questão prévia suscitada no item anterior, estamos argüindo a invalidade da sentença.

Parece despiciendo lembrar que ocupa ela posição preeminente entre os atos jurídicos em sentido largo. Afigura-se-nos, assim, intolerável, *data maxima venia*, seja prolatada sem mínimo respeito pelos cânones formais que informam o tema e, pior, sem o núcleo do dispositivo.

No *decisum* ora sob impugnação, logo após o relatório emerge o dispositivo quanto a um dos réus, que é absolvido por ser inimputável. Segue-se a motivação alusiva aos dois outros acusados, parte que se encerra com a solene declaração: “É o relatório”. Por fim, omitindo-se o núcleo do dispositivo, em que se deveria julgar procedente a acusação, a imputação ou a pretensão punitiva, dando-se os réus como incurso em determinada disposição legal, passa-se à fixação das penas.

Nosso entendimento é o de que não está apto a subsistir ato que padeça de tão graves vícios, a ponto de tangenciar a inexistência.

Manifestamo-nos no sentido de que se decrete sua nulidade.

5. No mérito, cogita-se da subtração de objetos do interior de uma residência pelos co-réus, que mais tarde se verificou serem menores inimputáveis, havendo-se atribuído ao apelante ter planejado a ação e induzido os mencionados menores à prática delituosa.

A materialidade é incontroversa e a autoria ficou plenamente provada.

O recorrente admitiu a participação no ilícito por ocasião da acareação extrajudicial de fls. 54 e os co-réus afirmaram-na em juízo. Demais, apreendeu-se a arma subtraída em poder de pessoa a quem ele a vendera. Outros elementos de convicção são extraídos das declarações de fls. 122 e 123, tendo-se formado um conjunto probatório sólido e plenamente convincente.

O rompimento de obstáculo está atestado pelo laudo de fls. 42. Por outro lado, é óbvio que o apelante tinha conhecimento de que a penetração na residência se daria mediante arrombamento, o que exclui a incidência do § 2º do art. 29 do CP.

Amolda-se, pois, o fato ao tipo do art. 155, § 4º, I e IV, do estatuto em alusão.

6. No que respeita à dosimetria da pena, a privação de liberdade, ante a ausência de antecedentes do recorrente, que não é um desocupado, e a despeito das informações prestadas pela testemunha de fls. 123, deve situar-se, a nosso aviso, na graduação mínima.

Cabe reconhecer-se ter sido a participação do apelante de menor importância.

É verdade que Genilson, um dos menores inimputáveis, atribuiu-lhe o planejamento da empreitada criminosa, mas Marcio informa que ele “deu simplesmente a ‘dica’ sobre o furto, revelando o momento em que o lesado não estaria em casa.”

Frente ao pretérito relacionamento homossexual do primeiro com o recorrente (fls. 40), parecem-nos mais confiáveis as declarações prestadas pelo segundo. Além disso, as folhas penais dos menores (fls. 163 e 164) indicam que não precisavam

valer-se de quem planejasse lesões ao patrimônio alheio. Quando mais não seja, o apelante deve ser beneficiado pela dúvida.

Estamos em que, mensurada a participação de menor importância, situa-se ela em grau médio, a recomendar abrandamento da ordem de um quarto.

Nesse contexto, a reprimenda privativa de liberdade se estabilizaria em 1 ano e 6 meses.

Na forma da jurisprudência da Câmara a sanção pecuniária haveria de ser mitigada, admitida que seja a redução proposta, a 18 dias-multa na gradação mínima.

É de se observar que, acaso abrandada a sanção privativa de liberdade a patamar não superior a 2 anos, tendo transcorrido mais de 4 entre o recebimento da denúncia, a 30.09.88, e a publicação da sentença, a 30.04.93 (fls. 169v.), sem recurso da acusação, estará extinta a punibilidade pela prescrição retroativa da pretensão punitiva, a reclamar a correspondente declaração.

Questão que se coloca nesta etapa é a de saber-se se, reconhecida alguma das duas nulidades suscitadas, seria possível passar-se ao julgamento do mérito e, mediante a mitigação da reprimenda, julgar-se extinta a punibilidade.

O caráter absoluto das invalidades argüidas é resultado precisamente de que lesam elas interesses públicos e não meros interesses de alguma das partes, o que exclui a possibilidade de ingressar-se no exame do fundo da causa.

Em abono do que ora se afirma, cabe trazer a lume a regra do § 2º do art. 249 do CPC, segundo a qual

“Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.”

O dispositivo em tela mereceu de **Moniz Aragão** (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1ª ed., II, p. 312) o registro que se transcreve:

“Observação idêntica à que desperta o primeiro, vale para este parágrafo: não alcança a nulidade absoluta, insanável, que não protege o da parte, mas o interesse público, não podendo, portanto, ser objeto de sanção em prol da parte a quem aproveitaria a sua decretação.”

Desse modo, ainda que se vissem superadas duas dificuldades, a saber (1), a da demonstração de que existe no ordenamento processual penal, como norma implícita, disposição correspondente à do § 2º do art. 249 do CPC e (2) a da revelação de que a declaração de extinção da punibilidade por força da redução da pena guarda equivalência com a sentença de rechaço da demanda, emerge, intransponível, o obstáculo de cuidar-se de nulidades que afetam o interesse público.

Pronunciada, pois, que seja qualquer das invalidades em foco, a apreciação do mérito estará automaticamente vedada.

7. Isso posto, opina esta Procuradoria de Justiça por que, preliminarmente, se decrete a nulidade do processo a partir da citação ou da sentença ou, no mérito, por que se proveja em parte o apelo para o fim de fixar-se a resposta penal em 1 ano e 6 meses de reclusão e 18 dias-multa no valor unitário mínimo, declarando-se extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Rio de Janeiro, 03 de janeiro de 1996.

**Ronaldo de Medeiros e Albuquerque**  
Procurador de Justiça

***Recurso Especial. Ministério Público. Legitimidade  
concorrente para a prática de atos na persecução penal.  
Inexistência de monopólio da Polícia Judiciária  
para a investigação penal***

*Tribunal de Justiça*

**Habeas Corpus n° 615/96**

***Recurso Especial***

**Recorrente:** Ministério Público

**Recorrido:** Castor Gonçalves de Andrade Silva (paciente)

**Impetrantes:** Drs. Nelio Roberto Seidl Machado e Wilson Lopes dos Santos

Recurso Especial. *Habeas Corpus* parcialmente deferido para atribuir à Polícia Judiciária o monopólio da investigação penal, vedando ao Ministério Público, na persecução penal, qualquer atividade de investigação direta. Tempestividade. Prequestionamento. Afronta direta a diversos dispositivos da Lei Federal, a saber: art. 26, inciso I, letras "a", "b" e "c", art. 26, inciso II, art. 26, inciso IV, art. 26, inciso V, art. 26 § 4º, art. 26 § 5º, art. 32, inciso II, art. 43, inciso XIII e art. 80 da Lei 8625/93 (LONMP). E mais: arts. 4º, § único, 12, 27, 39 § 5º, 46 § 1º, todos do CPP. E ainda: art. 8º, incisos, I, V e VII da Lei Complementar n° 75, de 20/05/93 (LOMPU). Recurso Especial merecedor de admissão.

***PARECER***

*Exmo. Sr. Desembargador 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.*

1. O Ministério Público, por sua Chefia, interpôs Recurso Especial contra o V. acórdão de fls. 156/162 proferido, à unanimidade de votos, pela E. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça no julgamento do *Habeas Corpus* n° 615/96.

A decisão recorrida guarda a seguinte ementa:

"Processual Penal. *Habeas Corpus*. Conhecimento. Investigações Criminais. Atribuição da Polícia Judiciária. Atribuições do Ministério Público. O Devido Processo Legal.

A ação de *habeas corpus* controla não somente o direito à liberdade, senão também a validez do procedimento de que possa resultar a restrição a esse direito.

A função de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares, são privativas das polícias civis.

Ao Ministério Público cabe o monopólio da ação penal pública, mas sua atribuição não passa do poder de **requisitar** diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial e do inquérito policial militar.

Somente quando se cuidar de inquéritos civis é que a função do Ministério Público abrange também a instauração deles e de outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, aqui incluídas as diligências investigatórias.

Ordem concedida, em parte.”

Contra o julgado foram interpostos, pelo Recorrente, embargos declaratórios (fls. 167/168), que foram rejeitados através da decisão de fls. 175/176.

Na petição de interposição do Recurso Especial (fls. 180/206) alega-se ofensa ao art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c” da Constituição Federal. O dissídio jurisprudencial (letra “c”) vem indicado na página 189 dos autos, onde se faz alusão, também, a manifestações jurisprudenciais **recentes** do Egrégio Supremo Tribunal a respeito do *thema* endossando a pretensão recursal (fls. 190/192). Há, também, referência doutrinária em apoio da posição defendida pelo Recorrente (fls. 192/193). No que respeita à violação da Lei Federal (letra “a”), indica-se que o acórdão atentou ou, quando menos, negou vigência aos seguintes dispositivos da lei federal: art. 26, inciso I, letras “a”, “b” e “c”, art. 26, inciso II, art. 26, inciso IV, art. 26, inciso V, art. 26 § 4º, art. 26 § 5º, art. 32, inciso II, art. 43, inciso XIII, todos da Lei 8625, de 12/02/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), trazendo fundamentação ao alegado (fls. 193/200), inclusive com referência doutrinária específica (fls. 197/198). E, mais, teria negado vigência a diversos dispositivos do Código de Processo Penal, assim indicados: arts. 4º § único, 12, 27, 39 § 5º e 46 § 1º. Mais ainda: desconsiderado estaria o art. 8º, incisos I, V e VII da Lei Complementar nº 75, de 20/05/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), por força do disposto no art. 80 da Lei 8625, de 12/02/93 (LONMP - fls. 199/200).

O recorrido ofereceu contra-razões (fls. 272/297) pleiteando a inadmissibilidade do recurso e, no mérito, pugnando por seu aprimoramento.

Os autos, em seguida, foram remetidos a esta Procuradoria-Geral, onde foram com vista à Assessoria de Recursos Constitucionais, uma vez que o recurso fora interposto pelo Procurador-Geral de Justiça.

É o relatório.

2. Passo a opinar.

a) O Recurso Especial é **tempestivo**, tendo em vista que o Ministério Público tomou ciência do *decisum* recorrido em 21/08/96 (fls. 162), uma quarta-feira, manifestando seu inconformismo aos 02/09/96 (fls. 172), uma segunda-feira.

b) Houve **prequestionamento**.

É certo que a medida foi tomada por uma questão de cautela, uma vez que o r. acórdão recorrido, na verdade, embora sem fazer alusão a todos os dispositivos de lei federal violados, de forma direta ou por via reflexa, na verdade abordara a questão básica que motiva o presente recurso. Com efeito, o princípio afirmado na manifestação jurisdicional recorrida é o de que a Polícia Judiciária detém o monopólio da atividade investigatória na persecução penal na fase pré-processual. Aliás, quando da interposição do Recurso Especial, tal aspecto da questão já fora objeto de análise (fls. 181).

De qualquer maneira, o tema foi objeto de embargos de declaração (fls. 167/168), que foram desacolhidos (fls. 175/176).

c) Ocorreu, imediato, cumprimento ao r. acórdão recorrido.

Com efeito, determinara o julgado que o Ministério Público se abstinisse da prática de atos que se insiram entre os de atribuição da Polícia Judiciária relacionados com a prova oral (fls. 162), bem como que encaminhasse à Polícia Judiciária qualquer “documentação que eventualmente ainda se encontre em seu poder e que repute do interesse da investigação policial” (fls. 162).

Portanto, a ordem judicial determinava uma conduta omissiva e outra comissiva. A última foi, de pronto, atendida, fazendo o Ministério Público juntar aos autos declaração do Procurador-Geral de Justiça de que não detinha (**nem detém**) em seu poder qualquer documentação para encaminhar à Polícia Judiciária, “de vez que **nada** foi investigado **diretamente** pelo Ministério Público em relação aos fatos que foram objeto da impetração” (fls. 172). A primeira jamais foi exercitada, como assinalado nas razões recursais.

### 3. Exame do recurso.

Para encurtar razões, pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que o *thema* em debate resume-se a uma única questão jurídica da maior relevância para o destino da investigação penal em nosso País. De um lado, a tese do r. acórdão recorrido, segundo o qual a Polícia Judiciária detém o monopólio da persecução penal na fase pré-processual; do outro, a posição do Ministério Público, sustentada no Recurso Especial, que salienta ser **atribuição ordinária** da Polícia Judiciária a apuração das infrações penais e da respectiva autoria. Porém, tal atribuição **não lhe é exclusiva**, podendo a investigação penal, em caráter **eventual** e **extraordinário**, ser exercida, na fase pré-processual, por outras autoridades, inclusive as judiciárias, como se demonstrará. E dentre as instituições voltadas para tal fim, por sua destinação histórica, sem dúvida o Ministério Público ocupa lugar de relevo. Como de fácil observação, as posições assumidas no *decisum* recorrido e no Recurso Especial não chegam a ser, totalmente, antitéticas, pois neste não se sustenta, em momento algum, que a investigação penal ficaria a cargo do Ministério Público, como ocorre em alguns Estados civilizados. Afirma-se, isto sim, a atribuição **extraordinária** e **eventual** do *Parquet* (**não só dele, frise-se bem!**) para, sempre que necessário, investigar **diretamente** determinado fato criminoso.

A lei diz, às claras, ser possível tal procedimento, como ficou registrado nas razões recursais: art. 26, I, II, IV e V, art. 26 §§ 4º e 5º, art. 32, II, art. 43, XIII, da Lei 8625, de 12/02/93 (LONMP); art. 80 da Lei 8625, de 12/12/93 (LONMP) c/c art. 8º, I, V e VII da Lei Complementar nº 75, de 20/05/93 (LOMPU).

Igualmente, o Código de Processo Penal, em vigor há mais de meio século, deixa patente que o Ministério Público (ou outras autoridades a quem por lei for cometida função investigatória) também pode prescindir do inquérito policial para a investigação penal. Veja-se: art. 4º § único, art. 12, art. 27, art. 39 § 5º e art. 46 § 1º, todos enumerados nas razões recursais.

Aliás, embora não referido no Recurso Especial, há que assinalar o art. 28 da lei instrumental penal básica que alude ao pedido de arquivamento do inquérito policial ou de “**quaisquer peças de informação**”, mostrando, à toda evidência, que a persecução penal, na fase que antecede à propositura da ação penal, pode ser levada a efeito por outra autoridade que não a policial.

As próprias **autoridades judiciárias** podem promover a investigação penal quando, no curso de qualquer procedimento, houver indício da prática de crime por magistrado. É como soa o art. 33 § único da Lei Orgânica da Magistratura Nacional:

“Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.”

Ora, a vingar a tese do r. acórdão recorrido, o dispositivo em exame seria destituído de sentido e, até mesmo, inconstitucional.

Outra investigação penal presidida por **autoridade judiciária** é aquela incorporada na Lei de Falências (art. 103 e seguintes) no chamado inquérito judicial.

O Poder Legislativo também dispõe de poder investigatório em caso de crime cometido nas dependências da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, estabelecendo o regimento respectivo a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito (Súmula 397, do STF).

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8625, de 12/02/93) estabelece procedimento assemelhado ao traçado para os juízes, quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, determinando à autoridade policial, civil ou militar, que remeta os respectivos autos, pena de responsabilidade, ao Procurador-Geral de Justiça, a quem **incumbirá dar seguimento à apuração** (art. 41 § único).

Ao lado destes dispositivos, outros há, e muitos, que consagram a possibilidade da investigação penal ser levada a cabo por autoridades outras que não a policial. Tourinho, em feliz expressão, designa-os como “inquéritos extrapoliciais” (cf. *Processo Penal*, vol. 01, pág. 178/179, Saraiva, 1995). E passa a enumerá-los:

- a) “nos crimes contra a Saúde Pública, em determinadas infrações ocorridas nas

áreas alfandegárias, têm as autoridades administrativas poderes para elaborar inquéritos que possam servir de alicerce à denúncia. Veja-se, ainda, a alínea “b” do art. 33 da Lei 4771, de 15/09/65”;

b) nos inquéritos administrativos instaurados no objetivo de apurar falta funcional, caso venha a ser constatada a existência de ilícito penal, bastará à autoridade administrativa, pelos canais competentes, fazer chegar às mãos do órgão do Ministério Público a peça de informação para que ele, se for o caso, possa, com base nela, ofertar denúncia;

c) os inquéritos policiais militares, conhecidos como I.P.M.s. Caso neles se constate, no curso da apuração respectiva, a ocorrência de infração penal da competência da Justiça Comum, caberá à autoridade militar remeter os autos ao Ministério Público para, com base no I.P.M., se for o caso, oferecer denúncia;

d) A Lei 1579, de 18/03/52, que dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquéritos, também possibilita que o inquérito parlamentar possa servir de base para o ato instaurador da instância penal, caso nele se constate a existência de crime da competência da Justiça Comum.

E arremata: “conclui-se, pois, que os inquéritos nem sempre são policiais; os extrapoliciais têm a mesma finalidade” (*apud op. cit.*, pág. 179).

Porém, para o *decisum* recorrido somente a Polícia Judiciária pode investigar.

O Ministério Público, destinatário de **todas** as investigações, segundo o r. acórdão recorrido, deve comportar-se como mero espectador da apuração boa ou má que se fizer. Concede-lhe, é certo, o *decisum* impugnado, o poder de requisitar. Porém, se a requisição, por fás ou por nefas, não lograr o êxito colimado, cabe-lhe cruzar os braços e lamentar o insucesso da investigação.

Curioso paradoxo!

Tais dispositivos de Lei Federal, ao lado daqueles outros já mencionados no Recurso Especial, mostram, à saciedade, quão equivocada é a tese do r. acórdão recorrido, ao estabelecer como feudo da polícia judiciária a persecução penal na fase pré-processual.

O dissídio jurisprudencial, outro fundamento do Especial, também restou configurado. Veja-se, por oportuno, o cotejo estabelecido no gráfico de fls. 189. Com efeito, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão cuja íntegra encontra-se acostada aos autos (fls. 207/211), afirmou, com todas as letras e de forma inequívoca, que “no Código de Processo Penal não se estabelece que a função de Polícia Judiciária é exclusiva da Polícia Civil” e que “o Ministério Público está legitimado a fazer investigações” (fls. 189).

Mostrou-se, também, que a manifestação jurisdicional do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul encontra consonância com as manifestações mais **recentes** do **Tribunal Pleno** do Pretório Excelso (fls. 212 e, de modo especial, fls. 229/230 e 231). No Pretório Maior discutiu-se a Constitucionalidade da Resolução do Procu-

rador-Geral de Justiça do Paraná, instituindo, na Comarca de Curitiba, Promotoria de Investigação Criminal, restando indeferida a medida liminar pretendida pela "ADEPOL" na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 1336-0 do Paraná (em 11/10/95). Pouco antes, em sessões de 08 e 15 de março de 1995, fora indeferida cautelar postulada para suspensão dos efeitos da Resolução nº 447, de 17/06/94, da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, versando a respeito de matéria correlata com objeto do presente recurso (ADI - 1138 - fls. 231).

4. Faz-se mister, aqui, tecer algumas considerações, ainda que breves, às contrarrazões do paciente.

A primeira relacionada com o dissídio jurisprudencial. Embora reconhecendo serem divergentes os entendimentos esposados nos pronunciamentos judiciais confrontados, salienta o recorrido que não é todo o dissídio jurisprudencial que enseja o cabimento do recurso especial, devendo a divergência ater-se a questões federais infraconstitucionais. Porém, o acórdão referido como paradigma para o dissídio jurisprudencial cuida, especificamente, da exegese de lei federal, portanto de questão federal infraconstitucional. Ali é feita análise minudente do art. 4º § único do Código de Processo Penal (fls. 209), bem como do art. 27 do mesmo Código (fls. 208), não se atendo o julgado ao exame somente de dispositivo da Constituição Federal.

E foi nesse sentido que ele serviu de base para o Recurso Especial.

Não há negar, pois, que os julgados postos em confronto divergem, de forma inarredável, na interpretação de lei federal, no caso, o Código de Processo Penal.

Também não me parece verdadeira a afirmação de que a matéria não foi objeto de prequestionamento. Com efeito, através dos embargos de declaração de fls. 167/168, o Ministério Público denunciou a omissão do acórdão, aludindo, expressamente, aos artigos 4º § único e 27 do Código de Processo Penal. Tais embargos, como já registrado (1, *supra*), foram rejeitados sob o singelo fundamento de que "um bom método de decidir não deve concentrar perda de tempo com inutilidades que não merecem discussão, nem referência", pois os cânones referidos nos aludidos embargos de declaração "nada têm a ver com o caso" (fls. 175).

Quanto aos julgados do Supremo Tribunal Federal que acompanham o Recurso Especial serviram, sem dúvida, não como lastro para a sua interposição, fundada na letra "c", mas para ilustrar o entendimento recente que o Pretório Excelso vem mantendo sobre a matéria e que contraria, frontalmente, o r. acórdão recorrido. É o que está dito no recurso.

Também não me parece acertado o entendimento angusto que o Recorrido procura emprestar ao sentido da expressão violação à lei federal. Segundo afirma o Recorrido, a afronta à lei federal teria que ser direta e frontal, ou seja, no caso concreto, o Ministério Público só poderia impugnar pela via do Recurso Especial ofensa ao artigo 26, inciso I, da Lei 8625/93, pois somente ele fora versado no r. acórdão recorrido.

Penso, *data venia*, não ser este o melhor entendimento. Não é bem isto o que

afirma a Constituição Federal quando alude à decisão que contrariar a lei federal **ou negar-lhe vigência** (letra "a"). Na verdade, o r. acórdão recorrido contrariou o aludido artigo 26, inciso I da Lei 8625/93. E, por tal razão, o Recurso Especial **também** afirma que aquele dispositivo da lei federal resultou malferido. No entanto, o *decisum* recorrido também **negou vigência** a uma série de outros dispositivos da lei federal, que, igualmente, servem de amparo ao Recurso Especial. Não fosse assim o recurso constitucional quase nunca poderia ser interposto. Quanto mais omissa fosse a decisão recorrida, mais inexpugnável ela se tornaria. Daí, o cuidado do Ministério Público quando da interposição dos embargos de declaração, no presente caso, que tinham por fim ensejar ao Colégio a oportunidade do exame de uma série de outros dispositivos da lei federal que ficaram no olvido, muito embora guardassem estreita relação com a matéria decidida. Ao rejeitar os embargos de declaração voltou o Colégio a negar vigência àqueles cânones.

Ocorreu, assim, ofensa direta a dispositivo da lei federal, que importou, por via de consequência, em atentado reflexo a diversos outros mandamentos legais de natureza federal.

Na realidade, qualquer entendimento contrário ao expressado no Recurso Especial relegaria o Ministério Público a um papel subalterno, qual seja o de assistir os depoimentos tomados pelo delegado, sem qualquer participação na colheita da prova que tem como destinatário justamente o próprio *Parquet*. Atuar, assim, como uma testemunha instrumental do ato. Estranho paradoxo!

Em juízo, sabe-se que o Ministério Público **participa** da instrução criminal probatória formulando perguntas, através do Juiz, às testemunhas e aos ofendidos. Porém, na fase inquisitiva, quando deveria ser produzido o suporte probatório para denúncia, seu papel seria secundário. Ele atuaria como mero espectador da prova que a autoridade policial viesse a colher.

Ao revés, no inquérito civil e na ação civil pública tudo lhe seria concedido.

Estranho paradoxo!

Por que a diversidade de tratamento quando, como sabido e ressabido, o Ministério Público tem, iniludivelmente, maior relevância de atuação no campo penal?

Mas esta é a inevitável conclusão a que nos leva a leitura do *decisum* recorrido.

Mas esta não é a lição dos doutos, em sede doutrinária, como assinalado por Hugo Nigro Mazzilli (fls. 197/198, fls. 247/248 e 256/257), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (fls. 192/193), Fernando da Costa Tourinho Filho (fls. 257/258) e Julio Fabbrini Mirabete (fls. 257).

Recentemente, só para exemplificar, em nosso Estado, viu-se a atuação direta do Ministério Público no caso dos "bicheiros", com resultados magníficos para a persecução criminal que se seguiu.

Em verdade, como adverte a sã doutrina, quanto mais se mantiver o Ministério Público distanciado das fontes de prova maiores riscos irão advir para a pretensão

punitiva do Estado, atingindo não somente o *Parquet* mas também, e por via reflexa, a **própria Magistratura**, pois só serão ajuizadas as causas que a Polícia permite (cf. *Direito e Justiça no Brasil*, p. 209/210 - Helio Bicudo).

Falou-se tanto em ditadura nas razões de recorrido. É tempo de indagar: e haverá maior ditadura que a consagrada no julgado recorrido?

O Ministério Público tem seus atos sujeitos a controle judicial, seja para propor a ação penal (art. 43 do CPP), seja quando requer o arquivamento do inquérito policial ou das **peças de informação** (art. 28 do CPP). E a Polícia?

Fala-se tanto, nos últimos tempos, no controle externo do Ministério Público e no controle externo da Magistratura. E a Polícia como fica?

Não se pode dar ao delegado de polícia o poder de transigir, de aguardar oportunidade, de dispor, em suma, da persecução penal. A vingar tal absurdo, o Delegado de Polícia terá o poder de "indultar", como alerta Tourinho (cf. *Processo Penal*, vol. 01, pág. 199, Saraiva, 8ª edição).

5. O presente Recurso Especial está, intimamente, ligado à destinação histórica do Ministério Público. É quanto basta para demonstrar a relevância da questão federal que será submetida ao exame do Judiciário. Encontram-se nele, sem dúvida, presentes os requisitos de razoabilidade que demandam o exame da matéria pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Por tudo o que ficou dito, o parecer orienta-se no sentido de que se **admite** o Recurso Especial.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 1996.

**Sergio Demoro Hamilton**  
Procurador de Justiça

Aprovo.

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

## *Argüição de Inconstitucionalidade. Violação ao art. 145 da Constituição Federal*

*Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro  
Procuradoria-Geral de Justiça*

*Argüição de Inconstitucionalidade nº 10/92  
Órgão Especial*

- Argte.:** Egrégia 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
- Legislação:** Artigo 10 da Lei 2145/53, alterada pela Lei 7690/88, que resultou da Medida Provisória nº 23/88
- Interessados:** Banco do Brasil S. A. e Buttock Comércio e Indústria Ltda.

Argüição de Inconstitucionalidade do artigo 10 da Lei 2145, de 29/12/53, na redação da Lei nº 7690, de 16/12/1988. Caracterização da taxa de expediente para emissão de guia de importação, como taxa, em sentido próprio. É inegável a inconstitucionalidade da norma que a estabeleceu: **a)** por contrariedade ao parágrafo 2º do artigo 145 da Const. Fed.; **b)** porque a taxa não pode dar ao Poder Público que a institui receita de muito superior ao necessário e suficiente para atender a sua atividade.

### **PARECER**

**- I -**

#### **Relatório**

1. Ao apreciar a Apelação Cível nº 4058/91, em que é Apelante **Banco do Brasil S.A.**, a Egrégia 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça deliberou submeter ao Egrégio Órgão Especial a presente Argüição de Inconstitucionalidade do artigo 10, da Lei 2145, de 29 de dezembro de 1953, na redação da Lei nº 7690, de 16/12/1988 (fls. 62/64).

**- II -**

#### **Fundamentação**

2. Como salienta o v. acórdão que submeteu a Argüição de Inconstitucionalidade a esse E. Órgão Especial, a questão gira em torno da natureza jurídica da *taxa de expediente* exigida para a emissão de guia de importação para “ressarcimento dos custos administrativos incorridos nos respectivos serviços” do exame da figura típica à luz da Constituição Federal vigente.

3. Impõe-se, antes, fazer um exame da evolução das disposições legais que trataram da matéria.

3.1. A Lei 2.145, de 29/12/1953, além de criar a CAXEX e dispor sobre o intercâmbio comercial com o exterior, dispôs, em seu artigo 10, sobre a cobrança de taxas pela emissão de licenças.

*In verbis:*

“Art. 10 – Fica a Carteira de Comércio Exterior autorizada a cobrar taxas pela emissão das licenças... (vetado)... por forma a ser regulamentada, não excedentes de 0,1% (um décimo por cento) do valor de licença.”

3.2. Esse mesmo artigo veio a ser modificado pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº 1416, de 25/08/1975, passando o seu *caput* a ter a seguinte redação:

“Art. 10 – Fica a Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil S.A. – CACEX – autorizada a cobrar, pela emissão de licença ou Guia de Importação ou qualquer documento de efeito equivalente, taxa de expediente não excedente a 0,9% (nove décimos por cento) sobre o valor constante dos referidos documentos incorridos nos procedimentos administrativos relativos à importação.”

3.2.1. Além do aumento de sua alíquota máxima, para 0,9%, ficou expressamente definido que a taxa corresponderia a “ressarcimento de custos incorridos nos procedimentos administrativos relativos à importação”, tendo-se outrossim, acrescentado ao artigo 10 três parágrafos.

3.3. Posteriormente, o artigo 1º da Lei nº 7690, de 15/12/1988, em que se converteu a Medida Provisória nº 23, de 06/12/1988, novamente alterou a redação do artigo 10 da Lei 2145/53, cujo *caput* passou a dispor:

“Art. 10 – A licença ou Guia de Importação ou documento equivalente será emitida mediante o pagamento de taxa correspondente a 1,8% (um inteiro e oito décimos por cento) sobre o valor constante dos referidos documentos, como ressarcimento dos custos incorridos nos respectivos serviços.”

Também os 3 parágrafos do artigo em exame foram reformulados, dispondo, em sua nova redação, o parágrafo 3º:

“Os recursos provenientes da taxa referida neste artigo serão recolhidos à conta do Tesouro Nacional, como receita orçamentária da União, nos termos do Decreto-Lei nº 1755, de 31 de dezembro de 1979.”

3.3.1. E aqui temos duas importantes inovações:

1ª) a cobrança da taxa passou a ser compulsória e não mera faculdade atribuída à CACEX;

2ª) os recursos provenientes da taxa de importação passaram a ser recolhidos à conta do Tesouro Nacional, como receita orçamentária da União.

4. Diante dos textos em cotejo, apresenta-se, agora, a pergunta:

É a taxa incidente sobre a licença, guia de importação ou documento equivalente, uma taxa, em sentido próprio, ou um preço público?

4.1. Para respondê-la, impõe-se, antes, estabelecer as noções de taxa e de preço público.

4.1.1. As taxas remuneram os serviços públicos, isto é, os inerentes ao Estado, denominados essenciais, além daqueles cuja atividade econômica não compete originariamente à iniciativa privada, dependendo de disciplina legal.

São, por isso, cobrados em caráter imperativo, “em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição” (Const. Fed., artigo 145, nº II).

É importante característica da taxa a existência da *compulsoriedade legal* da utilização potencial ou concreta do serviço que se traduz pela impossibilidade jurídica do uso de outros meios para satisfazer a mesma necessidade. Isso porque, como acentua **Rui Barbosa Nogueira**, ao tratar dos requisitos das taxas “serviço específico é aquele que somente pode ser prestado pelo Estado, isto é, serviço administrativo ou jurisdicional” (*Curso de Direito Tributário*, 5ª ed., p. 164, Saraiva, S. P., 1980).

Por outro lado, a base de cálculo da taxa deve manter relação com o custo do serviço público prestado, pois, como explica **Ribeiro de Moraes**, citado pelo Min. **José Carlos Moreira Alves**, no acórdão proferido na Representação nº 1077 (R.T.J., vol. 112, p. 59):

“Não resta a menor dúvida de que a causa jurídica de taxa é certa atividade estatal dirigida ao contribuinte. Assim, em princípio, o montante global exigido a título de taxa deve corresponder ao custo da atividade estatal. É este, e não outro, o espírito ou a razão da discriminação constitucional de rendas tributárias. Não pode, pois, o Poder Público, como taxa, auferir receitas muito além da proporção necessária e suficiente para atender a sua atividade, pois estaria exorbitando no conceito do tributo específico, tal como se encontra na Constituição (*Doutrina e Prática das Taxas*, p. 204, Ed. Rev. dos Tribs., S.P., 1976).

Dai concluir o Min. **José Carlos Moreira Alves**:

“Por isso, taxas cujo montante se apura com base em valor do proveito do contribuinte..., sobre a qual incide alíquota invariável, tem necessariamente de ter um limite, sob pena de se tornar indiscutivelmente exorbitante em face do custo real da atuação do Estado em favor do contribuinte” (“Rev.” cit., p. 59).

Em resumo: a taxa, por definição, vincula-se à prestação do serviço público,

razão pela qual deve guardar correlação com o custeio do serviço. Havendo desproporção, a taxa se desnatura, tornando-se inconstitucional.

**4.1.2.** Preço público, como admiravelmente explica o mesmo **José Carlos Moreira Alves**, é *preço contratual*, que constitui contraprestação de serviços de natureza comercial ou industrial e que, por isso mesmo, podem ser objeto de concessão a particulares, serviços esses prestados por meio de contrato de adesão:

“Para haver preço público é necessário existir contrato, ainda que tacitamente celebrado, e o contrato, ainda que de adesão, dá a quem pretende celebrá-lo, se aderir às condições dele, a liberdade de não contratar, atendendo a sua necessidade por outro meio lícito. Quem não quiser tomar ônibus, e aderir, portanto, ao contrato de transporte, poderá ir, licitamente, por outros meios, ao lugar do destino. O que não tem sentido é pretender-se a existência de contrato quando o que deve aderir não tem sequer a liberdade de não contratar, porque, licitamente, não tem meio algum para obter o resultado de que necessita e a que atende o contrato de adesão. É até por isso que quando o Estado presta serviço que só ele pode prestar, não tendo o particular meio outro lícito de obtê-lo, não pode haver preço público, porque não há contrato” (“Rev.” cit., pp. 51/52).

**4.2.** Com as noções acima, não temos dúvida em afirmar que a taxa incidente sobre o valor da licença, guia de importação ou documento equivalente, de que trata o artigo 10 da Lei 2.145, de 29/12/1953, na sua redação atual, não é um preço público, porque:

1º) não se trata de um preço contratual, limitado pelas leis que regulam a atividade econômica;

2º) em razão da 1ª resposta, não constitui contraprestação de serviços de natureza comercial ou industrial, não podendo ser objeto de concessão a particulares, para que os prestem por meio de contrato de adesão;

3º) inadmite a liberdade de contratar: quem quiser importar tem de submeter-se à CACEX e recolher a taxa de importação; não tem outro meio para obter o resultado de que necessita. Os serviços prestados pela CACEX são de competência privativa da União Federal (Const. Fed., artigo 22, VIII, e artigo 237).

**4.3.** E, portanto, se impõe responder que a taxa em exame é, efetivamente, uma taxa, porque:

1º) é um tributo cobrado por um serviço público, específico e divisível, prestado pela CACEX (emissão da Guia de Importação), como agente da União, em razão do que os recursos provenientes dessa taxa devem ser recolhidos à conta do Tesouro Nacional, como receita orçamentária da União (Lei cit., art. 10, § 3º);

2º) em verdade, é um tributo cobrado em razão do Poder de Polícia exercido pela União nas operações de importação;

3º) sua cobrança é compulsória, em razão da impossibilidade jurídica do uso de outros meios para satisfazer a mesma necessidade (a obtenção da guia autorizativa da importação).

5. Caracterizada como taxa, a que incide na hipótese ora em análise, não podemos deixar de considerá-la, como a consideramos, inconstitucional.

5.1. Em 1º lugar, porque, incidindo sobre o valor constante da guia de importação, adota como base de cálculo a mesma que serve ao cálculo do imposto de importação, violando, assim, o disposto no artigo 145, § 2º, da Carta Magna:

“As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.”

Assim já se tem julgado, como se vê:

a) do v. acórdão proferido pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na Remessa *ex-officio* nº 1891-CE:

“A taxa de 1,8% (um inteiro e oito décimos por cento), incidente sobre o valor dos bens que são importados, estabelecida pelo art. 1º da Lei 7690, de 12 de dezembro de 1988, tem a mesma base de cálculo do imposto de importação, sendo portanto inconstitucional por infringência ao parágrafo 2º do art. 145, da Constituição Federal” (Rel. Des. **Nereu Santos**, *in* D.J. de 16/08/91 – S. II, p. 19075);

b) do v. acórdão proferido pela 4ª Região do mesmo T.R.F., na Arguição de Inconstitucionalidade na AMS nº 90.04.26115-0-PR:

“A partir da Emenda 18, de 1965, a taxa passou a ter um conceito constitucional que impede seja instituída pela lei ordinária como mero adicional de imposto. Hipótese em que a taxa é calculada sobre o valor dos produtos importados, repetindo a base de cálculo do imposto, com afronta ao art. 145, § 2º da Constituição Federal. Inconstitucionalidade reconhecida” (Rel. Des. **Ari Pargendler**, *in* D.J. de 20/01/92, S. II, p. 874);

c) de reiterados acórdãos no mesmo sentido da decisão proferida pela 5ª região do T.R.F., na Arg. de Inc. na AMS nº 2333-CE:

“Taxa cobrada pela CACEX para emissão de guia ou licença para importação. Natureza tributária de exigência. Valor da mercadoria como base de cálculo. Afronta à proibição contida no art. 145, § 2º, da Const. Fed., Decl. de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 7.690/88” (Rel. Des. **Lázaro Guimarães**, *in* D.J. de 19/07/91, S. II, p. 16.836).

5.2. Em 2º lugar, porque não obstante o texto legal justifique a cobrança da taxa como “ressarcimento dos custos administrativos incorridos nos respectivos serviços”, a verdade é que 1,8% sobre uma importação de 2.000.000 de dólares não é a mesma coisa que 1,8% sobre uma importação de 20.000 dólares. É imensamente maior o valor da 1ª taxa. Mas os custos administrativos para a extração de ambas as licenças são os mesmos.

A inconstitucionalidade é também patente, por esse motivo.

Como decidido pelo Sup. Trib. Fed., na citada Representação nº 1077, o montante global exigido a título de taxa deve corresponder ao custo da atividade estatal, pois esse é o espírito da discriminação constitucional de rendas tributárias.

Não pode, repita-se, o Poder Público, como taxa, auferir receitas muito além da proporção necessária e suficiente para atender a sua atividade, sob pena de exorbitar no conceito de taxa, tal como a define a Constituição.

A ausência de limite, ocorrente na hipótese, poderá proporcionar um verdadeiro locupletamento para os cofres da União, que não é o fim querido pela Carta Magna.

Por não se vincular, em verdade, à efetiva prestação do serviço público, e, ao contrário, estabelecendo, com o custo dele, gritante desproporcionalidade, a taxa em causa se desnatura, evidenciando sua inconstitucionalidade.

- III -

### *Conclusão*

6. Em face do exposto, somos pelo acolhimento da arguição de inconstitucionalidade do artigo 10, da Lei nº 2145, de 29/12/1953, na redação da Lei nº 7.690, de 16/12/1988.

Rio de Janeiro, 29 de junho de 1992.

**Simão Isaac Benjó**  
Procurador de Justiça

Aprovo.

**Antonio Carlos Biscaia**  
Procurador-Geral de Justiça



# JURISPRUDÊNCIA

JURISPRUDÊNCIA

# *SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*

## **JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL**

**Recurso Especial nº 75.793 – SP**

(Registro nº 95.0049730-1)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*  
Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*  
Recorrido: *José Aparecido Vieira das Neves*  
Advogado: *Dr. Vicente Ângelo Bacciotti*

**EMENTA:** *Processual Penal. Recurso do Ministério Público. Prazo. Termo inicial.*

Havendo divergência de datas entre a certidão genérica do Cartório, referente à intimação da sentença ao Promotor, e a data do “ciente”, na própria sentença, aposto pelo representante do Ministério Público, prevalece esta última. Em matéria de recurso, na dúvida, decide-se em favor da sua admissibilidade, em conseqüência do princípio da pluralidade dos graus de jurisdição.

**Recurso especial conhecido e 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 dar-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram de acordo os Ministros José Dantas, Cid Flaquer Scartezini e Edson Vidigal.

Brasília, 12 de fevereiro de 1996 (data do julgamento).

Ministro **Assis Toledo**, Presidente e Relator

### **RELATÓRIO**

O Sr. Ministro **Assis Toledo**: José Aparecido Vieira das Neves foi denunciado pela prática do crime do art. 12 da Lei 6.368/76, restando absolvido pelo júízo de 1º grau.

A Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, conheceu da apelação do Ministério Público e, no mérito, por votação unânime, deu-lhe provimento para condenar o acusado à pena de três anos de reclusão e multa, pela prática do crime do art. 12, **caput**, da Lei 6.368/76.

Inconformado, o acusado ingressou com embargos infringentes e de nulidade, que foram acolhidos, por maioria de votos, em acórdão que assim aprecia a matéria:

“De fato, a certidão de fls. 141 dá conta que os autos foram com vistas à Doutora Promotora de Justiça em 17 de outubro e devolvidos apenas no dia 25 do mesmo mês, anotado como ciência da destinatária, por ela própria, o dia 21 de outubro, cf. fls. 127. E, como bem observou o Eminentíssimo Desembargador Relator, inegável que os autos estiveram em poder da d. Promotora durante todo esse tempo, até porque nenhum ato mais foi praticado até o dia 25 de outubro. Uma petição, protocolada em 18, só foi juntada no dia 25.

Portanto, a questão é saber se o prazo recursal deve ser contado a partir do dia em que o processo foi remetido para ciência do órgão do Ministério Público, dia 17 de outubro, ou a partir daquela data que Sua Excelência anotou na última folha da r. sentença como a de sua efetiva ciência, ou seja, dia 21 de outubro.

Entende-se, com o Eminentíssimo Desembargador Relator da apelação, que a parte não pode tomar ciência da decisão quando quiser, mas sim no dia em que os autos lhe forem encaminhados.

O artigo 390 do Código de Processo Penal estabelece que, dentro de três dias após a publicação, o escrivão dará conhecimento da sentença ao órgão do Ministério Público. Acrescenta-se que é justamente a partir desse instante que o prazo para recurso começa a ser contado.

No caso dos autos, de acordo com a certidão de fls. 141, vê-se que a Dra. Promotora de Justiça recebeu o processo, para ciência da decisão no dia 17 de outubro, e a certidão em questão tem fé pública, só infirmada por cabal prova em contrário.

Sem dúvida, esse é o dia que deve marcar o início do prazo recursal para o órgão da acusação.

Argumentação de que a contagem somente iniciar-se-ia com a aposição do “ciente” e “assinatura” pelo representante do Ministério Público, além de exclusivista, viola o contraditório, porque assim não ocorre com a defesa.

Não se pode, realmente, deixar ao arbítrio do Ministério Público a determinação do momento de dar-se por intimado, até porque, nenhum preceito legal exige, nas intimações do *parquet*, a averbação de ciente, devendo prevalecer, isto sim, por imperativo de lei, a data certificada pelo oficial do cartório como a da efetiva intimação.

Lembra **Basileu Garcia** comentando o artigo 390 do CPP, reportando-se a **Espínola Filho** que louva o preceito: “... pela circunstância de que porá termo ao abuso de alguns representantes do Ministé-

rio Público, que protelavam o ciente para apresentarem recurso, às vezes, meses depois do seu conhecimento, de fato, da sentença” (Basiléu Garcia, *Comentários ao Código de Processo Penal*, Forense, 1945, V. III/556).

Em seu *Código de Processo Penal Comentado*, Damásio E. de Jesus refere que a moderna orientação da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é exatamente nesse sentido, ou seja: “A intimação do promotor, conforme assentado no RE 105.178, se realiza no momento em que, inequivocamente, o membro do *parquet* recebe do escrivão, para ciência, a decisão de seu interesse – e não no instante em que se dispõe à leitura do texto. É intimado, pois, na data em que recebe os autos para o conhecimento da sentença. Dessa forma, a não ser diante de prova firme em contrário, ostenta plena valia a certidão do funcionário com fé pública que atesta haver realizado o ato” (RE Crim. 107.717, Rel. Min. Francisco Rezek).

Ante o exposto, acolhem-se os presentes embargos e, em consequência, não se conhece do recurso interposto pela acusação por extemporâneo.” (Fls. 190/192).

Dai o recurso especial interposto pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, apoiado na alínea c do permissivo constitucional, sustentando divergência jurisprudencial com diversos acórdãos do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

Admitida a irresignação, nesta instância a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra da Dra. Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque, opina pelo provimento.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Assis Toledo (Relator): O acórdão entendeu que o prazo recursal deve ser contado a partir do dia em que o processo foi remetido para a ciência do órgão do Ministério Público, e não da data em que seu representante apôs o seu “ciente” na sentença.

Tal orientação diverge frontalmente dos acórdãos paradigmas, conforme se pode observar do julgamento do REsp 7.411-SP, de que fui relator, citado no recurso especial, com esta ementa:

“Processual Penal. Recurso do Ministério Público. Prazo. Termo inicial.

Havendo divergência de datas entre a certidão genérica do Cartório, referente à intimação da sentença ao Promotor, e a data do “ciente”, na própria sentença, aposto pelo representante do Ministério Público, prevalece esta última. Em matéria de recurso, na dúvida,

decide-se em favor da sua admissibilidade, em consequência do princípio da pluralidade dos graus de jurisdição.

Recurso conhecido e provido.”

Demonstrada a divergência, conheço do recurso.

A matéria já é conhecida desta Corte, consoante diversos precedentes (REsp 8.677-RJ, DJ 15/04/91, Rel. Min. Assis Toledo; REsp 7.954-SP, DJ 06/05/91, Rel. Min. José Dantas; REsp 34.288-PR, DJ 27/09/93, Rel. Min. Flaquer Scartezzini; REsp 33.122-RJ, DJ 20/09/93, Rel. Min. Assis Toledo; REsp 35.294-MG, DJ 07/02/94, Rel. Min. Pedro Acioli). Tem-se decidido que a intimação do Ministério Público é pessoal, e somente após a aposição do ciente do seu representante legal é que começa a fluir o prazo recursal.

Na hipótese dos autos, a certidão de fls. 141, consignando que os autos foram apresentados à Promotora de Justiça no dia 17/10/91, não deve prevalecer sobre o “ciente” do próprio punho do representante do Ministério Público, datada de 21/10/91. Tendo sido interposta a apelação no dia 25/10/91 (fls. 134), tempestivo é o recurso.

Havendo dúvida a respeito da data da ciência, deve-se decidir em favor da admissibilidade do recurso para não pôr em risco a integridade do princípio da pluralidade dos graus de jurisdição.

Ante o exposto, conheço do recurso pela divergência e dou-lhe provimento para cassar o acórdão dos embargos infringentes, restabelecendo o acórdão que apreciou a apelação do Ministério Público.

É o voto.

### ***Habeas Corpus n° 3.232-2 – RS***

(Registro n° 95.002887-5)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Impetrante: *Maria da Graça Gomes Matera*

Impetrada: *Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*

Paciente: *Ricardo Gimenes Pires*

**EMENTA:** *Processual Penal. Habeas corpus. Homicídio. Prisão preventiva: ordem pública e aplicação de lei penal. Falta de fundamentação substancial, uma vez que não se pode confundir estardalhaço causado pela imprensa, em virtude do inusitado crime, com os reais motivos para o decreto prisional. Ordem concedida.*

**I – O paciente, jovem primário e de bons antecedentes, matou a tiros uma garota de programa que estaria com AIDS. O diálogo que precedeu o acontecido foi registrado num gravador. O homicida apresentou-se espontaneamente à polícia. O fato repercutiu na imprensa nacional. Mediante representação do dele-**

gado, o juiz decretou sua prisão para “garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação de lei penal.”

II – Não se pode confundir “ordem pública” com o “estardalhaço causado pela imprensa pelo inusitado do crime”. Como ficar em liberdade é a regra geral, deveria o juiz justificar substancialmente a necessidade de o paciente ficar preventivamente preso. Não basta invocar, de modo formal, palavras abstratas do art. 312 do CPP.

III – Ordem concedida.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas: Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, conceder a ordem de **habeas corpus**. Expeça-se alvará de soltura em favor do paciente, se por **al** não estiver preso, nos termos dos votos dos Srs. Ministros Relator e Anselmo Santiago. Votaram em sentido contrário os Srs. Ministros Vicente Leal e Luiz Vicente Cernicchiaro, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 28 de março de 1995 (data do julgamento).

Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**, Presidente

Ministro **Adhemar Maciel**, Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Adhemar Maciel**: A advogada Maria da Graça Gomes Matera impetra a presente ordem de **habeas corpus** em favor de Ricardo Gimenes Pires. Aponta como autoridade coatora a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

2. Desatinado, o paciente matou uma pessoa. Espontaneamente, compareceu perante a autoridade policial, sendo autuado com base no art. 121 do CP. É primário e de bons antecedentes. Tem emprego e residência fixa. Depois de preso temporariamente, foi solto. Esdruxulamente, porém, o juiz de plantão do juizado do júri, a pedido do delegado de polícia, decretou sua preventiva sob o argumento de que ele representava perturbação da ordem pública, com o risco de evadir-se com o propósito de furtar-se à responsabilidade pelo ato cometido.

Após citação doutrinária e jurisprudencial, instou na concessão da ordem para que pudesse continuar solto.

3. A liminar foi implicitamente negada pelo Ministro Vice-Presidente do STJ, no exercício da presidência (fl. 113).

4. As informações, prestadas pelo então 1º vice-presidente do TJRS, Des. Adroaldo Furtado Fabrício, se acham às fls. 123 e segs. A Câmara Criminal de Férias, em

12/01/95, havia denegado o *writ*. O paciente, a pedido da própria defesa, que alegou estar ele correndo risco de vida, se encontra recolhido à Penitenciária de Alta Segurança. O fato atribuído ao paciente mereceu larga e negativa repercussão na sociedade gaúcha, porque a jovem vítima, atraída ao apartamento ocupado pelo paciente, após contacto pelo sistema "Tele-Amigos", acabou sendo morta por um tiro, por causas que não foram, ainda, esclarecidas. Por outro lado, trata-se de solteiro, sem atividade remunerada. Há, desse modo, justo receio de que possa esquivar-se à ação penal.

5. O Ministério Público Federal, através de parecer da Subprocuradora-Geral da República Julieta Cavalcanti de Albuquerque, foi pela concessão da ordem. O paciente tem raízes no distrito da culpa. É primário e de bons antecedentes. Está vivendo um verdadeiro clima de pânico e terror na penitenciária. Há pouco, os presos se rebelaram e atearam fogo nas celas, "pondo em sobressalto aquele que merece e, sobretudo, tem o direito de responder em liberdade pelo ato cometido no momento mais dramático de sua vida."

A seguir, a douta parecerista passou a analisar os motivos legais para a prisão preventiva. "O fato criminoso em verdade causou comoção na sociedade local, mas não pode significar abalo à ordem pública, como nos quer convencer o voto de fls. 206 do ilustre Desembargador Eliseu Gomes Torres. Nesse sentido já decidiu o STF, como nos demonstra a seguinte ementa, *in verbis*:

"Prisão preventiva. Despacho sem fundamentação.

.....

Não constitui fundamento suficiente para a segregação cautelar do indiciado a circunstância de o crime ter abalado e consternado a sociedade local. Nem é possível confundir a consternação causada pelo crime com o clamor público provocado pelo delito, erigido em óbice ao deferimento da fiança pelo art. 323, V, do CPP. Clamor público significa brandar, gritar, vociferar, protestar nas ruas, nas praças. A consternação é um estado de espírito interior de dor, pesar, tristeza" (RHC nº 59.386-1/PE, rel. Min. Soares Muñoz, DJU de 05/02/82, pág. 441).

Por outro lado, continuou a douta Subprocuradora-Geral da República em seu judicioso parecer, pelo fato de estar o paciente sob tratamento psiquiátrico não se pode deduzir seja ele perigoso.

Na verdade, finalizou, a custódia preventiva tem de se limitar aos estritos lindes da lei. E a preventiva não está fundamentada.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro **Adhemar Maciel** (Relator): Senhor Presidente, segundo o depoimento policial do paciente, ele, após saber que a vítima o havia contaminado

com AIDS, acionou o gatilho de sua arma por três vezes. O primeiro tiro mascou. A conversa que teve com a vítima ficou registrada no gravador que se achava ao lado da cama. O delegado de polícia, ao pedir a prisão **ad custodiam**, argumentou:

“A repercussão do fato na sociedade foi intensa, com grande divulgação pelos meios de comunicação, sendo mister que se mantenha a garantia da ordem pública. Ricardo, em liberdade, representa uma perturbação flagrante à ordem pública e uma ameaça às instituições.

“Resta esclarecer que na madrugada de hoje, foi relaxada, por ordem judicial, a prisão temporária concedida.

“Diante dos fatos, entendemos que o criminoso não pode permanecer em liberdade, aparentando um ar de impunidade, o que seria certamente uma afronta à sociedade não criminosa, razão que *represento*, com fundamento nos artigos 311 e seguintes do CPPB a decretação da *prisão* preventiva de Ricardo Gimenes Pires, filho de José Maria de Araújo Pires e de Neusadora Canabarro Gimenes Pires, nascido em 15.03.73 em Salvador, Bahia.”

O juiz, por sua vez, sublinhou:

“Razão assiste ao requerente. A prisão preventiva há de ser decretada, como requerido. Os motivos são os acima referidos, ou seja, é necessária a custódia preventiva, como garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. Preso o indiciado, os fatos que lhe são imputados serão apurados celeremente, fazendo com que a efetividade da prestação jurisdicional se realize com a presteza que se espera.

“Ademais, entendo que o indiciado apresenta periculosidade, o que justifica a decretação da prisão, no sentido da jurisprudência (RT 512:376 e RT 588/321).

“Ante o exposto, decreto a prisão preventiva de Ricardo Gimenes Pires, a quem é imputada a delitiva estampada no artigo 121 do Código Penal. A base legal da presente prisão está nos artigos 311 e seguintes do CPP.”

Senhor Presidente, **data venia**, não se acha fundamentada a necessidade da prisão preventiva do paciente. O crime aconteceu em Porto Alegre, cidade com mais de 2 milhões de habitantes. A repercussão da imprensa se deu por estar o crime envolvendo AIDS e gravação de discussão entre o paciente e a vítima (fls. 26/28). Assim, não se pode falar em “comoção social” em “ordem pública”. Por outro lado, o paciente trabalha com o pai e mora em Porto Alegre desde pequeno, onde fez o curso ginasial, colegial e curso de línguas. Como, então, se presumir que possa ele se furtrar ao cumprimento da pena, caso condenado? Foi ele quem se apresentou espontaneamente à polícia.

Com tais considerações, concedo a segurança, que é substitutiva de recurso ordinário.

É como voto.

### VOTO – VOGAL

O Sr. Ministro **Luiz Vicente Cernichiaro**: Srs. Ministros, a matéria apresenta instituto de significativa importância no mundo jurídico, qual seja, a prisão preventiva.

Integrante de comissão, visando a fazer reformas tópicas no Código de Processo Penal, sugeri – e foi aceita, estando agora submetida à análise do Congresso Nacional – que, ao lado da prisão preventiva, se estabelecesse possibilidade de, presentes os seus requisitos, o juiz possa, levando em conta as características do caso concreto, substituí-la pela liberdade vigiada, com o que resguardar-se-á a atuação do Poder Judiciário com a presença compulsória do paciente aos atos processuais.

Espera-se que isso se torne uma realidade.

Por hoje, entretanto, concedemos ou proibimos a liberdade do réu.

No caso concreto estão presentes os pressupostos, ou seja, o crime caracterizado e a autoria do crime, também definida incontestemente. No tocante às circunstâncias, avulta a ordem pública que tem conceito destinado a promover a eficácia da Lei Processual Penal. A ordem pública, **data venia**, não é apenas ofendida quando houver tumulto, comoção social, revolução ou guerrilha urbana.

Costumo mencionar voto do Eminentíssimo Ministro Francisco Rezek, acompanhado, à unanimidade, por seus Ilustres Pares, de a ordem pública também se sentir afetada no tocante à vilania da conduta do agente.

No caso concreto, sem exames maiores, porque não permitido pelo procedimento, poder-se-á até imaginar, houve – como dito no antigo Código Penal – perturbação dos sentidos, ou seja, o agente, possuído por uma emoção descontrolada e incontrolada, praticou o fato, que ganhou manchetes e, portanto, repercussão social.

Não se pode dizer que a imprensa cria o fato. Ela pode ocultá-lo ou mesmo lhe dar cores vivas. Em regime democrático, não se pode prescindir nem impedir que isso aconteça. **Data venia** dos Eminentíssimos Ministros que concedem a ordem, a hipótese **sub judice** evidencia conduta vil, no sentido jurídico do termo, porquanto, ao manter relação sexual com a jovem e, ao dizer ela ser portadora da doença contagiosa, o rapaz saca de um revólver e a mata: ambiente que se define de maneira exaustiva apenas através do conjunto probatório. Parece-me, então o decreto da prisão preventiva está suficientemente fundamentado, basta dizer o significado, a repercussão negativa daquele comportamento no meio social. Isso é suficiente.

O Sr. Ministro **Adhemar Maciel**: Sr. Presidente, vou reiterar uma observação que inclusive foi ressaltada pelo advogado. V. Exa. disse bem que a imprensa às vezes dá um colorido e, no caso, trata-se tipicamente de um rebuliço de imprensa.

Inusitado foi o fato da AIDS e do gravador.

O Sr. Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**: Sim. Pode ter havido uma motivação.

O Sr. Ministro **Adhemar Maciel**: Pergunto a V. Exa. se é o caso de comoção ou ordem pública?

O Sr. Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**: Não estou analisando a questão no sentido da comoção ou da ordem pública: essas tais circunstâncias não ocorreram. O que ocorreu, a meu ver, foi a vilania da conduta.

O Sr. Ministro **Adhemar Maciel**: Mas isso não está em jogo.

O Sr. Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**: Está na ordem pública. É o conceito de ordem pública, *data venia*.

O Sr. Ministro **Adhemar Maciel**: Mas V. Exa. está julgando o paciente?

O Sr. Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**: Não o estou julgando. Disse até há pouco que para se ter o perfil definitivo há necessidade da instrução probatória. Nesta observação preambular, em juízo de delibação, é permitido raciocinar a classificação negativa, o assassinar friamente, em princípio.

Creio não ser possível o Direito ficar insensível diante de fato dessa natureza, vez que há motivação em relação à AIDS que chama a atenção. Trata-se de fato também socialmente relevante; a imprensa não dá realce se não for relevante. O sentido excessivamente negativo – repetindo a palavra do Ministro Rezek – é vilania da conduta que me faz acreditar que o Direito há de evidenciar reação, ainda que a título preventivo ou provisional, para que a norma evidencie sua eficácia.

Com essas razões, peço respeitosa vênua aos Eminentíssimos Ministros que votaram em sentido contrário, a quem sempre reverencio pela honestidade, pelo comportamento e pela grande capacidade técnica.

### *RETIFICAÇÃO DE VOTO*

O Sr. Ministro **Vicente Leal**: Sr. Presidente, do debate sempre se extrai a luz. Com as considerações alinhadas no voto de V. Exa. estou convencido, agora, de que o decreto de prisão preventiva aponta as razões próprias da manutenção da custódia preventiva. Discordo de V. Exa. quando acentua que ordem pública não se configura, não se conceitua nem se caracteriza com a chamada comoção intestina da sociedade. Entendo que a ordem pública é afetada quando o crime causa grave repercussão no meio social e, esse crime, pela melhor reflexão feita pelo voto de V. Exa., chegou a convencer-me de que, na verdade, impõe-se a custódia preventiva por razões de ordem pública.

Às vezes tenho sido vencido aqui na Turma ao entender como postura vil inclusive os crimes de assalto, em que pessoas humildes e pacatas são agredidas pela ação de um insensato que, de revólver em punho, coloca todo mundo em polvorosa. Mesmo que não esteja caracterizada a fundamentação do decreto de prisão preventiva,

pela leitura toda do contexto dos autos, este Tribunal tem o dever de examinar tal situação e manter as medidas restritivas, porque também não se pode descuidar da circunstância de que a ação da justiça é profilática. Se crimes que causam tão grave repercussão no meio social, crimes que afetam de um modo geral a coletividade não sofrerem, até mesmo por via das prisões processuais, uma ação eficaz da justiça, permitir-se-á que outras ações dessa natureza se multipliquem.

Assim, por todas estas razões, Sr. Presidente, considerando a natureza do crime, o reflexo que o mesmo projetou no meio social, onde se vê atingida a ordem pública, rejeito minha posição para acompanhar o voto de V. Exa. e negar provimento ao recurso.

### **Habeas Corpus nº 3.445-7 – SP**

(Registro nº 95.0018980-1)

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*  
Impetrante: *Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de São Paulo*  
Advogado: *Alberto Zacharias Toron*  
Impetrado: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*  
Paciente: *Marcus Aurélio de Souza Lemes*

**EMENTA:** *HC – Promotor de justiça como autoridade coatora – Competência originária do TJ para apreciar HC.*

– A teor do art. 74 – IV da Constituição do Estado de São Paulo combinado com o art. 96, III, da Constituição Federal, a competência originária para julgar *habeas corpus*, em sendo a autoridade coatora Promotor Público, é do Tribunal de Justiça Estadual.

– Ordem concedida.

### **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, conceder a ordem nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Brasília, 24 de maio de 1995 (data do julgamento).

Ministro **Jesus Costa Lima**, Presidente

Ministro **Flaquer Scartezzini**, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Flaquer Scartezzini**: Trata-se de ordem de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio impetrado contra decisão do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não conheceu do *writ* ali interposto em favor de Marcus Aurélio de Souza Lemes, cujo fundamento era, segundo se vê do acórdão do TJ que declinou da própria competência, **verbis**:

“... trancamento por falta de justa causa, de inquérito policial requisitado pelo Promotor de Justiça oficiante junto ao juízo da Segunda Vara da Comarca de Jacareí e imputando ao paciente conduta tipificada no art. 339 do Código Penal”. (fls. 91)

O Eg. Tribunal **a quo** entendeu que a competência no caso era do Magistrado de Jacareí, uma vez que a autoridade coatora era o Promotor da mesma Comarca.

Neste HC, primeiramente endereçado ao Eg. Supremo Tribunal Federal há pedido, em caráter liminar, para que seja determinado o sobrestamento do indiciamento do paciente até o julgamento deste, e que por fim seja declarada a competência do TJSP para o julgamento do HC anteriormente, ali, interposto.

Determinada a competência desta Eg. Corte por r. despacho de fls. 99 e vº, foram os autos inicialmente à douta Subprocuradoria-Geral da República que exarou parecer no sentido da concessão da ordem.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro **Flaquer Scartezzini** (Relator): Sr Presidente, a autoridade coatora é o Promotor de Justiça que oficia perante a Segunda Vara da Comarca de Jacareí/SP.

Não obstante, a liminar para que o paciente não fosse indiciado de plano não foi concedida e o *writ* não restou conhecido ao fundamento de que a competência era do Juízo de primeiro grau.

O parecer da douta Subprocuradoria, para entender ser do Eg. Tribunal **a quo** a competência para o feito, se arrima em caso idêntico, julgado pelo próprio E. STF (RECR nº 141.209/SP), cujo relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, assim redigiu a ementa:

*“Habeas corpus – Competência originária do Tribunal de Justiça de São Paulo – Coação imputada a membro do Ministério Público Estadual.*

1 – Da Constituição do Estado de São Paulo (art. 74, IV), em combinação com o art. 96, III, da Constituição Federal, resulta a competência originária do Tribunal de Justiça para julgar **Habeas Corpus** quando a coação ou ameaça seja atribuída a membro do Ministério Público Local. Nesse ponto, o preceito da Constituição Estadual

não ofende a competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual (CF, art. 122, I).

2 – Não é exaustivo o rol dos casos de **Habeas Corpus** de competência originária dos Tribunais de Justiça, constante do art. 650 CPR-PEN, porque a competência originária por prerrogativa de função, dita **Ratione Personae** ou **Ratione Muneris**, quando conferida pela Constituição da República ou por Lei Federal, na órbita dos Estados, impõe-se como mínimo a se observado pelo ordenamento local. A este, no entanto, é que incumbe, respeitado o raio mínimo imposto pela ordem central, fixar-lhe a área total.

3 – A matéria de que se cuida, relativa à competência material por prerrogativa de função, não é da áera estrita do Direito Processual, dada a correlação do problema com a organização dos poderes locais, conforme já se entendia sob a ordem constitucional decaída (v.g., **J. Frederico Marques**), e ficou reforçado pelo art. 125 da vigente Constituição da República.

4 – Tanto mais se legitima a norma questionada da Constituição local quanto é ela que melhor se ajusta, ao correspondente modelo federal, no qual – com a única exceção da hipótese de figurar como coator um Ministro de Estado – o princípio reitor é conferir a competência originária para o **Habeas Corpus** ao Tribunal a que caiba julgar os crimes de que seja acusada a autoridade coatora. (fls. 106/107).

Assim, com o entendimento fixado pela Eg. Suprema Corte, meu voto é no sentido de determinar a competência do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo para apreciar o HC que ali tomou o nº 166.830-3, concedendo, outrossim, liminar para que o paciente não seja indiciado, até julgamento final daquele feito.

É como voto.

### **Habeas Corpus nº 3.982 – RJ**

(Registro nº 95.0053161-5)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*  
Impetrante: *Waldemir Paes Garcia*  
Advogados: *Drs. Héilton Márcio Pinto e outro*  
Impetrada: *Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*  
Paciente: *Waldemir Paes Garcia*

**EMENTA:** *Constitucional e Processual Penal. Habeas corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que*

*se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que “são inadmissíveis... as provas obtidas por meio ilícito”, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da “atualização constitucional” (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da “razoabilidade” (reasonableness). O “princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas” (exclusionary rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada.*

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros William Patterson, Anselmo Santiago e Vicente Leal. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 05 de dezembro de 1995 (data do julgamento).

Ministro **Adhemar Maciel**, Presidente e Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Adhemar Maciel**: Trata-se de ordem de **habeas corpus** impetrada por Waldemir Paes Garcia contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

2. O paciente, juntamente com outros co-réus, responde a ação penal, perante o juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Niterói, pela prática do crime de corrupção ativa previsto no art. 333 do Código Penal, por ter, mediante propina, corrompido funcionários públicos, os quais lhe permitiram desfrutar de mordomias no Instituto Penal Vieira Ferreira Neto, onde se acha cumprindo pena pelo delito de quadrilha armada tipificado no art. 288, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

3. O impetrante/paciente sustenta a ilegalidade e a inconstitucionalidade da prova que fundamentou a denúncia. A imputação feita na denúncia se baseia, apenas, nas escutas de conversas telefônicas realizadas no presídio, onde se encontra reco-

lhido. Ocorre que somente será permitida, como prova, a interceptação telefônica, quando coexistirem dois requisitos essenciais: lei regulamentando a matéria e autorização do juízo competente. Assim, em face da inexistência da referida lei, tais interceptações não podem ser admitidas no juízo penal, sob pena de violação do direito à intimidade garantido pela Constituição Federal.

4. A 3ª Câmara Criminal do TJRJ, por unanimidade, denegou a ordem de **Habeas corpus**, impetrada, ao fundamento de que a gravação das conversas telefônicas teve expressa autorização judicial, e de que a denúncia se apoiou também em outros elementos de prova.

5. A autoridade coatora prestou informações, às fls. 67/70.

6. O Ministério Público Federal, em parecer da Dra. Ela Wiecko V. de Castilho, opinou pela denegação do *writ*. Ainda que se declare a ilicitude da interceptação telefônica, é certo que há prova lícita suficiente para fundamentar a denúncia, e não é viável, em **habeas corpus**, fazer um exame aprofundado da prova para distinguir o que está eventualmente contaminado.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro **Adhemar Maciel** (Relator): Como se acabou de ouvir do relatório, o impetrante/paciente através de seus advogados, Drs. Héilton Márcio Pinto e Paulo Freitas Ribeiro, pede o trancamento da Ação Penal nº 21.696 da 1ª Vara Criminal da Comarca de Niterói, pois o fato apurado contra si se louvaria única e exclusivamente em prova reputada ilícita pelo inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal.

Em suas informações, o Des. Gama Malcher, presidente do TJRJ, assevera que o acórdão relatado pelo Des. Dilson Navarro nos dá conta de que “as provas que ensejaram a ação penal contra os *bicheiros* e os funcionários públicos do presídio não estão calcadas apenas em gravações telefônicas. Há depoimentos testemunhais e documentos referentes aos privilégios que os brigantes obtinham na cadeia.”

Ainda que a prova coligida contra o paciente fosse só a proveniente de escuta telefônica, direta ou “por derivação”, tenho para mim que a tese habilmente levantada por seus defensores não teria como ganhar fomento. Senão, vejamos.

Os dispositivos constitucionais que alegadamente estariam a tutelar a pretensão do paciente são dois: inciso XII e inciso LVI:

“XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

“LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

Ao comentar a inciso LVI, *supra*, **Celso Ribeiro Bastos** observa:

“O que cumpre agora fazer é procurar extrair a real significação deste dispositivo, ainda que pessoalmente entendamos que houvera sido melhor para o Brasil adotar uma posição mais contemporizadora, que propiciasse à legislação ordinária e à jurisprudência um avanço no sentido de, em determinadas hipóteses, aceitar-se a prova ainda que ilícita. O que nos reconforta é que uma análise mais detida do assunto nos induz a crer que o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa da sua redação.

“O primeiro ponto que se deve observar é que, a despeito do seu caráter aparentemente peremptório e definitivo, são ‘inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos’, ainda assim o preceito sob comento tem forçosamente de sofrer certas ressalvas que resultam da sua interpretação finalística teleológica e da sua inserção sistemática no contexto das normas protetoras do direito processual penal.

.....  
.....

“Não se pode esquecer que aqui (O comentarista se refere a caso da prova ilícita servir para inocular alguém de crime) há um direito constitucional a ser protegido: o da liberdade, que talvez só perca em importância e relevância para a própria vida. É por isso que sem embargo de o Texto Constitucional excluir do processo as provas obtidas por meios ilícitos, é nosso convencimento que alguns temperamentos se tornam impositivos em decorrência da própria relativização dos direitos individuais e da sua prevalência segundo a própria valoração feita pela Constituição. Aliás, interpretação em sentido contrário deixaria de prestigiar o interesse social em que se faça justiça para encarecer tão-somente o direito individual encarnado em uma pessoa.” (*Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 1989, 2º vol., págs. 273 e seg.)

Quero, mais, transcrever consideração profunda, meditada e digna de reflexão por parte de nossos pretórios, feita pela Professora **Ada Pellegrini Grinover** em seu livro *Novas Tendências do Direito Processual* (Forense Universitária, 1990, pág. 60):

“A problemática da intimidade integra o pano de fundo do processo penal, na medida em que o Estado, na persecução dos fins punitivos, exerce atividade investigatória que levam quase necessariamente a uma intromissão, na esfera privada do indivíduo. E se, de um lado, o direito à intimidade é parte integrante dos direitos da

personalidade, envolvendo a liberdade do homem, é igualmente certo que todas as liberdades têm feitiço e finalidade éticos, não podendo ser utilizados para proteger abusos ou acobertar violações.”

Como bem disse a articulista, “as liberdades têm feitiço e finalidade éticos, não podendo ser utilizados para proteger abusos ou acobertar violações”. Assim, a primeira indagação que faço é: como pode alguém, que se acha recolhido em estabelecimento penal, por condenação por quadrilha armada, pretender invocar cláusula constitucional que protege o homem livre? Essa escuta telefônica, previamente autorizada por seu juiz natural, redundaria numa “atipicidade constitucional”? (para utilizar-me de expressão da própria articulista *in* “A Eficácia dos Atos Processuais à Luz da Constituição Federal”, publicado na RPGESP, nº 37). A escuta atentaria contra “os direitos dos presos”, também com assento constitucional, seja por previsão direta ou via de tratados internacionais?

A resposta só pode ser *não*.

A Constituição brasileira, como é comezinho, é uma Constituição dirigente e programática. Em decorrência, tanto o legislador ordinário, quanto o administrador e o próprio juiz, esse último através da denominada “atualização constitucional” (*Verfassungsaktualisierung*), têm de “realizar” o que foi recomendado e modelado pela própria Constituição. Ora, uma leitura atenta da Constituição em vigor nos mostra sua preocupação no combate à macrocriminalidade, ao crime organizado, ao tóxico etc. Desse modo, a própria Constituição nos vai oferecer elementos para interpretações e “atualizações” consentâneas com o *standard* instituído. Com isso, é bom que fique claro, não me quero transformar em mensageiro de violações dos direitos e garantias fundamentais. Só estou pondo em destaque que a sociedade, como um todo, também merece proteção, tanto quanto o indivíduo.

A LEP, ao enumerar os “direitos do preso”, diz no art. 41:

“XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.”

Dessarte, não se pode dizer que a escuta telefônica, no caso concreto, tenha violado direitos fundamentais do impetrante. Ele, repita-se, não se achava em seu domicílio ou coisa que o valha. Estava encarcerado em estabelecimento penal, sujeito a regime de vigilância pública constante.

O impetrante/paciente transcreve a ementa da lavra do Min. Pertence no HC nº 69.912/0-RJ, bem como voto do Min. Celso de Mello, quando se invocou a máxima do *Fruits of the Poisonous Tree*, ou seja, da contaminação das provas licitamente conseguidas, mas que tiveram sua gênese numa prova tida por ilícita pelo ordenamento jurídico.

Esse entendimento, como já disse e já se repetiu, não teria aplicação no caso concreto, pois o paciente não é um homem livre. Ao contrário, está pagando pelo crime cometido e se acha acusado de outro. Mas, como o tema é interessante e será agitado aqui por mais vezes, como já o foi antes, vou tecer ligeiras considerações sobre o tema.

A jurisprudência norte-americana não tem sido unânime em torno da denominada *Exclusionary Rule*, isto é da regra ou princípio da exclusão do processo de prova obtida ilicitamente. Inclina-se, como bem observa **Ada Pellegrini Grinover**, pela “razoabilidade” (*Reasonableness*).

A *Exclusionary Rule* se desenvolveu sobretudo na interpretação da Emenda Constitucional n. IV, que veda buscas e apreensões arbitrárias (*unreasonable searches and seizures*). O escopo inicial do provimento constitucional foi proteger a propriedade do cidadão contra buscas e apreensões desarrazoadas. Suas raízes jurídico-históricas certamente estão na velha Inglaterra, no *Semanynne's Case* (1603) e *Entick v. Carrington Case* (1705).

Nos Estados Unidos, no *Olmstead Case*, de 1928, por votação apertada (5 a 4), a Suprema Corte decidiu que a escuta telefônica de conversas entre quadrilheiros de uísque (*bootleggers*) não era ilegal, e “o grampeamento não se achava dentro dos lindes da Emenda IV (*wiretapping was not within the confines of the Fourth Amendment*). Já em *Warden v. Hayden* [387 U.S. 294, 304 (1967)] a Corte passou a entender que a Emenda IV também protegia a intimidade individual.

Numa análise apressada da jurisprudência americana anterior a 1987, pode-se constatar que a *Exclusionary Rule* não é tomada em termos absolutos. Como em termos absolutos não é tomada na Alemanha, e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, pode haver, no outro prato da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.

Na própria Alemanha, como ainda noticia a Professora **Ada Pellegrini Grinover**, as provas ilícitas não são sempre afastadas de plano. Sua contaminação é, assim, relativa. Adota-se o “Princípio da Proporcionalidade ou Relatividade” (*Verhältnismässigkeitsprinzip*).

Com essas considerações, denego a ordem.

É como voto.

### VOTO – VOGAL

O Sr. Ministro **William Patterson**: Sr. Presidente, o tema está na moda e, realmente, foi uma feliz coincidência a distribuição destes autos a V. Exa., Mestre do Direito Comparado, e que nos mostrou todas as facetas dessa questão.

Fosse eu o Relator, evidentemente, sem a qualificação para fazer um brilhante voto, como o fez V. Exa., limitar-me-ia, apenas, a dizer que esta não é a prova única do processo, e para mim já seria o suficiente para impedir o propósito da impetra-

ção, qual seja, o trancamento da ação penal. Fez bem V. Exa. em fazer estudo a respeito do problema da interceptação telefônica, porque é um assunto do momento, polemizado – principalmente na doutrina, – e uma coisa é a doutrina – outra coisa é a jurisprudência. Escrever sem o compromisso de julgar é fácil; o difícil é aplicar ao caso concreto a lei. Dizer que o grampo é ilegal em todos os seus aspectos é fácil. A Constituição, a rigor, numa leitura literal do texto, impediria qualquer providência no sentido de acolher uma prova desta ordem, até em favor do inocente.

Gostaria de dar-lhes duas razões para entrar nos pontos bem lembrados pelo Dr. De Bonis em seus jurídicos e relevantes fundamentos e que me convenceram, pois já estavam em minha cabeça: o primeiro, a interpretação literal, se levada para esse caminho do absolutismo, seria ilógica, fora do sistema, o que, a rigor, é contra a própria hermenêutica, e seus princípios de aplicação do Direito, o que não se concebe. A interpretação tem que ser do contexto, não do texto. O inciso XI, do art. 5º, da CF, bem lembrado pelo Ministério Público, na sustentação, e agora também reforçado pelo Dr. De Bonis, fala de inviolabilidade do lar. Não há coisa mais sagrada que a sua casa. É o seu reino, o seu feudo, e seu mundo, e nem por isso está imune a uma investigação, a uma violação, em dois casos, o do flagrante delito e o do socorro. Quer dizer, até na casa, na residência, abre-se exceção. Como não se fazer exceção para o problema da interceptação telefônica?

O inciso XII, em que se baseia a impetração, para dizer que a sua aplicação está dependendo de regulamento por legislação ordinária, só tem lugar sem a observância do sistema constitucional, e cairia em um outro absurdo, o de que um texto feito em defesa da sociedade, do homem de bem, deve ser utilizado para proteger marginal.

Isso não entra na cabeça de ninguém, nem do Juiz, dentro do seu equilíbrio, da sua isenção, porque Juiz também é ser humano, e percebe as coisas fora do processo. O que diz o inciso XII do art. 5º:

“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo em último caso, por ordem judicial nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual penal.”

Portanto, enquanto não vier essa lei pode-se cometer os mais absurdos crimes? Pode-se usar telefones públicos, telefones do sistema penitenciário, para prosseguir na ação delitiva? Claro que não. Se não tivesse sido autorizado por uma autoridade judicial, aí tudo bem, porque a exceção vem com a autorização do Juiz.

O Sr. Ministro **Adhemar Maciel**: Se V. Exa. me permite, vou mais longe. Nesse caso de preso, não feriria nenhuma norma constitucional.

O Sr. Ministro **William Patterson**: Os argumentos contidos nas informações não me convenceram. O direito é individual. Se ele tem o direito de não ser grampeado e de não ter interceptado o seu telefonema, tanto faz ele ser num telefone público, como residencial. O que é absurdo é o cidadão, já conhecido, denunciado por

formação de quadrilha, em casos momentosos, gozar dessas regalias dentro da prisão.

O cidadão comum não tem dinheiro, às vezes, para dar um telefonema para um hospital e pedir um socorro, uma ambulância, porque lhe falta ficha telefônica, e esse outro, que está sendo acusado de crimes graves, ter a mordomia, que é a expressão vulgarmente usada para a mídia de um telefone público para continuar a sua ação delituosa contra o Estado. Mas, ele não tem culpa e sim o sistema, que permite esse tipo de ação.

Mas, esse argumento, o da interpretação conjunta dos incisos XI e do XII, levantado pelo Ministério Público, parece-me perfeitamente viável e outro, o de que houve uma autorização judicial para a escuta, também é válido enquanto essa autorização não seja dada fora dos princípios lógicos.

De sorte que, louvando o estudo brilhante que fez a respeito da matéria, estou mais ainda convencido de que V. Exa. está com a razão. Por isso, o acompanho.

### VOTO

O Sr. Ministro **Vicente Leal**: Sr. Presidente, também acompanho o voto de V. Exa. pelos fundamentos expendidos, com os lúcidos acréscimos do Ilustre Ministro William Patterson.

### Recurso em Mandado de Segurança nº 5.289-3 – PA

(Registro nº 95.0001076-3)

Relator: O Sr. Ministro *José Dantas*

Recorrente: *Martha Ines Antunes Holanda Guimarães*

Advogado: *Dr. Domingos Emmi*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Pará*

Impetrado: *Procurador-Geral da Justiça do Estado do Pará*

**EMENTA:** *Processual Penal. Representação.*

– Arquivamento. Assentada jurisprudência do Tribunal sobre a legalidade do arquivamento de representação criminal, determinado pelo Procurador-Geral a quem caiba decidir, em última instância, quanto à propositura da ação penal.

### 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 taquigrá-

ficas a seguir, por unanimidade negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal e Jesus Costa Lima. Ausente justificadamente, o Ministro Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 31 de maio de 1995 (data do julgamento).

Ministro **Jesus Costa Lima**, Presidente

Ministro **José Dantas**, Relator

### **RELATÓRIO**

O Sr. Ministro **José Dantas**: A título de relatório, socorro-me do elucidativo parecer do Subprocurador-Geral Edinaldo de Holanda, lançado nestes termos:

“A recorrente, Juíza de Direito, sentido-se ofendida em sua honra subjetiva por assaques proferidos por deputado Estadual, representou ao Procurador-Geral do Estado do Pará, no sentido da promoção da competente ação penal pública condicionada.

Ao receber a representação, o Chefe do *Parquet* Estadual, em vez de submeter ao Egrégio Tribunal o seu entendimento de arquivar ou promover a ação, determinou o arquivamento na própria Procuradoria-Geral, ao fundamento de imunidade desfrutada pelo agressor.

Não se conformando com o ato do Procurador-Geral, a ilustríssima Juíza ingressou no Tribunal de Justiça com pedido de segurança para determinar aquela autoridade a submissão de seu pedido de arquivamento ao crivo judicial.

O Egrégio Tribunal denegou originariamente a ordem ao entendimento de que o Deputado ofensor é beneficiado pelo Instituto da imunidade, eximindo-o da promoção jurídico-penal.

No atual recurso, alega a impetrante que a decisão sobremencionada refugiu aos termos da impetração, que não discutia o conteúdo da representação, mas o aspecto formal do arquivamento.

A análise, embora perfunctória, revela, entretanto, a inconsistência da formulação, tanto a originária, como a recursal. É que não competia ao Tribunal determinar a submissão ao seu crivo do ato de arquivamento, porque efetuado pelo Chefe do Ministério Público, não havendo instância superior no órgão ministerial para cumprir decisão diferente do arquivamento.

Outrossim e por esse motivo, facultou o constituinte de 1988, a ação privada substitutiva (art. 5º, inc. LIX), quando se verifique a inação do Ministério Público e com isto não se conforme a parte prejudicada.

Ante o exposto, o alvitre é pelo improvimento do recurso.” – fls. 125/26.

Relatei.

## VOTO

O Sr. Ministro **José Dantas** (Relator): Senhor Presidente, não obstante a impressão inicial contrária a que possa o Ministério Público arquivar peças criminais, mormente quando formalizadas por via de representação do ofendido, nas ações públicas assim condicionadas, o certo, porém, é que o caso se oferece a tal compreensão, desde a particularidade de o arquivamento ter-se dado por deliberação do Procurador-Geral, como última instância hierárquica do Ministério Público.

Dai o acerto do v. acórdão recorrido, quando na via declaratória ressaltou, **verbis**:

“Porém mesmo antes do advento da atual Constituição Federal e da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, qualquer estudante de Direito Penal, por mais jejuno que seja do assunto, sabe que o Ministério Público é o dono da ação, é o único órgão detentor do chamado **jus perseguendi**.

E por isso mesmo sabe também que se o Procurador-Geral da Justiça pedir ou concordar com o pedido de arquivamento formulado pelo Promotor em primeiro grau, nada mais resta ao Judiciário senão conformar-se com o arquivamento **ex vi** do artigo 28 do Código de Processo Penal.

Tanto a doutrina quanto a iterativa jurisprudência proclamam o que todos sabem, só não sabem os que fingem ou não querem saber.

Aliás, **Damásio E. de Jesus** no seu conhecidíssimo livro *Código de Processo Penal Anotado*, que todo estudante de Direito conhece, ao anotar o artigo 28, transcreve algumas decisões neste sentido, que vale a pena também aqui serem transcritas:

“*Crime de competência do Tribunal de Justiça*. Quando o feito é de competência originária do Tribunal de Justiça, requerido o arquivamento do inquérito policial pelo Procurador-Geral de Justiça, nada mais cabe à superior instância que acolher o pedido (RT 498/271 e RTJ 104/1.003). No mesmo sentido, tratando de pedido de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral da República, entendeu o Pretório Excelso que o Tribunal não pode obrigá-lo a oferecer denúncia, sob pena de “violar o princípio do *ne procedat judex ex officio*” (Inq. 180, Plenário, 27/6/84, DJU 31/08/84, págs. 13.933/4). No mesmo sentido: STF, Inq. 510, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 19/04/91, págs. 4.581/2” – fls. 76/77.

Aliás, confira-se que nessa mesma linha de entendimento se encontra posta a orientação deste Tribunal Superior, por sua Corte Especial, a exemplo do acórdão proferido na Ação Penal nº 67-9, rela-

tor o Sr. Min. Eduardo Ribeiro, com esta esclarecedora ementa:

“Representação – Arquivamento determinado pelo Procurador-Geral da República – Cabendo-lhe decidir, em última instância, quanto à propositura de ação penal, poderá determinar desde logo o arquivamento, não se fazendo mister requerê-lo ao Judiciário.”

Do voto condutor do acórdão valem destacadas as seguintes assertivas:

“De outra parte, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, havendo omissão, será possível o ajuizamento da queixa subsidiária. Não assim, entretanto, quando o titular da ação penal pública se pronuncia no sentido do arquivamento.

Este Superior Tribunal, no julgamento da Representação 30, entendeu que poderia ser recusado o pedido de arquivamento, abrindo-se para o ofendido a possibilidade de ajuizar ação penal privada subsidiária. Aquela Corte Suprema, entretanto, concedeu **habeas corpus**, reiterando o entendimento, expresso em numerosos precedentes, no sentido de que isso não era possível, mesmo em face do disposto na vigente Constituição. Refiro-me ao HC 70.029, de que foi Relator o Ministro Marco Aurélio.”

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

## JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Recurso Especial nº 7.197-0 – MS

(Registro nº 91.0000307-7)

Relator: *O Sr. Ministro Bueno de Souza*

Recorrentes: *Leônidas da Silva Juruena e outros*

Recorridos: *Martin Affonso Santa Lucci e outros*

Advogados: *Drs. Oscar José Müller e outro, e Fernando Neves da Silva e outro*

**EMENTA:** *Civil. Testamento público. Anulação.*

1. **Manuscrito desprovido da necessária formalidade não possui o condão de revogar testamento anterior, lavrado com observância das solenidades legais.**

2. **As testemunhas impedidas de participarem do ato são as resultantes de parentesco por consangüinidade; não, as por afinidade.**

3. **Ausência de contrariedade à lei federal.**

4. **Dissídio jurisprudencial improvado.**

5. **Recurso especial 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 Senhores Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Ruy Rosado de Aguiar.

Brasília, 07 de junho de 1995 (data do julgamento).

Ministro **Fontes de Alencar**, Presidente

Ministro **Bueno de Souza**, Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Bueno de Souza**: Leônidas da Silva Juruena e outros aforaram demanda que denominaram de ação de anulação de testamento, inventário e partilha, contra Martin Affonso de Santa Lucci e outros, tendo por escopo, em síntese, anular o testamento público do pranteado Affonso Aldaro de Santa Lucci, no qual, à falta de herdeiros necessários, institui herdeiros, na linha colateral, as pessoas dos

requeridos, com preterição dos autores, também colaterais do falecido testador.

Os autores (ora recorrentes) alegaram na inicial que (fls. 02/19):

- a) o testamento objurgado foi lavrado numa época em que o testador, por questão de saúde, não gozava do total discernimento de seus atos; tendo, antes de morrer, preparado outro testamento modificativo do primeiro, que, no entanto, deixou de ser lavrado nas notas públicas;
- b) o indigitado testamento público é nulo de pleno direito, eis que figuram como testemunhas o pai e o tio da esposa do herdeiro aqui-nhoado (ora recorrido) Martim Affonso, casado sob o regime da comunhão universal, eis que tais pessoas não possuíam a necessária isenção por serem detentoras de interesse, ainda que mediato, na herança.

O Dr. Juiz do primeiro grau julgou totalmente improcedente a demanda (fls. 521/525).

Apelação dos autores foi desprovida por maioria de votos, tendo o v. acórdão gerado a seguinte ementa (fls. 689/690):

*“Apelação cível – Testamento público – Nulidade – Testemunha – Sogro e tio da mulher do herdeiro instituído – Nulidade inocorrente – Exegese do artigo 1.650, IV, do Código Civil – Revogação do testamento – Escrito particular sem forma de ato de disposição de última vontade – Formalidade legal não obedecida – Recurso improvido.*

1. Sogro não é ascendente do genro, nada impedindo que compareça como testemunha em testamento em que este é instituído herdeiro. Inexiste, outrossim, impedimento algum para o tio da mulher do herdeiro instituído figurar como testemunha de testamento, uma vez que ele não é ascendente do marido de sua sobrinha;

2. O artigo 1.650, IV, do Código Civil, se refere, exclusivamente, à relação de parentesco;

3. A revogação do ato de disposição de última vontade só pode constar de testamento que obedeça às formalidades legais, não se admitindo a utilização de outros meios de expressão. Assim, escrito particular, sem forma de ato de disposição de última vontade, não tem o condão de revogar testamento público.”

Embargos infringentes opostos foram rejeitados, também por maioria, na consonância desta ementa (fls. 826/827):

*“Embargos infringentes – Anulação de testamento – Testemunhas do ato – Validade – Pretensão à revogação do testamento pela existência de documento escrito posterior – Impossibilidade – Do-*

*cumento que não atende às exigências legais – Bens que integram o patrimônio do testador no momento de sua morte – Manutenção dos votos vencedores – Improvidos.*

Os embargos infringentes devem limitar-se ao acolhimento ou rejeição, total ou parcial, do que se contiver no voto vencido. Incorre nulidade de testamento público pelo fato de ter servido como testemunha sogro do herdeiro, instituída no ato de última vontade.”

Contra essa decisão foi interposto recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, para sustentar contrariedade aos artigos 5º da L.I.C.C. e 458, 4.573, 1.632, 1.633, 1.635 e 1.650, IV todos do Código Civil e, bem assim, divergência com o decidido em arestos proferidos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e Supremo Tribunal Federal (fls. 829/845).

Admitido o recurso tão-somente pela contrariedade à lei, subiram os autos a esta Corte (fls. 922/926).

A D. Subprocuradoria-Geral opinou pelo não conhecimento do recurso.

### VOTO

O Sr. Ministro **Bueno de Souza** (Relator): Senhor Presidente, peço vênias para, por primeiro, examinar o cabimento do recurso pelo alegado dissenso pretoriano.

Do exame da petição do recurso especial (fls. 839/845), observo que o recorrente deixou de proceder à demonstração analítica da divergência, como lhe competia, com a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados (Registro Interno, art. 255, § 2º).

E, mesmo que fosse possível superar tal exigência com abrandamentos reconhecidos em nossa jurisprudência para demonstração do dissídio, malgrado inócuas na espécie, ainda assim o recurso não mereceria conhecimento, sob esse fundamento.

Deveras, como bem apontou, na origem, o r. despacho de prelibação do recurso especial, não há similitude das hipóteses trazidas para confronto. Senão vejamos (fls. 925/926):

“O primeiro acórdão-paradigma, da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça carioca, decide pela nulidade de testamento particular devido ao impedimento de uma das cinco testemunhas, “porque ascendente de herdeiro instituído” (f. 841). O acórdão objurgado, todavia, julgou questão diversa, pois a testemunha sob a alegação de nulificação do testamento não era “ascendente do herdeiro” mas apenas sogro, que “não é ascendente do genro” (f. 689).

Destarte, não há confluência temática entre o acórdão atacado e o acórdão-paradigma em referência.

O segundo acórdão-paradigma, exatamente na mesma esteira do primeiro, refere-se à nulidade de testamento por ter figurado como testemunha “a mãe do herdeiro instituído” (f. 847). Também aqui, pelas mesmas óbvias razões, não conflui tematicamente o acórdão atacado com o paradigma.

O terceiro acórdão-paradigma, da Suprema Corte, decide pela nulidade de testamento público “se todas as testemunhas não acompanharam todo o ato, ausentando-se algumas delas, ainda que ligeiramente.” Também neste particular não há confluência entre o acórdão atacado e o paradigma. Esta questão essencialmente de fato nem sequer chegou a ser aludida pela ementa do acórdão objurgado. Não resta demonstrado, de todo modo, a alegação.

O quarto acórdão-paradigma, da justiça carioca, é quase-idêntico quanto ao tema dos dois primeiros acórdãos trazidos aos autos. As condições de nulidade do testamento, no presente caso, contudo, não se configuraram pelo motivo elencado no dito acórdão. Isto impede, em suma, a demonstração do dissídio jurisprudencial.

O quinto acórdão-paradigma, também da justiça carioca, aventa caso idêntico ao dos anteriores: “pai do beneficiário não pode ser testemunha”. (f. 841). Refoge, pelas mesmas razões supra-referidas, do conteúdo do acórdão atacado, pois o sogro não pode ser legalmente equiparado a pai.

O sexto acórdão-paradigma, da Suprema Corte, por sua vez, apesar de impertinente ao acórdão objurgado, se refere à renúncia, pela mulher, à herança que passou a integrar o seu patrimônio, inexistindo, pois, o dissídio jurisprudencial.”

Eis porque não conheço do recurso pela alínea c do permissivo constitucional.

Resta, por conseguinte, passar ao exame do recurso especial pela contrariedade à lei (art. 105, III, a, CF).

Muito embora não tenha o recorrente explicitado em que ponto teria o v. acórdão recorrido maltratado os artigos 5º da L.I.C.C., 458 do CPC, 1.632, 1.633 e 1.635 do Código Civil, examino cada qual dos referidos dispositivos legais.

Não se controverteu objetivamente nos autos e tampouco pude vislumbrar da atenta leitura que procedi, onde tenham os eméritos julgadores, em ambas as instâncias, desatendido aos fins sociais e às exigências do bem comum, no tocante à aplicação da lei. Afasto, portanto, a alegada contrariedade ao artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

O artigo 458 da CPC também deixou de ser enfrentado, pois tanto o acórdão da apelação como dos embargos infringentes, não cuidaram da possibilidade de ter a r. sentença descumprido os requisitos legais.

Do exame do decisório monocrático (fls. 521/525), verifico que o mesmo contém, de forma explícita, os requisitos essenciais.

Quanto aos artigos 1.632, 1.633 e 1.635, volto, novamente, aos precisos fundamentos do despacho admissivo (fls. 923/924):

“Com referência ao art. 1.632, sem que os recorrentes precisem quais os incisos que teriam sido, também, violados, dispõe sobre os requisitos essenciais para o testamento público: 1) redação por oficial público; 2) assistência do ato por testemunhas; 3) leitura pelo oficial etc.; 4) assinatura do testador, das testemunhas e do oficial; e, segundo dispõe o parágrafo único do mesmo artigo, o testamento deve ser feito na língua pátria.

Os recorrentes em nenhuma oportunidade questionaram a preterição de qualquer um desses requisitos, não foram objetos de discussão e julgamento. Logo não há que se falar em negativa de vigência ao dito artigo.

Quanto ao artigo seguinte, também não se configura manifestamente qualquer desaplicação. O art. 1.633 limita-se a dispor que, se o testador não souber assinar, “o oficial assim o declarará, substituindo-a por sua assinatura e, a seu pedido, mediante a assinatura de uma das testemunhas presentes”. De igual forma, não houve questionamento a respeito, e nem poderia haver, uma vez que o testamento que se deseja anular foi assinado pelo testador sem que houvesse sido contestada, tal assinatura.

Na mesma esteira, o art. 1.635 declara que se considera habilitado para testar publicamente “aquele que puder fazer de viva voz as suas declarações” etc. No caso, também não houve questionamento a respeito; “consta do documento público que o testador fez de viva voz as suas declarações, e tal não foi refutado. Assim, não se pode falar em negativa de vigência a tal dispositivo’.”

Restam, assim, as alegações de ofensa aos artigos 1.573 e 1.650, IV do Código Civil.

Antes, contudo, para maior esclarecimento de meus eminentes Pares, impende acentuar que ambas as instâncias ordinárias, com base nas provas dos autos, proclamaram que, na época da feitura do testamento, o pranteado testador possuía higidez mental.

A esse propósito, eis os dizeres da r. sentença (fls. 525):

“Ressalta claro da análise dos autos, principalmente dos depoimentos das testemunhas, que o testador, em que pesem as afirmativas dos autores, sempre foi um homem que cuidou pessoalmente de seus negócios, não era sujeito a influências e manteve perfeita lucidez até a sua morte.

Por alguma razão esboçou ele a minuta de um outro testamento, sendo que esta minuta permaneceu em mãos do Tabelião Crescêncio Monteiro da Silva Neto, pessoa de sua confiança, por longo tempo, sem que partisse do falecido qualquer determinação para que lavrasse novo testamento. As razões que nortearam tal comportamento jamais serão conhecidas, e o intérprete tem que basear apenas no que existe de concreto, afastando quaisquer conjecturas.”

Feito esse necessário esclarecimento, retorno ao exame da penúltima alegação dos recorrentes, ou seja, de maltrato ao artigo 1.573 do Código Civil, **verbis**:

“A sucessão dá-se por disposição de última vontade, ou em virtude da lei.”

Sustentam os recorrentes que o testador, ao deixar, em data posterior, manuscrito dispondo diversamente sobre seus bens e respectivos herdeiros, teria revogado o testamento anterior.

No tocante ao ponto, colho do v. acórdão dos embargos infringentes o seguinte tópico (fls. 821/823):

“Por igual, a argumentação de que a revogação do testamento público ocorreu diante da vontade real do testador expressa em manuscrito posterior não tem qualquer prevalência.

Entendo que simples escrito, mesmo que feito a mão, não oferece a possibilidade de estabelecer disposições de última vontade em questões sucessórias. É o testamento a declaração por excelência, no que diz respeito às manifestações de última vontade. É o testamento um ato formal, estabelecido em lei, e a formalidade para a sua feitura visa preservar a vontade do testador, a fim de que esta não sofra qualquer interferência. Para a revogação de um testamento, exige-se outro testamento.

Dessa forma, não pode prevalecer o simples manuscrito, como fator desconstituído da vontade do testador, expresso em ato que obedeceu aos rigores e formalidades da lei.

Adoto o mesmo entendimento estampado no voto proferido pelo ilustre vogal, às fls. 687, **verbis**:

“Não pode ser aceita a afirmação de que simples declaração, assinada muito embora pelo testador, tenha o condão de revogar ou de alterar ou de modificar testamento feito e elaborado de conformidade com observância das formalidades legais. A aceitação de qualquer escrito desta natureza, embora assinado pelo testador, possa modificar ou revogar testamento, seria a falência do instituto do testamento, passando a vigorar em matéria sucessória, como soberana, a simples declaração do proprietário, o que, sem dúvida, causaria uma total desestabilização em matéria de sucessão hereditária, em face dos interesses econômicos que nela intervêm. Cauteloso foi o legislador neste caso e cauteloso tem que ser o julgador, quando examinar declarações iguais a existente nos autos, a qual pretendem transformar em testamento ou em modificadora de testamento, sem ao menos ter observado as formalidades exigidas pela mesma lei, que é invocada, para lhe dar validade.”

O mestre **Orlando Gomes**, em sua obra *Sucessões*, pág. 164, ensina:

“Quem quiser testar, há de valer-se de uma das configurações legais do testamento. À sua escolha, acham-se diversas formas testamentárias. Algumas têm, no entanto, de ser obrigatoriamente usadas em certos casos. Outras, só se justificam em circunstâncias extraordinárias. De regra porém, as pessoas fisicamente normais tanto podem preferir o testamento público, como o cerrado, ou o particular. Não têm, porém, outra alternativa. Nulo é, por conseguinte, o ato de última vontade que não tome, em circunstâncias normais, uma dessas formas testamentárias.”

Na consonância das precitadas razões, também não vislumbro contrariedade ao artigo 1.573 do Código Civil.

Por derradeiro, passo ao exame da apontada ofensa ao artigo 1.650, IV, do Código Civil.

Recolho, então, de início, o seguinte tópico do v. acórdão da apelação (fls. 665/666):

“As testemunhas impugnadas pelos autores, pai e tio do herdeiro instituído Martim Affonso, ou melhor, pai e tio de Ivanete de Barros Santa Lucci, esposa do herdeiro instituído Martim Affonso, a meu ver não constituem óbice à validade do testamento. A propósito, verificamos que nossos doutrinadores pouco discorrem a respeito e a jurisprudência é esparsa.

O julgado que mais se aproxima do caso vertente é o citado pelos réus, o qual, **mutatis mutandis**, pode ser aplicado para a manutenção do testamento que se pretende anular (STF – Re. Extr. nº 69.543 – São Paulo), que se encontra integralmente transcrito às fls. 340/345 dos autos.

Pondere-se que se quisesse o legislador de 1916 manter os mesmos impedimentos do artigo 142, bastar-lhe-ia fazer remissão a este dispositivo, ao contrário, preferiu explicitar (**sic**) cada um dos impedimentos das testemunhas testamentárias, repetindo, inclusive os três primeiros incisos do 142. Estou convicto de que tais testemunhas não estão incluídas na proibição legal.

Saliente-se que a hermenêutica estabelece que todas as regras que impõem limitações aos direitos individuais devem ser interpretadas restritamente.” (fls. 542-525).

Correto, ao meu exclusivo sentir, o entendimento expendido pelo eminente juiz sentenciante, uma vez que tenho como indiscutível que sogro não é ascendente do genro. Desta forma, nada impede que compareça na condição de testemunha em testamento em que o genro é instituído herdeiro.

De forma mais acentuada vê-se que não há impedimento algum para o tio da mulher do herdeiro instituído figurar como testemunha do testamento. A toda evidência que ele não é ascendente do marido de sua sobrinha.

Como a questão se resume tão-só em se saber se o sogro é ascendente do genro, impondo-se resposta negativa, uma vez que não se confundem parentesco e afinidade não vejo como ter incidência, há hipótese **sub examine**, o artigo 1.650, IV, do Código Civil, que estabelece que 'não podem ser testemunhas em testamento o herdeiro instituído, seus ascendentes e descendentes, irmão e cônjuge.'

A propósito colho o ensinamento de **Carlos Maximiliano**, in *Direito das Sucessões*, vol. II, quarta edição, Freitas Bastos, pág. 34, nº 546.

"546 – Ao passo que o artigo 142 do Código Civil exclui o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade; o 1.650 só menciona irmão, e do herdeiro, isto é, colateral até o segundo grau, e por consangüinidade, unicamente. Desta antinomia entre o preceito geral e o especial resulta ser aquele inaplicável, prevalecer o último (Código Civil, Introdução, artigo quarto); logo os que do herdeiro são parentes por afinidade, em qualquer grau, bem como os tios e os sobrinhos do mesmo, podem ser testemunhas, no testamento que o beneficia."

Nesse diapasão é o percuciente parecer ministerial, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral Vicente de Paulo Saraiva (fls. 944), **verbis**:

"Mesmo conjugando o art. 1.650, IV c/o art. 142, IV do CC, as testemunhas impedidas de participarem do ato são as resultantes de parentesco de sangue, não as de afinidade.

Dessa forma, o sogro de um dos beneficiários e o tio de sua mulher podem validamente participar como testemunhas do testamento, pois não são ascendentes do marido herdeiro.

Muito embora o art. 142, IV do CC e o art. 405, § 2º, I do CPC aludam à afinidade, para as 'testemunhas testamentárias' especificamente o CC, em seu art. 1.650, IV, só vê impedimento para o próprio 'herdeiro instituído, seus ascendentes e descendentes, irmãos e cônjuge.'

O cônjuge, pessoalmente, ressalte-se não os consangüíneos dele (varão ou virago). E o dispositivo remonta à época em que a regra geral do casamento era o regime de comunhão de bens. Nem assim, o decorrente interesse patrimonial do consorte ou da consorte, a **lex specialis** considerou como causa excludente da testemunha."

O precedente reiteradamente mencionado nos autos, qual seja, o RE 69.543-SP (RTJ 57/864), cuidou de hipótese muito aproximada a da espécie, porquanto aqui uma das temunhas é *sogro* do herdeiro, enquanto lá a testemunha era o *genro*.

Muito embora naquela assentada tenha votado vencido o eminente Relator Adauto Cardoso, empresto minha adesão aos fundamentos constantes dos votos vencedores proferidos pelos Ministros Thompson Flores e Adalício Nogueira. Deste último, recolho o seguinte tópico de seu erudito voto:

“Não se confundem parentesco e afinidade.

‘Parentesco é o vínculo existente entre pessoas que descendem de um tronco comum’ (**Washington de Barros Monteiro** – *Direito de Família*, pág. 239).

‘A afinidade é o vínculo que se estabelece entre cada cônjuge e os parentes do outro’ (**Clóvis** – *Cód. Civil* – vol. 2, pág. n° 231).

O genro, pois, não é parente, mas, ao revés, é afim do sogro. E, se não é parente, também não pode ser descendente, na acepção técnica do termo, que é a em que o mesmo é empregado no C. Civil.

Sempre que o Cód. Civil quis contemplar a afinidade, como impeditiva da prática de qualquer ato, fê-lo, expressamente, como se adverte no v. acórdão recorrido (f. 183).

**In casu**, a norma em apreço excluiu-a, ao meu ver, deliberadamente, quando só circunscreveu a vedação de testemunhar no testamento aos descendentes, que não abrangem os afins, como o genro.”

Por outro lado, a eg. Terceira Turma desta Corte, no julgamento do REsp 19.764-0-SP, Relator Ministro Dias Trindade, sem discrepância de votos, admitiu como válida, em testamento particular, a figuração como testemunha de sócio de entidade beneficiária do legado (RTJ 45/300).

Eis porque também não conheço do recurso por ofensa à lei.

Em suma, meu voto não conhece do recurso por quaisquer dos fundamentos pelos quais foi interposto (alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional).

### VOTO – VOGAL

O Sr. Ministro **Fontes de Alencar** (Presidente): Srs. Ministros, tal como o Sr. Ministro-Relator, não vejo como conhecer do recurso.

No que toca à alínea **c**, não há confluência temática entre os acórdãos confrontados, o que me faz desimaginar possível conflito de julgados.

Alegadas afrontas a dispositivos de lei federal, não as encontro no acórdão recorrido, ou porque não foi a norma prequestionada ou porque não tem pertinência com o caso o dispositivo apontado, ou porque foi bem aplicada a lei. Não vejo, no caso vertente, afronta ao direito federal ordinário.

Acompanho o voto do Eminentíssimo Ministro-Relator.

### VOTO

O Sr. Ministro **Sálvio de Figueiredo**: Consoante demonstrado, minuciosamente, pelo Sr. Ministro-Relator, os paradigmas trazidos a confronto não apresentam pertinência com o caso em julgamento.

No que diz respeito à alínea **a** do texto constitucional, após a leitura do memorial, sustentação e votos, especialmente o do Relator, ficou-me a impressão de que, na verdade, o único dispositivo federal a merecer maior exame, no caso concreto, seria o art.1.650 do Código Civil. E, como bem assinalou o Sr. Relator, a jurisprudência e a doutrina colocam-se ao lado do entendimento acolhido no acórdão impugnado.

Também não conheço do recurso.

### **Recurso Especial nº 57.606-7 – MG**

(Registro nº 94.0037157-8)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrentes: *Banco Nacional do Norte S/A – BANORTE*

Recorridos: *Citrojair Ltda. e outros*

Advogados: *Drs. José Edson Natário Alfaix e outro, e Edio Wilson Mortoza e outros*

**EMENTA:** *Execução. Bem de família.*

**Ao imóvel que serve de morada às embargantes, irmãs e solteiras, estende-se a hipotecabilidade de que trata a Lei 8.009/90.**

### **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, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Ruy Rosado de Aguiar e Antônio Torreão Braz. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Barros Monteiro.

Brasília, 11 de abril de 1995 (data do julgamento).

Ministro **Fontes de Alencar**, Presidente e Relator

### **RELATÓRIO**

O Sr. Ministro **Fontes de Alencar**: Em embargos à execução as embargantes preliminarmente argüiram a hipotecabilidade do imóvel em que residem, sustentando serem irmãs, formando, portanto, uma entidade familiar nos termos do art. 1º, da Lei 8.009/90.

A E. Quinta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais,

majoritariamente, deu provimento à apelação, para excluir da penhora o imóvel residencial das apelantes (fls. 70/77).

Os embargos infringentes manejados pelo credor não obtiveram êxito (fls. 91/97).

O recurso especial funda-se no art. 105, III, a, da Constituição Federal, com alegância de negativa de vigência ao art. 1º da Lei 8.009/90.

Às fls. 128 e 129, o juízo de admissibilidade positivo.

### VOTO

O Sr. Ministro **Fontes de Alencar** (Relator): Discute-se nos presentes autos se o imóvel residencial pertencente a duas irmãs solteiras, que nele moram, pode ser alcançado pelo benefício da Lei 8.009/90, e em consequência excluído da penhora.

Creio que o entendimento sufragado pelo aresto ao afastar da constrição judicial o bem objeto da penhora guarda a melhor interpretação da disposição legal *supra*.

É oportuno transcrever os sólidos argumentos expendidos pelo relator Juiz José Marrara ao negar provimento aos embargos infringentes:

“...não tenho como procedente o argumento de que família, no sentido que lhe empresta a Lei nº 8.009/90, pressupõe a existência de um conjunto de pessoas, presas pelo vínculo da consangüinidade e sob o guante de uma chefia, representada pelos pais, porque isso seria restringir e, até mesmo, negar eficácia à norma legal, na medida em que impossível seria a impenhorabilidade, se tais pais viessem a falecer, deixando filhos todos solteiros.

Pergunta-se: em tal caso, os filhos solteiros, sobreviventes aos pais, não constituem uma família?

Assim, tenho para mim que as referidas executadas, residindo ambas no mesmo imóvel residencial, objeto da constrição judicial, constituem-se em família, não me parecendo – **data venia** – que a interpretação restritiva adotada pelo eminente Juiz Relator em seu bem elaborado voto se enquadra na **mens legis**, como consequência da **mens legislatoris**, cujo espírito é de afastar da penhora o imóvel mesmo de pessoas solteiras, como no presente caso, ligadas pelo vínculo do parentesco consangüíneo.

Por outro lado, tenho para mim que a norma legal se preocupou mais com a questão da garantia de habitabilidade para o executado do que propriamente com o conceito, restrito ou elástico, de família.

Aliás, **José Stábile Filho**, escrevendo sobre o “Bem de Família e Execução” – “Revista dos Tribunais”, vol. 669, pág. 69, depois de focalizar a origem do instituto e seu regime jurídico, em trabalho de excelente fôlego cultural, detém-se na descrição da instituição do bem de família, desta forma:

“Por outro lado, a lei nova retira aquele óbice, até então existente, que deferia, exclusivamente, ao chefe de família a instituição da reserva. Até porque, segundo dispõe o § 5º, do art. 226, da CF, deveres e direitos referentes à sociedade conjugal, são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Esta colocação constitucional, tendo-se em vista o conteúdo do § 4º do mesmo artigo, erige à condição de família qualquer comunidade formada por homem, mulher e prole, a que nominou de entidade familiar, sendo irrelevante a existência ou não de casamento. Da mesma forma, pela disposição contida no § 4º do art. 226 da CF e no art. 1º da Lei 8.009/90, estendendo a isenção à entidade familiar, tem-se que fica reservado o imóvel residencial em que morem a família legalmente constituída e ou apenas o pai, a mãe e respectivos descendentes, ainda que não casados ou que estejam separados” (fls. 93 a 95).

Tenho que, tal como entendeu o Colegiado estadual, ao imóvel que serve de moradia às embargantes, irmãs e solteiras, estendem-se a impenhorabilidade de que trata a Lei 8.009/90.

Afasto, pois, a alegada negativa de vigência do art. 1º da mencionada Lei, e, em consequência, não conheço do recurso.

### Recurso Especial nº 58.357 – RS

(Registro nº 94.0040353-4)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*  
Recorrente: *Carlos Gomes Abreu Neto*  
Recorrida: *Elisete Aparecida Burtet*  
Advogados: *Drs. Paulo Brossard de Souza Pinto e outros, e Romeu Gaspar Salles Pitthan*  
Sustentação Oral: *Dr. Paulo Brossard de Souza Pinto, pelo recorrente*

**EMENTA:** Concubinato. Pedido de sua dissolução. Direito de partilhar bens (meação). Comunhão limitada ou parcial. Em tal regime, comunicam-se os bens adquiridos na constância do matrimônio. Mas são excluídos da comunhão, “Os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação ou por sucessão.” Não é legítimo nem legal tenha o concubinato tratamento diverso. É de lhe ser dado tratamento igual ao do casamento, uma vez aplicado o regime da comunhão limitada ou parcial, donde deverem ser excluídos da comunhão, portanto não sujeitos à meação, os bens que como tais foram herdados. Cód. Civil, art. 269-I. Recurso especial conhecido e provido em parte.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento parcial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Cláudio Santos e Costa Leite. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Brasília, em 05 de dezembro de 1995 (data do julgamento).

Ministro **Waldemar Zveiter**, Presidente

Ministro **Nilson Naves**, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Nilson Naves**: Tomo o relatório de fls. 449/450, do Sr. Desembargador Binato de Moraes, *litteris*:

“Carlos Gomes Abreu Neto ajuizou ação cautelar, contra Elizete Aparecida Burtet, alegando infidelidade desta durante convivência concubinária e visando obter o afastamento da demandada do lar. Pediu, também, fixação de alimentos aos dois filhos do casal. Foi deferida a liminar e fixados os alimentos provisórios aos menores, respondendo a ré.

Aforou o autor contra a ré a ação principal, de dissolução de concubinato, contestada pela demandada, que, ainda, oferece reconvenção, dizendo de sua convivência **more uxore** com o autor, durante mais de quinze anos, e de sua contribuição ao aumento do patrimônio do casal, cuja partilha pretende.

A reconvenção foi contestada, pensando-se os autos de ambas as ações e processando-se a instrução conjunta.

O magistrado, a final: **a)** declara o autor carecedor da ação cautelar (porque já estaria a ré afastada do lar, quando do ajuizamento da demanda); **b)** declara o autor carecedor da ação principal de dissolução do concubinato (porque já desfeito este com a saída da mulher do lar); **c)** dá por improcedente a reconvenção da companheira (porque esta não teria colaborado ao aumento do patrimônio, o qual adveio de herança avoenga e paterna do autor reconvinde, e porque já recebera ela um apartamento e uma área de terras (349 hectares) de seu companheiro; **d)** dá alimentos à ré (cinco salários mínimos) e aos dois filhos menores do casal (seis salários mínimos, para cada um).

Apelou apenas a ré, pretendendo meação nos bens adquiridos ao

longo do concubinato, havendo dissenso no julgamento do recurso, ocorrido perante a Egrégia Oitava Câmara Cível desta Corte, eis que a Colenda maioria negava provimento ao apelo, restando vencido o eminente Dr. José Carlos Teixeira Giorgis, que o acolhia parcialmente.

Assim restou ementado o julgado: 'Concubinato. Alimentos. Meação. Comprovado o concubinato e admitindo que a concubina recebeu imóveis de par com pensão alimentícia, não se cogita de meação, pois união estável não é sinônimo de casamento.'

Com base no voto vencido oferece a ré os presentes embargos infringentes, que, recebidos e impugnados, vêm à mesa de julgamento, com parecer do Dr. Procurador de Justiça no sentido de seu acolhimento."

Por maioria de votos, o 4º Grupo de Câmara Cíveis recebeu os embargos infringentes, e para o acórdão foi escrita esta ementa:

"Concubinato. União estável. Meação. Dissolvido o concubinato, estabelecido à imagem de união estável, impõe-se a partilha, por metade, dos bens amealhados pelos concubinos ao longo da convivência."

Inconformado, Carlos Gomes Abreu Neto interpôs recurso especial, alegando afronta aos arts. 258 e 269, incisos I e II, do Cód. Civil, e aos arts. 333, inciso I, 608 e 610, do Cód. de Pr. Civil, e apontando divergência jurisprudencial.

Foi o recurso admitido pelo Desembargador Furtado Fabrício, **verbis**:

"II – pela alínea **a**, o recorrente alega que o v. acórdão, ao aplicar ao concubinato 'o regime da comunhão parcial de bens, instituído pelo Código Civil para vigor entre os cônjuges no casamento, salvo as exceções nele previstas, contrariou, frontalmente, a lei federal, fazendo incidir as disposições do artigo 258, **caput**, do Código Civil acaso nele não previsto, qual seja o do concubinato' (fl. 480). Diz, também, que ao pretender incluir nesse mesmo regime bens adquiridos por sucessão hereditária, a decisão ofendeu o artigo 269, I, Código Civil, que expressamente exclui da comunhão parcial esses bens. E não provado o fato constitutivo do direito, ou seja, aquisição de bens pelo esforço comum dos concubinos, pois entende que a recorrida não suportou o ônus de provar que contribuiu efetivamente para o acréscimo do patrimônio, durante o concubinato, violado restou o artigo 333, I, do CPC. Por fim, sustenta que foi contrariado o artigo 610 do Código Civil, porque o v. acórdão teria determinado que se faça na liquidação de sentença a prova da existência de bens havidos pelo esforço comum, ao longo do concubinato, o que implicará a re-

abertura da discussão quanto ao objeto da lide, vedada pelo invocado dispositivo legal.

No que se refere ao artigo 258 do Código Civil, não merece acolhimento a alegação recursal, na medida em que o v. acórdão, ao estabelecer ao concubinato o regime da comunhão parcial de bens, o fez tendo em vista o disposto no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, encontrando amparo na jurisprudência predominante.

Entretanto, em relação ao artigo 269, I e II, do Código Civil, tem-se que assiste razão ao recorrente, pois os fundamentos exarados no v. acórdão permitem concluir que o Órgão Julgador, por maioria, determinou a partilha dos bens, por metade, ainda que a aquisição de patrimônio, na constância do concubinato, tenha ocorrido através de herança do concubino, o que vai de encontro ao disposto no inciso I do citado artigo, que exclui da comunhão os bens adquiridos por sucessão, podendo-se entender violado, também, o inciso II, segundo o qual se excluem da comunhão os bens 'adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares.'

Quanto ao artigo 333, I, do CPC, inviável se mostra o acolhimento da tese sustentada pelo recorrente, a qual implica a reapreciação da matéria de prova, inadmissível em sede deste apelo excepcional (Súmula nº 07 do STJ).

E no que diz respeito aos artigos 608 e 610 do CPC, não logrou o recorrente demonstrar a suposta violação. Pelo que se extrai do v. acórdão, o que se determinou provar na liquidação e quais os bens que foram adquiridos na constância do concubinato e não, como alega o postulante, a existência desses bens, pois isso não se discute, já que ambas as partes reconhecem que houve aquisição de patrimônio naquele período.

Pela alínea c, alega o recorrente divergência jurisprudencial com julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicado na RT nº 701/54-56 (cópia anexa a fls. 494/495).

O apelo merece seguimento, por esse fundamento, uma vez que se mostra configurado o dissídio. Com efeito, o julgado paradigma, ao contrário de decisão recorrida, rejeita o estabelecimento de meação, com aplicação analógica ao tratamento jurídico conferido ao casamento, em hipótese de união estável ou concubinato, evidenciando-se, assim, a diversidade de soluções jurídicas em suportes fáticos similares.

III – Em face do exposto, admito o recurso especial, com fundamento no artigo 105, III, a e c, da Constituição Federal.

Oportunamente, subam os autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça.”

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro **Nilson Naves** (Relator): Nestes autos, o concubinato é fato incontroverso. Viveram juntos por dezesseis (16) anos. São pais de dois (02) filhos. Foi o recorrente quem pediu em cautelar fosse a recorrida afastada do lar. Atribuiu-lhe ato de infidelidade. E foi quem intentou a ação ordinária de dissolução do concubinato.

“Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos”, reza a Súmula 380/STF, “é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. No Supremo Tribunal Federal, houve opinião, declinada pelo Sr. Ministro Leitão de Abreu, que bastava a vida em comum para daí resultar a sociedade de fato. Mas foi voto vencido. Naquela oportunidade, o Sr. Ministro Thompson Flores redigiu para o acórdão a seguinte ementa: “Concubinato. Sociedade de fato. II – Para a existência da sociedade de fato não se faz bastante o concubinato, ainda que **more uxorio**. É mister comprovar que o patrimônio adquirido proveio do trabalho conjugado de ambos (precedentes do STF). III – Ausente tal tipo de prova, é inviável o reconhecimento social propugnado. IV – Recurso conhecido pelo dissídio pretoriano, mas improvido. Voto vencido.” (RE-85.391, de 05.12.78, RTJ-89/181).

No Superior Tribunal de Justiça, ao qual foi cometido pelo constituinte de 1988 o contencioso infraconstitucional, a sua jurisprudência não é diferente. Há necessidade se comprove a contribuição dos concubinos. Não é necessário que a contribuição seja direta. Pode ser indireta. Foi por isso que assim ementei o REsp-483: “Sociedade de fato entre concubinos. Contribuição indireta para a formação do patrimônio do casal. Dissolução judicial da sociedade, com a partilha. Inexistência de dissídio com a Súmula 380/STF. Recurso especial não conhecido.” (DJ de 09.10.90). Na mesma linha, os REsp’s 1.648, Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, e 6.395, Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Da ementa do REsp-1.648: “Daí não se segue, entretanto, que indispensável seja direta essa contribuição para formar o patrimônio. A indireta, ainda que eventualmente restrita ao trabalho doméstico, poderá ser o bastante” (DJ de 16.04.90).

No caso sob exame, a sentença foi de opinião que a concubina não fizera prova do fato constitutivo do seu direito. “Os autos revelam” – disse o juiz – “que o autor adquiriu extensas áreas rurais por herança de sua avó e de seu pai. Inexiste prova de que a ré tenha contribuído para o aumento desse patrimônio”. E o acórdão da apelação deixou assentado, por maioria de votos, segundo a sua ementa: “Comprovado o concubinato e admitido que a concubina recebeu imóveis de par com pensão alimentícia, não se cogita de meação, pois união estável não é sinônimo de casamento”. Pois foi o acórdão dos embargos infringentes que, substituindo os anteriores atos judiciais, reconheceu aqui o direito da concubina de partilhar os bens, por metade.

Relativamente ao dissídio com o acórdão publicado na RT-701/54, não o tenho por configurado. Segundo a opinião do Tribunal paulista, nos termos da ementa, "Do simples governo doméstico não é lícito depreender-se contributo pecuniário em prol de aquisição patrimonial". Nesse julgado, encontra-se também o seguinte, com referência ao art. 226, § 3º da Constituição: "Importa reiterar, o texto constitucional não defere direitos, limitando-se a indigitar um dogma programático endereçado ao legislador comum."

Mas o acórdão contra o qual foi interposto o recurso especial reconheceu o direito de partilhar, não apenas se referindo à união estável do texto constitucional, ou à contribuição doméstica, mas, aí sim, referindo-se também à contribuição direta. Confirmam-se estes trechos dos votos dos Srs. Desembargadores Alceu Binato de Moraes (relator) e Paulo Heerdt, *litteris*:

"E, aqui, no caso, diga-se, além da contribuição doméstica, a embargante desenvolveu vários outros labores, até mesmo ligados às atividades rurais, tudo com o fito de auxiliar seu companheiro, com quem teve dois filhos, Carlos Henrique e Cassiana, nascidos em 23 de janeiro de 1980 e em 22 de novembro de 1981, respectivamente. Chegara a abster-se de exercer a advocacia, assim dedicando-se, integralmente, ao convívio com seu companheiro. Apresentava-se, moral e socialmente, como se verdadeira esposa fosse."

.....

"O eminente Des. Paulo Heerdt bem lembrou que a Súmula 380 pertence a uma outra época, mas ainda que se entenda aplicável a Súmula 380 aqui, estes autos estão inçados de provas de que a embargante contribuiu decisivamente para o patrimônio comum. Querem ver? Só consegui anotar de um volume, às fls. 340, 341, 342, 343, 344, provas de soja produzida por ela e vendida no nome dela. À fl. 345, consta o registro dela como criadora e a marca que ela usava como criadora, distinta da marca do seu concubino.

À fl. 346, há outra prova documental da atividade dela como criadora; abandonou sua atividade profissional como advogada e foi trabalhar ombro a ombro com seu companheiro, com seu sócio. Conseqüentemente, ainda, ilustre colega José Carlos Teixeira Giorgis, que nós fôssemos adotar aqui e aplicar aqui, como quer o eminente Des. Stangler, a Súmula nº 380, mesmo assim, está aqui plenamente provado que ela participou desse esforço. E não é esse um concubinato dos comuns, dos corriqueiros, perdurou ao longo de 16 anos, frutificou-se por dois filhos."

Daf que, feito o confronto, dissídio não há: é que, na presente espécie, o acórdão gaúcho reconheceu que a concubina contribuía diretamente para a formação do patrimônio. Ao passo que o acórdão paulista assinalou que "nenhuma prova con-

vence da co-participação alegada pela demandante na gênese do novo patrimônio do embargado.”

Mas, relativamente ao total dos bens sujeitos à partilha, a decisão recorrida pe- cou, a meu ver, por não ter excluído da comunhão os bens herdados. Neste ponto, houve de sua parte equiparação do concubinato ao casamento. Fez ela referência ao art. 226, § 3º da Constituição. Entendeu necessário fosse fixado um regime de bens, e elegeu o da comunhão parcial. Que os bens havidos após o concubinato devem ser objeto da partilha, tal ficou assim estatuído no voto vencido da apelação, adotado pelo acórdão dos embargos infringentes. Eis alguns trechos deste acórdão:

“... Nada mais justo, então, mesmo porque é nesse sentido o norte constitucional, se estabeleça, à união estável, dentro do princípio da isonomia, como similitude ao casamento, o regime da comunhão parcial de bens, quando não pactuado outro, expressamente, pelas partes.

Assim, todos os bens adquiridos durante a união devem ser partilhados, igualmente, entre os companheiros...”

.....  
“Faz jus a embargante, pois, à meação nos bens amealhados durante o convívio **more uxore** mantido com o embargado, cujo montante será apurado em liquidação de sentença, como postulado em reconvenção, pouco importa já tenha a embargante recebido um apartamento em Porto Alegre e a nua propriedade de uma área de terras em Alegrete, situação que tanto impressionou à douta porção majoritária, pois que imposta, no ilustrado voto vencido, a compensação.”

.....  
“De modo que, se há união estável e essa união estável está comprovada por pressupostos, como a estabilidade, a notoriedade, a existência de filhos, enfim uma série de requisitos que os doutrinadores registram e que a jurisprudência repete, comprovada, repito, a união estável, cabe a partição de bens. Cabendo a partição de bens, impõe-se a adoção do regime consignado nos arts. 258 e 269 do CC e aqui, no caso concreto, como afirmei no voto, com a devida compensação.”

Mas a comunhão parcial implica se comuniquem os bens adquiridos na constância do matrimônio. Da comunhão são excluídos, entre outros bens, aqueles que vierem a cada cônjuge durante o casamento por sucessão. Excluem-se da comunhão, consoante o inciso I do art. 269 do Código Civil, “Os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio; por doação ou por sucessão”. Ora, não é legítimo nem legal tenha o concubinato tratamento diverso. Desde que equiparado ao casamento, tal como o foi, ao concubinato há de se dar igual tratamento. Afinal, **ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio**. Isto é, os casos idênticos regem-se por disposições idênticas.

Aliás, já observou, na 4ª Turma, o Sr. Ministro Ruy Rosado, no julgamento do REsp-61.363:

“Estou, portanto, em admitir que os fatos considerados provados pelas instâncias ordinárias permitem o reconhecimento do direito da concubina de receber o seu quinhão sobre o patrimônio adquirido pelo **de cujus**, para o qual ela efetivamente contribuiu.

É preciso ponderar, porém, como o fez lucidamente o voto do em. Des. Carlos Alberto Direito, as circunstâncias específicas da causa para delimitar o âmbito desse direito. Devem ser excluídos os bens herdados, as ações da sociedade da Clínica, da qual o **de cujus** deixou de fazer parte, e aqueles relacionados como sendo do casal, quando do desquite do **de cujus**. Além disso, devo admitir que o considerável patrimônio do **de cujus**, existente antes da formação do concubinato, teria natural crescimento, que também não posso atribuir à colaboração da autora. Em razão disso, a quota devida à autora não deve corresponder a 50% do patrimônio remanescente, como se fosse a meação da mulher casada em regime de comunhão parcial, mas a 30% desse capital.

Por fim, devem ficar compensados os valores dos imóveis adquiridos pela autora, durante o tempo do concubinato.”

Aqui, ficou atestada a aquisição de bens por sucessão. Confirmam-se as seguintes passagens da sentença e do acórdão recorrido (fazendo alusão à meação de todos os bens):

“Os autos revelam que o autor adquiriu extensas áreas rurais por herança de sua avó e de seu pai...”;

.....  
“E, a despeito de heranças recebidas pelo embargado, o patrimônio cresceu ao longo da união,...”

.....  
“... dizendo que houve a aquisição de grande patrimônio por herança, aliás, esta resposta também já havia sido dada pelo magistrado na sentença de 1º grau, reconhecendo que houve aquisição de patrimônio. Ora, se houve aquisição de patrimônio na constância da união estável e se é entendimento deste Tribunal, através das duas Câmaras especializadas em Direito de Família, que deve prevalecer o regime da comunhão parcial de bens, então, não vejo por que se está discutindo. A meação desta senhora deve ser assegurada e, por isso mesmo, acompanho o eminente Relator e dou provimento aos embargos infringentes.”

“... Exemplo disso, julgamentos em que se entendeu que a mulher, a concubina, não apenas tem direito aos bens adquiridos na

constância do concubinato, como também à meação daqueles que o concubino varão trouxe para o concubinato e que eram bens seus e que assim devem continuar, tal como ocorre no casamento sob o regime da comunhão parcial.”

Ao decidir de tal forma, o acórdão estadual, ao meu ver, afrontou o disposto no art. 269-I do Cód. Civil. Conheço, pois, do recurso.

Ao finalmente dispor sobre a meação, disse o acórdão dos embargos infringentes deva proceder-se à liquidação da sentença. Aliás, como assim teria sido pleiteado. Veja-se:

“... Cujo montante será apurado em liquidação da sentença, como postulado em reconvenção,...”

.....  
“O pedido da autora é para que sejam apurados em liquidação de sentença.”

.....  
“Isto vai ser provado em liquidação de sentença.”

Mas neste ponto, não há ofensa aos arts. 608 e 610 do Cód. de Pr. Civil.

Pois conhecendo do especial, dou-lhe provimento em parte, para que, quando dessa liquidação de sentença, sejam excluídos da comunhão, portanto não sujeitos à meação, os bens que como tais foram herdados pelo recorrente. Obviamente, não estão excluídos os acréscimos e frutos produzidos. Mantenho a compensação, a saber, “com a devida compensação dos bens já recebidos na vigência da união, pela apelante”, fls. 458/9.

Pelo que disse, conheço do recurso e lhe dou provimento em parte.

### VOTO

O Sr. Ministro **Eduardo Ribeiro**: Sr. Ministro-Relator, V. Exa. considerou que não havia dissídio em relação ao julgado do Tribunal paulista, mas, salvo engano, aquele paradigma assevera que só quando há contribuição, para formação do patrimônio, e na medida da mesma, é que se pode reconhecer o direito à partilha.

O Sr. Ministro **Nilson Naves** (Relator): Sim, Em. Ministro. É necessário que haja contribuição direta.

O Sr. Ministro **Eduardo Ribeiro**: Parece-me, eminente Ministro, que há dissídio. Esclareço porque isso me parece relevante. Tenho como pouco adequada, senão como errônea, a equiparação do concubinato ao casamento. Além disso, o Advogado que sustentou pelo recorrente tem toda a razão. O Tribunal cometeu um segundo equívoco, porque, na medida em que equiparou, fê-lo mal, pois não lhe deu os efeitos próprios que só poderiam ser os que resultam do regime da comunhão parcial, que é o legal. A comunhão universal supõe um pacto que não é possível ter-se como implícito no concubinato.

Não gostaria de conhecer deste recurso e dar-lhe provimento, por ofensa ao artigo pertinente à comunhão parcial, que envolve, de certo modo, o reconhecimento de que o concubinato se rege por essa regulamentação legal. Mas V. Exa. diz que o paradigma exige uma contribuição direta, e é óbvio que essa não ocorreu tratando-se de acréscimo patrimonial oriundo do direito sucessório.

Conheço do recurso pelo dissídio e dou-lhe provimento nos mesmos termos do voto de V. Exa.

### VOTO

O Sr. Ministro **Costa Leite**: Sr. Presidente, estou de inteiro acordo com a conclusão do voto do Sr. Ministro-Relator, com os acréscimos feitos pelo Sr. Ministro Eduardo Ribeiro quanto ao dissídio.

### Recurso em Mandado de Segurança nº 4.146-8 – CE

(Registro nº 94.0006879-4)

Relator: *O Sr. Ministro Vicente Leal*

Recorrentes: *Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Ceará*

Recorrido: *Estado do Ceará*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*

Impetrado: *Secretário de Segurança Pública do Estado do Ceará*

Advogado: *Juvêncio Vasconcelos Viana*

**EMENTA:** *Administrativo. Processual Civil. Ação civil pública. Competência da Justiça Estadual. Litisconsórcio ativo. Órgãos do Ministério Público Federal e Estadual. Inadmissibilidade.*

– Em sede de ação civil pública, na qual se discute questão administrativa do âmbito da Secretaria de Segurança do Estado do Ceará, assunto cujo exame compete à Justiça Estadual, não há como se conceber a admissão do MP Federal no pólo ativo da demanda, em litisconsórcio com o MP Estadual.

– Recurso desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Adhemar Maciel, William Patterson, Luiz Vicente Cernicchiaro e Anselmo Santiago.

Brasília, 23 de outubro de 1995 (data do julgamento).

Ministro **Adhemar Maciel**, Presidente

Ministro **Vicente Leal**, Relator

### **RELATÓRIO**

O Sr. Ministro **Vicente Leal**: O Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado do Ceará impetraram mandado de segurança contra ato do Secretário de Segurança Pública daquele Estado consubstanciado na homologação de concurso público realizado para provimento de cargo de agente de polícia civil, não obstante ter sido julgado procedente o pedido formulado nos autos de ação civil pública proposta pelos impetrantes, ensejo em que se decretou a anulação do exame psicotécnico que havia eliminado alguns concorrentes do aludido certame.

O Plenário do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por maioria, extinguiu o feito, sem julgamento do mérito, por falta de legitimidade **ad processum** dos promoventes da ação mandamental. O julgado foi condensado na ementa a seguir transcrita, **verbis**:

“Mandado de Segurança. Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual. Litisconsórcio ativo. Impossibilidade. Extinção do feito sem julgamento do mérito.

Não há de se admitir a formação de litisconsórcio ativo entre um membro do Ministério Público Federal e um membro do Ministério Público Estadual, pois as funções para ambos estabelecidas no art. 129 da C.F., à míngua de competência expressa, não podem ser desempenhadas concorrentemente, sob pena de afrontar a autonomia dos Estados, consagrada no art. 34 daquele Texto Maior.

Ademais, o § 5º, do art. 5º, da Lei nº 7.347, que regula a Ação Civil Pública, onde previa a possibilidade do referido litisconsórcio, não faz parte do ordenamento jurídico, vez que foi vetado quando da sanção da Lei nº 8.078/90, que o procurou introduzir naqueloutro estatuto legal através do seu art. 113.” (fls. 89.)

Irresignados, os impetrantes interpõem o presente recurso ordinário, pugnando pela cassação do v. aresto e o retorno dos autos ao órgão **a quo**, a fim de que seja examinado o mérito da ação proposta. Sustentam que, desde que a defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos esteja dentro das atribuições que a lei confere a um órgão do Ministério Público, a este é dado atuar em qualquer das justiças, até mesmo em atuação conjunta com um outro órgão do Ministério Público.

Nas contra-razões, o Estado do Ceará pede a confirmação do acórdão hostilizado.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer de fls. 133/138, opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro **Vicente Leal** (Relator): O tema em discussão no presente recurso circunscreve-se ao exame da possibilidade de formação de litisconsórcio ativo por órgãos do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual.

É admissível a formação de tal cúmulo subjetivo, mesmo em sede de ação civil pública ou de mandado de segurança?

A questão é controvertida no âmbito da doutrina. A jurisprudência tem-se orientado no sentido de negar tal possibilidade, na linha do acórdão recorrido.

Examinem-se as teses em confronto.

O Professor **Rodolfo de Camargo Mancuso**, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em sua monografia "Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores" (Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989), defende o ponto de vista de que, em sede de ação civil pública, é possível a atuação conjugada do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual, seja em razão dos princípios institucionais da *unidade* e da *indivisibilidade*, seja porque a natureza dos interesses difusos ultrapassa os limites geográficos e as restrições pertinentes à organização judiciária.

E acentua o ilustre mestre paulista:

"Por exemplo, em matéria de meio ambiente ou de tutela ao consumidor, não raro o interesse objetivado concernirá às áreas federal e estadual/municipal, por exemplo, o desmatamento criminoso decorreu de culpa omissiva de órgão local, mas o sítio afetado é um parque nacional; o produto prejudicial à saúde foi fabricado por negligência do serviço de fiscalização federal, mas veio a ser comercializado apenas numa rede de supermercados local.

Tais peculiaridades (que não devem causar espécie, em se considerando a natureza *difusa* dos interesses protegidos na Lei 7.347/85), aliadas à unidade-indivisibilidade do MP permitem concluir que a atuação conjunta dos Procuradores da República e dos Promotores/Procuradores de Justiça é não só possível, mas também *desejável*." (fls. 68).

E, em reforço ao seu pensamento, cita tese aprovada ao VI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em São Paulo no ano de 1985, condensada no seguinte excerto:

"Outrossim, deve-se ensejar, tanto ao Ministério Público Federal como ao Estadual, a possibilidade de intervir, na qualidade de assistente litisconsorcial, na ação proposta pelo outro, para que, na tutela do ambiente, sejam consideradas e harmonizadas as necessidades nacionais e as peculiaridades regionais. A possibilidade de intervenção simultânea dos dois órgãos atende à necessidade de *somar* forças

em defesa do meio ambiente e seria sob todos os aspectos proveitosa: a conjugação de esforços aumentaria em muito a eficiência da ação do Ministério Público e estabeleceria entre os dois setores da Instituição, até hoje estanques, um fecundo entrosamento.” (fls. 68.)

Em contraposição a esse entendimento levantam-se respeitáveis vozes, sustentando que, a despeito dos princípios constitucionais da unidade e da indivisibilidade o Ministério Público é organizado mediante repartição de atribuições, o que se evidencia em face do art. 128, da Carta Magna, que prevê o seu desdobramento em Ministério Público da União e Ministérios Públicos dos Estados, cada qual com suas atribuições delimitadas, o que afasta a possibilidade de atuação conjugada, pois cada um tem o seu preciso campo de atuação.

E a propósito da atuação do Ministério Público na propositura de ação civil pública, merece registro o magistério de **Teori Albino Zavascki**, magistrado e professor gaúcho, em artigo sob o título “Ministério Público e Ação Civil Pública”, publicado na “Revista de Informações Legislativas” nº 114, julho de 1992, **in verbis**:

“A ação civil pública será proposta, portanto, pelo Ministério Público da União, quando se tratar de causa de competência da Justiça Federal; e será proposta pelo Ministério Público dos Estados, quando for causa de jurisdição local. Não há como adotar-se, hoje, sem ofensa ao caráter nacional e ao princípio da unidade do Ministério Público, regime legal que viabilize a presença simultânea de dois Ministérios Públicos (!) no mesmo processo, de modo a ensejar tanto ao Ministério Público Federal como ao Estadual a possibilidade de intervir, na qualidade de assistente litisconsorcial, na ação proposta pelo outro, como sugerido, antes da nova Carta, por autores de nomeada.”

No mesmo sentido, preleciona **Paulo de Bessa Antunes**, em artigo sobre o mesmo tema, publicado na “Revista da Procuradoria-Geral da República” nº 04, pág. 126, 1993:

“O artigo 5º da Lei antes referida estabelece o rol dos legitimados ativos para a propositura das ACP. Dentre estes encontra-se o MP. É de observar-se que a lei atribui ao MP a legitimidade para a propositura das demandas, sem fazer distinção se, na hipótese, trata-se do MP federal ou daquele dos estados. Evidentemente que ambos podem e devem propor o maior número possível de ações civis públicas, sempre que haja necessidade.

A lei que chegou a definir onde o ramo federal e o ramo estadual no *Parquet* devem atuar. Parece-me, contudo, que é uma decorrência lógica da organização constitucional e natural do MP que o MPF deverá atuar perante a Justiça Federal e o MP dos Estados-membros.

Já defendi a tese em outra oportunidade. Esse entendimento vem encontrando, cada vez mais, ressonância na doutrina especializada na proteção dos interesses difusos.”

E acrescenta:

“A possibilidade de litisconsórcio ativo entre os MP Federal e dos Estados-membros, em minha opinião é evidentemente inconstitucional, ante o art. 127, § 1º da Lei Fundamental. Assim é porque, se o MP é uno e indivisível não pode dividir-se em duas entidades autônomas e que se unem em determinados momentos para a propositura de uma demanda judicial.”

O citado articulista, em reforço ao seu ponto de vista, menciona precedente do extinto Tribunal Federal de Recursos, assim ementado:

“Ação Civil Pública – Ministério Público – Legitimidade.

1 – O Ministério Público está autônomo e legitimamente admitido à autoria da ação civil pública, em função exclusiva da defesa dos chamados interesses difusos, os quais, na área de que se trata, não poderiam ter melhor guardião dentre os diversos acionantes concorrentemente eleitos pela Lei 7.347, art. 5º. E se a lei legitimou o MP nessa função, concebe-se que o fez a tempo e modo da organização dual, composta de Ministério Público Estadual e do Federal. Enquanto se cuide de interesse ou obrigação vinculados a órgão ou pessoa do plano federal, ao Ministério Público Federal cabe aquela autoria, com a consecutória competência da Justiça Federal. (TFR, AC 137.561-PR, Rel. Min. José Dantas, publ. in 15.8.88).”

Tenho que a última corrente reflete a melhor exegese em torno do tema **sub examen**. Na verdade, parece incompatível com os cânones constitucionais que regem o Ministério Público a atuação em litisconsórcio ativo do MP Federal e do MP Estadual em qualquer demanda, mesmo em ação civil pública para a proteção de direitos difusos. É que cada um atua perante o Juízo competente, estadual ou federal, segundo suas atribuições próprias. O Ministério Público Estadual promove perante o Juízo Estadual e o Ministério Público Federal perante o Juízo Federal.

Na espécie, o tema agitado na ação civil pública que deu causa ao mandado de segurança em exame diz respeito à questão administrativa do âmbito da Secretaria de Segurança do Estado do Ceará, assunto que escapa ao exame da competência da Justiça Federal.

Assim, não há como se conceber a admissão do Ministério Público Federal no pólo ativo de demandas que versem matéria estranha às suas atribuições funcionais, tais como atos da Administração Estadual.

Tenho, assim, que o acórdão recorrido decidiu com acerto, ao inadmitir o litisconsórcio ativo em questão. A circunstância de haver sido admitido, indevidamente, na ação civil pública, demanda originária, não chancela a sua existência no manda-

do de segurança, como sugerido no parecer da Subprocuradoria-Geral da República.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

### VOTO – VOGAL

O Sr. Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**: Sr. Presidente, a Constituição estabelece ao Ministério Público uma nobre missão, por ser órgão essencial à administração da Justiça, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais, individuais e indisponíveis, a teor do art. 127.

A Carta Política apressa-se, logo em seguida, em mencionar o leque do Ministério Público, compreendendo o Ministério Público da União, que por sua vez desdobra-se em Ministério Público Federal, do Trabalho, Militar, do Distrito Federal e Territórios e compreende, também, os Ministérios Públicos dos Estados. Quando se diz que o Ministério Público é uno e indivisível, evidente que, em havendo a pluralidade de categorias, há de se entender internamente. Institucionalmente, há missão, atribuição específica para o Ministério Público da União e outra dos Ministérios Públicos dos Estados. É nesse sentido que, em reunião da Corte Especial, entendi que a constituição de lista para o Superior Tribunal de Justiça deverá, sucessivamente, compreender o Ministério Público Federal e Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal, que, institucionalmente, são distintos.

No caso concreto, o pedido da ação deduzida é atacar a legalidade de ato da Secretaria de Segurança do Estado do Ceará. Conseqüentemente, relação jurídica que diz respeito ao Estado. Ora, em sendo assim, só o Ministério Público Estadual poderá, no caso concreto, atuar. Não iria ao rigor, ao extremo de dizer da impossibilidade de litisconsórcio entre Ministério Público Federal e Estadual, porque pode ocorrer que haja interesse comum, quando haverá necessidade de se definir, mas não é o caso presente.

Esta é a razão por que acompanho a conclusão do Eminentíssimo Ministro-Relator.

# NOTICIÁRIO



## *Eleição para escolha do Procurador-Geral de Justiça*

Realizou-se, no auditório da Procuradoria-Geral, aos 16 de dezembro do ano em curso, a eleição para a escolha do novo Procurador-Geral de Justiça, que irá reger os destinos da Instituição no biênio **1997/1998**. Candidato único, o atual Procurador-Geral, Dr. *Hamilton Carvalho*, viu-se reeleito por expressiva votação. A mesa receptora e apuradora dos votos estava assim constituída: **Presidente:** Procurador de Justiça, Dr. *Roberto Abranches*, Corregedor-Geral do Ministério Público. **Membros:** Procuradores de Justiça, Dr. *Júlio Cesar de Sousa Oliveira* e Dra. *Mary Virgínia Northrup*, Dra. *Maria Christina Pasquinelli Bacha de Almeida* (PJ1), Dra. *Fabiola Lovisi* (PJ2) e Dr. *Eduardo Slerca* (PJ3).

## *Renovado o Conselho Superior do Ministério Público*

Teve lugar no dia 06 de dezembro de 1996 a eleição para escolha dos membros do Ministério Público que, ao lado do Procurador-Geral de Justiça e do Corregedor-Geral do Ministério Público, irão compor o Conselho Superior da Instituição no próximo biênio.

Resultaram eleitos pelos Procuradores de Justiça:

Dr. *Antonio Carlos Silva Biscaia*

Dra. *Dalva Pieri Nunes*

Dra. *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea*

Pelo voto dos Promotores de Justiça, foram escolhidos:

Dra. *Nelma Glória Trindade de Lima*

Dra. *Paolina Leone Candia Hryniewicz*

Dr. *Pedro Moreira Alves de Brito*

## *Novos Procuradores de Justiça*

No presente semestre foram promovidos ao cargo de Procurador de Justiça os seguintes colegas: *Beatriz Marilda Alves, Cristiano Cullen de Sampaio Vianna, David Borensztajn, Fátima Maria Ferreira Melo, Fernando Fernandy Fernandes, Francisco Eduardo Marcondes Nabuco, Kleber Couto Pinto, Leonardo de Souza Chaves, Luiz Roberto Saraiva Salgado, Maria Cristina Menezes de Azevedo, Maria Elizabeth Riente Lima, Marilza Matos Mendes de Borges, Marlene Cardoso Gonzalez, Nelson José Martins e Rosane Orichio de Siqueira Mello.*

## *Homenagem aos novos Procuradores de Justiça*

No dia 30 de agosto, no salão nobre da Procuradoria-Geral de Justiça, realizou-se a sessão solene de homenagem aos 13 novos Procuradores de Justiça, promovidos até aquela data. A mesa dos trabalhos, presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Hamilton Carvalhido*, teve a compô-la o Desembargador *Antonio Carlos Amorim*, Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, o Secretário de Estado de Justiça, Dr. *Jorge Loretti*, o Secretário de Estado de Segurança Pública, General *Nilton Cerqueira*, o Desembargador *Paulo Roberto de Azevedo Freitas*, Corregedor-Geral da Justiça, e o Coronel PM *Dorasil Castilho Corval*, Comandante-Geral da Polícia Militar. Presentes, também, toda a administração superior do Ministério Público a saber: Dr. *Hugo Jerke*, 1º Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. *Luiz Carlos Humbert de Albuquerque Maranhão*, 2º Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. *Angelo Moreira Glioche*, 3º Subprocurador-Geral de Justiça, e o Dr. *Roberto Abranches*, Corregedor-Geral, além de outras autoridades e pessoas gradas.

Os colegas que atingiram o estágio final da carreira do Ministério Público foram saudados pela Procuradora de Justiça, Dra. *Vera de Souza Leite*. Transcrevemos, aqui, seu pronunciamento:

“Fui distinguida pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça, Doutor *Hamilton Carvalhido*, para saudar, nesta sessão solene, os novos Procuradores de Justiça.

A designação, que tanto me honra, confesso, preocupou-me, trazendo-me a consciência da responsabilidade de expressar, com justiça e fidelidade, a homenagem de que são merecedores.

Meus queridos colegas:

Mister se faz dizer-vos da relevância deste momento.

Acabastes de chegar ao ápice de uma bela carreira. Muitos sonhos sonhastes, sem dúvida. Mas, não só de sonho foi o caminho por vós percorrido.

Voltaí, num panorama rápido, aos primeiros anos, quando ingressastes no Ministério Público, após vencer concorrido e difícil concurso. Verdadeiros combatentes, enfrentastes com bravura muitas lutas. Grandes foram os desafios. Trabalho intenso e estudo constante. Noites mal dormidas. Horas de incertezas vivestes. Mistérios árduos desempenhastes.

Estamos certos, no entanto, de que nunca faltastes ao dever; passastes por momentos únicos, de crescimento contínuo, de afirmação de valores, de alegrias compensadoras, de amplas conquistas. Partilhastes conhecimentos com os colegas, engrandecestes e dignificastes a Instituição.

Trazeis toda uma bagagem de cultura, de correta formação, de rica experiência.

Pelos ideais, pela vocação, pelos bons exemplos, sem outros compromissos, a

não ser com a lei, com a sociedade e com a vossa consciência, cada um de vós vos tornastes parte de um universo esplendoroso: o do MINISTÉRIO PÚBLICO - Instituição permanente e necessária ao exercício da função jurisdicional do Estado, guardiã da ordem jurídica, defensora do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Instituição que se distingue pela nobreza e grandiosidade de sua missão.

Com os predicamentos que nos foram cometidos pela Constituição Federal e ante as perspectivas do milênio que se avizinha, o MINISTÉRIO PÚBLICO vive um novo tempo, de grandes dimensões e diferentes caminhos.

As novas exigências reclamam novas respostas, todas convergentes para o fortalecimento dos órgãos de execução, Promotorias e Procuradorias de Justiça, enriquecidas em suas atribuições, com funções que, consagradas na Carta de 1988, foram conquistadas por décadas de anos de dedicação a este Ministério Público que abraçamos.

Hoje, a descentralização, que se tornou realidade, é irreversível, assim como a plena informatização da Instituição e sua reestruturação administrativo-institucional, que conduzem, de um lado, à efetividade e mesmo esplendor dos órgãos de execução, e de outro, à sobriedade e ao silêncio dos que exercem a atividade-meio e que, assim, com grandeza cumprem o seu destino de servir, e servir à Instituição.

Numa visão moderna, responsável, com entusiasmo, maturidade, muita fé e incansável trabalho, o Procurador-Geral de Justiça, Doutor *Hamilton Carvalhido*, vem contribuindo para a construção deste novo MINISTÉRIO PÚBLICO e vós, na excelência de vosso trabalho, sois alicerces, desta sólida construção.

Por fim, a vós, Procuradores de Justiça hoje investidos no mais alto cargo do *Parquet* nossos votos de pleno êxito!

Continuai fortes!”

Falou, em nome dos novos Procuradores de Justiça, o Dr. *Leonardo de Souza Chaves*, dirigindo aos presentes as seguintes palavras:

“Permita-se-me realçar inicialmente a circunstância de que haveria, talvez, desacerto na indicação de meu nome inexpressivo para a difícil tarefa de falar como representante desta valorosa turma de novos Procuradores de Justiça.

Eis porque lhes peço humildemente que se contentem, meus doutíssimos Colegas, com as palavras simples de quem, assumindo conscientemente essa responsabilidade, procurará externar, com autenticidade, os verdadeiros sentimentos e anseios de cada um de nós.

Esta solenidade, tão elevada, tão encantadora, tão empolgante e que marca nossa promoção ao mais alto cargo da carreira não é somente nossa. Ela pertence também a todos aqueles que estiveram ao nosso lado, nos momentos de alegria e de tristeza vividos ao longo desses 13 anos e meio de Ministério Público.

Neste sentido, por gratidão (notem que gratidão é, a meu sentir, reconhecimento ao outro, é alegria e enlevo), temos que nos lembrar de nossos avós, pais, mães, cônjuges, namoradas, irmãos, filhos e filhas, inclusive aqueles que já se foram, e que lamentavelmente não podem participar da alegria dessa festa. Para o coração, no entanto, não há passado, nem futuro, muito menos ausência.

Nem mesmo a morte, considerada a maior distância que a imaginação concebe, pode apagar a experiência da vida e fazer esquecer o carinho e a gratidão que unem entre si os homens de bem.

Aliás, e a propósito me é honroso cumprimentar os nossos generosos padrinhos, Procuradores de Justiça que são, em verdade, modelos de homens públicos, de dignidade e de retidão de caráter. Daí havermo-los escolhido, o que fizemos, embora movidos pelo sentimento, guiados sobretudo por comovida e sincera admiração. Somos-lhes, em realidade, devotadamente gratos.

De outra parte não se poderia esquecer os nossos amigos de dentro do Ministério Público e fora dele. A amizade une, em vez de separar e é sentimento natural de afeição, que se deve cultivar a cada hora, a cada dia.

E a ela se associa, entre os membros do Ministério Público, outra virtude, a fidelidade.

Em primeiro lugar, fidelidade ao passado.

O próprio **Nietzsche**, sem embargo de sua filosofia niilista, reconhecia:

“É possível viver quase sem lembrança, e viver feliz, como demonstra o animal, mas é impossível viver sem esquecer.”

E é justamente a lembrança do passado, a nossa memória que nos torna humanos.

Diga-o *Santo Agostinho* (em suas *Confissões*) “a memória é um presente do passado.”

Daí a importância de recordarmos o nosso ingresso no Ministério Público, porque todos nós, treze novos Procuradores de Justiça, somos do mesmo concurso e chegamos aqui contemporaneamente.

E força é reconhecer (e aqui cabe um parêntese para aplaudir a administração profícua de nosso estimado Procurador-Geral), que hoje o nosso Ministério Público está muito melhor do que há 13 anos atrás; o *Parquet* está inegavelmente mais bem aparelhado, e isso também devido ao esforço e à luta de nossos ex-Procuradores-Gerais aos quais se associaram colegas mais antigos, alguns dos quais já aposentados e outros falecidos. Renda-se, a propósito, sentida homenagem à memória de Valneide Serrão Vieira.

Em segundo lugar, fidelidade ao futuro.

A preocupação com o destino e eficiência do nosso Ministério Público deve ser

entre nós permanente. E cumpre dizer que as conquistas do passado se deram em razão de nossa unidade, que importa seja preservada a fim de que possamos avançar com segurança e êxito.

Fidelidade, enfim, ao próprio Ministério Público, ao que foi, ao que é e ao que será no futuro. Consiste a fidelidade em jamais sobrepormos os interesses pessoais aos interesses da Instituição.

Fidelidade devemos-la também ao texto da lei.

O membro do Ministério Público deve estar, por um lado, preparado a exercer a perseguição criminal com eficiência, contra o banditismo que sobressalta a sociedade a cada dia, levando à morte inocentes; contra os violadores da lei e contra os perturbadores da ordem social. Por outro lado, deve incumbir-nos socorrer os fracos e as vítimas de crime, qualquer que seja este, e da prepotência, venha ela de onde vier: é missão, como se vê, de energia e de bondade, de sabedoria e de sentimento, inspirada sempre na lei, é certo, mas mais ainda na razão e nos fins que a determinaram.

Sem cultivar tais sentimentos não merecerá crença o membro do *Parquet*, não inspirará respeito e não terá sucesso senão ocasional e momentaneamente.

Tudo isso, em vez de nos induzir ao desfibramento, obriga-nos, pelo contrário, a ser altaneiros e corajosos, sem embargo de nos constranger à moderação e sisudez.

Talvez o melhor perfil do membro do Ministério Público se encontre nas palavras atribuídas por *Franz Kafka* a homem do povo, por ele chamado de K., no clássico *O Processo*.

Vale a transcrição:

“— És muito amável comigo - observou K., enquanto andavam um junto ao outro por uma das naves laterais cheias de trevas. És uma exceção entre todos os membros da justiça. Tenho maior confiança em ti que em nenhum outro deles e te afirmo que conheço já há muitos. Contigo posso falar abertamente.”

Agora, só resta invocar a divindade para que com sua imensa misericórdia derrame sobre cada membro do Ministério Público bênçãos protetoras e em particular sobre cada um de nós novos Procuradores de Justiça.

Recorro, para encerrar, ao Pe. Antonio Vieira:

“Desculpai-me o ter sido longo por não ter tido tempo de ser breve.”

Muito obrigado.”

A relação completa dos Procuradores de Justiça homenageados é a seguinte:

*Beatriz Marilda Alves, Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves, Fátima Maria Ferreira Melo, Fernando Fernandy Fernandes, Francisco Eduardo Marcondes Nabuco, Kleber Couto Pinto, Leonardo de Souza Chaves, Maria do Carmo dos Santos Casanova, Maria Elizabeth Riente Lima, Marilza Matos Mendes de Borges,*

*Nelma Glória Trindade de Lima, Rosane Orichio de Siqueira Mello e Sandra Muniz Melo Ramos Castro.*

A cerimônia, que teve início com a execução do Hino Nacional Brasileiro, encerrou-se com a audiência do Hino do Estado do Rio de Janeiro.

### ***Solenidade de Vitaliciamento de Promotores de Justiça***

Teve lugar no dia 19 de julho do corrente ano, no auditório da Procuradoria-Geral de Justiça, a cerimônia de vitaliciamento dos Promotores de Justiça, empossados em 23 de setembro de 1993 e aos 09 de maio de 1994. Compunham a Mesa que presidiu os trabalhos o Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Hamilton Carvalhido*, o 3º Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. *Angelo Moreira Glioche*, o Corregedor-Geral do Ministério Público, Dr. *Roberto Abranches*, e os Procuradores de Justiça Dra. *Assy Mirza Abranches* e Dr. *Sergio Demoro Hamilton*.

Dirigiu a saudação aos Promotores de Justiça vitaliciados o Dr. *Roberto Abranches*, Corregedor-Geral do Ministério Público, falando de improviso.

A relação completa dos Promotores de Justiça vitaliciados é a seguinte:

a) - Turma empossada aos 23.09.93:

***(Cecon XIV)***

*Ana Cíntia Lazary Serour, Ana Lúcia da Silva Melo, Ana Maria Gomes de Castro, Anco Márcio Valle, Angelo Joaquim Gouvea Neto, Carla da Silva Carvalho, Carlos Augusto Borges, Christiane Barbosa Monnerat, Ediléa Gonçalves dos Santos, Elisabete Figueiredo Felisbino Barbosa, Inês da Matta Andreiuolo, Janaína Marques Corrêa, José Antônio Fernandez Souto, Lúcia Mothé Glioche, Marcelo Pereira Marques, Márcia Maria Tamburini Porto Saraiva, Maria Beatriz Peres Fernandes Câmara, Maria Elisabete Cardoso Antunes da Costa, Mária Luiza Bezerra Cortes Barroso, Marilza de Souza Gonçalves Augusto, Patrícia Leite Carvão, Regina Ghiaroni, Renato Lisbôa Teixeira Pinto e Rogério Lima Sá Ferreira.*

b) - Turma empossada em 09.05.94:

***(Cecon XV)***

*Adriana Bastos Poubel, Adriana Miranda Palma, Ana Cristina Huth Macedo, Ana Paula Vieira de Carvalho, Cíntia Souto Machado de Andrade, Cláudia Martins Quaresma, Daniel Faria Braz, Galdino Augusto Coelho Bordallo, Ivany Bastos França David, Marcelo Lessa Bastos, Rochester Machado Piredda, Vera Regina de Almeida e Waldemiro José Tróculo Júnior.*

### ***Nova Diretoria da FEMPERJ***

A Fundação Escola do Ministério Público (FEMPERJ) tem nova diretoria. Os Procuradores de Justiça *Adolfo Borges Filho* e *Aldney Zacharias Peixoto* respon-

dem, desde o dia 17 de junho, pela Diretoria Executiva e pela Diretoria Acadêmica da entidade, respectivamente.

### ***Colar do Mérito do Ministério Público***

Através da Resolução GPGJ nº 738, de 07.XI.96, o Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Hamilton Carvalho*, conferiu o “Colar do Mérito do Ministério Público” - RJ, à Procuradora de Justiça, Dra. *Maria de Lourdes de Oliveira Ribeiro*.

### ***Ampliadas e reformadas as instalações da FEMPERJ***

O prédio da Travessa do Ouvidor 38, que, em breve, será destinado, exclusivamente, para sediar a Fundação Escola do Ministério Público - RJ, teve suas novas instalações inauguradas em solenidade ocorrida no dia 13 de dezembro do corrente ano. A cerimônia contou com a presença do Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Hamilton Carvalho*, dos Subprocuradores-Gerais, Dr. *Hugo Jerke* (1º), Dr. *Luiz Carlos Humbert de Albuquerque Maranhão* (2º) e Dr. *Angelo Moreira Glioche* (3º), além de expressivo número de colegas. Usaram da palavra, na ocasião, o Dr. *Adolfo Borges Filho*, Diretor Executivo da FEMPERJ, e o Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Hamilton Carvalho*, destacando, ambos, o significado do evento que se realizava.

Na oportunidade foi assinado o termo de cessão do uso do prédio feito pela Procuradoria-Geral de Justiça à Fundação Escola do Ministério Público.

Após a cerimônia, foi servido um coquetel aos presentes.

### ***Posse da Diretoria e do Conselho Deliberativo da AMPERJ***

Realizou-se, no dia 09 de setembro, às 19 horas, no Clube Ginástico Português, na Av. Graça Aranha, 187, no Centro, a posse solene da nova Diretoria e do Conselho Deliberativo da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, eleitos para o biênio 1996/1998.

A relação completa dos colegas que irão reger os destinos da AMPERJ no próximo biênio é a seguinte:

#### **Diretoria**

Presidente: *José Carlos Paes* - 356 votos

Vice-Presidente: *Vera de Souza Leite* - 362 votos

Secretário-Geral: *José Muiños Piñeiro Filho* - 371 votos

Diretor Tesoureiro: *Guilherme Novis Dias* - 363 votos

Diretor Cultural: *Elso Vaz* - 366 votos

Diretora Social: *Fátima Maria Ferreira Melo* - 361 votos

Diretor Assistencial: *Ertulei Laureano Matos* - 354 votos

Diretor de Relações Externas: *Paulo Cezar Pinheiro Carneiro* - 367 votos

### **Conselho Deliberativo**

- Adelângela Saggioro Garcia* - 359 votos  
*Assy Mirza Abranches* - 366 votos  
*Carlos Roberto de Castro Jatahy* - 350 votos  
*David Milech* - 370 votos  
*Eduardo Slerca* - 349 votos  
*Elizabeth José Barreto* - 354 votos  
*Flávia de Araújo Ferrer de Andrade* - 360 votos  
*Glória Márcia Percinoto* - 356 votos  
*Luiz Fabião Guasque* - 363 votos  
*Márcio Mothé Fernandes* - 356 votos  
*Maria do Carmo dos Santos Casanova* - 354 votos  
*Mauro Campello* - 362 votos  
*Orlando Carlos Neves Belém* - 356 votos  
*Pedro Moreira Alves de Brito* - 368 votos  
*Ricardo Zouein* - 367 votos

### ***Missa em memória dos colegas falecidos***

Em feliz iniciativa do Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Hamilton Carvalho*, no dia 04 de novembro, foi celebrada Missa pela alma dos colegas falecidos no corrente ano, até aquela data. O ato religioso teve lugar na Igreja de São José, na Av. Presidente Antônio Carlos, no Centro, em memória dos seguintes colegas: *Carlos Octávio da Veiga Lima*, *Jerônimo Macário Figueira de Mello*, *José Augusto Pereira dos Santos*, *Marli Ribeiro* e *Wilson de Andrade Campello*.

Na ocasião, foi lembrado, também, o Juiz do Tribunal de Alçada Cível - RJ, *Valneide Serrão Vieira*, que, por tantos anos, integrou o nosso *Parquet*. No recolhimento da oração, prestou-se, assim, saudosa homenagem aos colegas falecidos, manifestando-se, dessa forma, o sentimento de saudade da Instituição pelos companheiros de jornada que nos deixaram para sempre.

## ***Aposentadorias***

No período compreendido entre 01.07.96 a 31.12.96, registramos a aposentadoria dos seguintes membros do Ministério Público:

*Celia de Araújo Costa*  
*Danilo Domingues de Carvalho*  
*Dráusio Rodrigues Lourenço*  
*João Carlos de Miranda Freire*  
*Jorge Alonso Ferrazo*  
*Marlene Cardoso Gonzalez*  
*Nelson José Martins*  
*Télius Alonso Avelino Memória*  
*Ugo Soares Pinheiro Chagas*

## ***Exonerações***

No período compreendido entre 01.07.96 a 31.12.96, pediram exoneração:

*Claudia Marcia Gonçalves Vidal*  
*Erica de Paula Rodrigues da Cunha*  
*Eugênio Rosa de Araújo*  
*Giuseppe Italo Brasilino Vitagliano*  
*Mauro Luis Rocha Lopes*  
*Paulo Conforto*  
*Roseli Nalin*  
*Walber Alexandre de Souza*

## ***Falecimentos***

(Período de 01.07.96 a 31.12.96)

Registramos, com imenso pesar, o falecimento dos seguintes colegas:

*Carlos Alberto Perlingeiro dos Santos*  
*Carlos Octávio da Veiga Lima*  
*Jerônimo Macário Figueira de Mello*  
*José Augusto Pereira dos Santos*  
*Marli Ribeiro*  
*Walter de Souza Homena*  
*Wilson de Andrade Campello*



*Lista de Antigüidade dos Membros  
do Ministério Público  
(Em 31.12.1996)*

*Procuradores de Justiça  
Quadro Especial*

- 1º Júlio Lambertson Rabello
- 2º Paulo Roberto Canettieri
- 3º Horácio Machado Medeiros
- 4º Delja Marúcia P. Ruthenio de Paiva

*Procuradores de Justiça*

- |  |   |
|--|---|
| 1º Mauro Campello                            | 34º Roberto Pontes Dias                       |
| 2º Sergio Demóro Hamilton                    | 35º José Augusto de Araujo Neto               |
| 3º Antonio Vicente da Costa Junior           | 36º Luiz Carlos Humbert de A. Maranhão        |
| 4º Luiz Sérgio Wigderowitz                   | 37º Elio Gitelman Fischberg                   |
| 5º Luiz Brandão Gatti                        | 38º Angelo Moreira Glioche                    |
| 6º Adolpho Lerner                            | 39º José dos Santos Carvalho Filho            |
| 7º Hamilton Carvalhido                       | 40º Ronaldo de Medeiros e Albuquerque         |
| 8º Antonio Francisco Feteira Gonçalves       | 41º Mary Virgínia Northrup                    |
| 9º David Milech                              | 42º Maria Cristina P. dos Anjos Tellechea     |
| 10º Virgílio Augusto da Costa Val            | 43º Leny Costa de Assis                       |
| 11º Omar Gama Ben Kauss                      | 44º Levy de Azevedo Quaresma                  |
| 12º Cezar Romero de Oliveira Soares          | 45º Marly de A. Leite Perorazio Tavares       |
| 13º Antonio Carlos Silva Biscaia             | 46º Luiz Carlos Silva                         |
| 14º Pedro Nogueira Fontoura                  | 47º José Bianchini                            |
| 15º Jacyr Villar de Oliveira                 | 48º Dalva Pieri Nunes                         |
| 16º Celso Fernando de Barros                 | 49º Ronaldo Simão                             |
| 17º João Marcello de Araujo Junior           | 50º Maria Amélia Couto Carvalho               |
| 18º Denise Souza Soares                      | 51º Neje Hamaty                               |
| 19º Roberto Abranches                        | 52º Thereza de Paula Tavares Henriques        |
| 20º Maurício Helayel                         | 53º Hugo Jerke                                |
| 21º Carlos Antonio da Silva Navega           | 54º Maurício Caldas Lopes                     |
| 22º Marija Yrneh Rodrigues de Moura          | 55º Adolfo Borges Filho                       |
| 23º Paulo Ferreira Rodrigues                 | 56º Bernardo Buarque Schiller                 |
| 24º Assy Mirza Abranches                     | 57º Décio Luiz Gomes                          |
| 25º João Baptista Lopes de Assis Filho       | 58º Alma Rubens Alvim de Carvalho             |
| 26º Márcia Paiva Arellano                    | 59º Júlio Cesar de Sousa Oliveira             |
| 27º Adir Maria de Andrade                    | 60º Maria Cristina Pacini de M. e Albuquerque |
| 28º Evangelina Fontelas Rosado Spinelli      | 61º Elisabeth de Moraes Cassar F. Alves       |
| 29º Victória Siqueiros S. Le Cocq D'Oliveira | 62º Fernando Chaves da Costa                  |
| 30º Renato Pereira França                    | 63º Carlos Machado Vianna                     |
| 31º Vera de Souza Leite                      | 64º Luiz Antonio Ferreira de Araújo           |
| 32º Edmundo José Anjo Coutinho               | 65º Ertulei Laureano Matos                    |
| 33º Mário Robert Mannheimer                  | 66º Antonio Ricardo Binato de Castro          |

- |  |   |
|--|---|
| 67° Luiza Thereza Baptista de Mattos   | 97° Luís Carlos de Araújo                 |
| 68° Márcio Klang                       | 98° Regina Celia de Oliveira Calmon       |
| 69° Heloísa Helena Pires dos Santos    | 99° Celso Benjó                           |
| 70° Marfan Martins Vieira              | 100° Suely da Silva Jardim Pylro          |
| 71° Pedro Moreira Alves de Brito       | 101° Vitoria Abi Rihan                    |
| 72° Edson Pereira da Silva             | 102° Augusto Dourado                      |
| 73° Helcio Alves de Assumpção          | 103° Israel Stoliar                       |
| 74° Sergio Bastos Viana de Souza       | 104° Heloisa Maria Alcofra Miguel         |
| 75° José Maria Leoni Lopes de Oliveira | 105° Elizabeth Regina G. de Oliveira Melo |
| 76° João Batista Petersen Mendes       | 106° Paulo Ivan de Oliveira Teixeira      |
| 77° Kátia Costa Marques de Faria       | 107° Anderson Albuquerque de Souza Lima   |
| 78° Edilma Raposo dos Santos Engels    | 108° José Roberto Paredes                 |
| 79° Regina Celi Silva Machado          | 109° Nelma Glória Trindade de Lima        |
| 80° Maria Teresa Moreira Lima          | 110° Sandra Muniz Melo Ramos Castro       |
| 81° Francisco Antonio Souto e Faria    | 111° Maria do Carmo dos Santos Casa Nova  |
| 82° Raphael Cesário                    | 112° Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves |
| 83° Mário Antonio de Carvalho          | 113° Fernando Fernandy Fernandes          |
| 84° Nildson Araújo da Cruz             | 114° Fátima Maria Ferreira Melo           |
| 85° Laiza de Paula Rossi               | 115° Maria Elizabeth Riente Lima          |
| 86° Luiz Otávio de Freitas             | 116° Rosane Orichio de Siqueira Mello     |
| 87° Álvaro Hungria Ferreira Pinto      | 117° Francisco Eduardo Marcondes Nabuco   |
| 88° Antonio Carlos C. dos Santos       | 118° Kleber Couto Pinto                   |
| 89° Elaine Costa da Silva              | 119° Marilza Matos Mendes de Borges       |
| 90° Vanda Menezes Rocha                | 120° Leonardo de Souza Chaves             |
| 91° Luiz Carlos de Oliveira Lopes      | 121° Beatriz Marilda Alves                |
| 92° Maria Lucia das Chagas Gomes de Sá | 122° Luiz Roberto Saraiva Salgado         |
| 93° Silvio Ambrosi de Miranda Valverde | 123° Cristiano Cullen de Sampaio Vianna   |
| 94° José Antonio Leal Pereira          | 124° Vera Maria José Rollas               |
| 95° Paolina Leone Candia Hryniewicz    | 125° Maria Cristina Menezes de Azevedo    |
| 96° Alexandre Araripe Marinho          | 126° David Borensztajn                    |

**Promotores de Justiça**  
**1ª Categoria**

- |   |  |
|---|--|
| 1° Francisco Chagas Bruno               | 15° Lúcia Glória Bastos Alves de Araújo  |
| 2° Roberto Mendonça de Andrade          | 16° Ferdinaldo do Nascimento             |
| 3° Maria de Lourdes de Oliveira Ribeiro | 17° Adelângela Saggiaro Garcia           |
| 4° Ana Maria de Andrade Pinheiro        | 18° Maria Helena Pereira da Cunha        |
| 5° Maria Christina P. Bacha de Almeida  | 19° Vera Lúcia de Sant' Anna Gomes       |
| 6° Ruy Soares Barbosa Junior            | 20° Maria Teresa de Andrade Ramos Ferraz |
| 7° Margarida Mª Nogueira La Croix       | 21° Lúcia Neves de Oliveira              |
| 8° Dirce Ribeiro de Abreu               | 22° Roberto Moura Costa Soares           |
| 9° Sônia Simões Correa Fortes           | 23° Maria Eugênia Andrade de Macedo      |
| 10° Afranio Silva Jardim                | 24° Maria Eugênia Monteiro Cavalcanti    |
| 11° Hélio José Ferreira Rocha           | 25° Wilséa Gaspar Fernandes              |
| 12° Adélia Barboza de Carvalho          | 26° Regina Buaiz                         |
| 13° Nelia Nahid de Carvalho de Paola    | 27° Arci Cavalcanti de A. Figueiredo     |
| 14° Daisy Palmieri da Costa             | 28° Regina Olívia da Rocha Werneck       |

- 29° Maria da Glória Franco  
30° Maria Thereza Kezen Vieira  
31° Rosa Maria dos Reis Parise  
32° Virgínia de Barros Moreira  
33° Eduardo da Silva Lima Neto  
34° Carlos Eduardo de Miranda Ferraz  
35° Gizelda Leitão Teixeira  
36° Ariadne Mitropoulos Esteves Dias  
37° Ângela Maria Parise Rafidi  
38° Maria Aparecida Moreira de Araújo  
39° Ana Alice de Belli Antony  
40° José Muiños Piñeiro Filho  
41° Verônica Elisa Rosa Aguiar  
42° Ecknéa Antonia de Andrade  
43° Charles Van Hombeeck Junior  
44° Leonardo Cavalcanti Cerqueira  
45° Fernanda Moreira Jorgensen  
46° Elso Vaz  
47° Wilson de Pontes Cardoso  
48° Fátima Pacca de Araújo Winkler  
49° Maria de Fátima da Rocha Novais  
50° Zélia Salles de Vasconcelos  
51° Silvia Liz Xavier Dell'Ome  
52° Ana Maria da Silva Gonçalves  
53° Helda Meirelles Penna Franca  
54° Gladys Mary Licinio Holanda Jerke  
55° Tania Maria Salles Moreira  
56° Maria Helena Rodrigues Silva Biscaia  
57° Mônica da Silveira Fernandes  
58° Geraldo A. Rangel de A. Coutinho  
59° Angela Maria Castro L. de A. C. de Matos  
60° Nilo Cairo Lamarão Branta  
61° Arilda Sandra Nunes Rotband  
62° Carlos Domingues da Venda  
63° Sérgio Antonio de Carvalho  
64° Cláudia Maria Oliveira dos Santos  
65° João Martins Freitas  
66° Flávia Pereira Nóvoa  
67° Adilse de Oliveira Ramos  
68° Nádia de Araújo  
69° Antonio Carlos da Graça Mesquita  
70° José Antonio Costa Gonçalves  
71° Maria da Conceição P. Cardoso dos Reis  
72° Flávio Cunha Monteiro de Carvalho  
73° Maria Dionísia F. Gonçalves de Almeida  
74° Maria Luiza Ribeiro Cabral  
73° Vania Maria Carrano  
75° Elizabeth Carneiro de Lima  
76° José Carlos Paes  
77° Maria Cristina da Silva Gaertner  
78° Marília de Castro Neves Vieira  
79° Ida Maria Moulin Alledi  
80° Ana Lúcia Abeid Nassar  
81° Maria da Conceição Lopes de S. Santos  
82° Annabella Vera Grazia Herczog  
83° Patrícia Silveira da Rosa  
84° Alberto Henrique de Pinho Canellas  
85° Márcia Álvares Pires Rodrigues  
86° Regina Lúcia Natal de Carvalho  
87° Maurício Assayag  
88° Sonia Maria Rocha e Silva  
89° Dóris de Sá Manzini  
90° Márcia Rodrigues de Oliveira  
91° Leila Maria R. Pinto de C. e Albuquerque  
92° Frederico Alberto Ribeiro Canellas  
93° Lígia Portes Santos  
94° João Batista Filgueiras  
95° Alda Santarosa F. Oliveira e Silva  
96° Lúcia Maria Lacerda Atalla  
97° Rosângela Carrozzino Canellas  
98° Marcelo de Lyra Filho  
99° Angela da Rocha Pombo  
100° José Avelino Atalla  
101° Anamaria de Luna Borges Saraiva  
102° Maria de Nazaré P. de Souza Martins  
103° Ana Cristina A. Gentil da S. Filgueiras  
104° Heloísa Maria Daltro Leite  
105° Denise Freitas Fabião Guasque  
106° Pedro Elias Erthal Sanglard  
107° Paula Mello Chagas  
108° Karla Maria da Cruz Carvalho  
109° Laucy Esteves  
110° Sueli Carreira da Silva  
111° Ricardo Ribeiro Martins  
112° Guilherme Novis Dias  
113° Gisele Lobão Salgado  
114° Manoel Ciridião Buarque  
115° Carlos Alberto Firmo Oliveira  
116° Maria Celeste Cardoso de B. Pereira  
117° Martha Pires da Rocha Hisse  
118° Julieta Raila Bernstein Seixas  
119° Miriam Cristina M. Real de Almeida  
120° Luiz Carlos Cáffaro  
121° Léa Barboza Vianna Freire  
122° Heloísa Carpena Vieira de Mello  
123° Antonio José Martins Gabriel  
124° Lincoln Antônio de Castro  
125° Simone Benício Ferolla Guida

- 126° Cláudio Soares Lopes  
127° Rita de Cássia Araújo de Faria  
128° Marcellus Polastri Lima  
129° Denise Soares Lopes  
130° Vera Lúcia Fernandez Delgado  
131° Antônio José Campos Moreira  
132° Joel Tovil  
133° Carlos Roberto de Castro Jatahy  
134° Marlene Maria Espíndola  
135° Sumaya Therezinha Helayel  
136° Nilo Augusto Francisco Suassuna  
137° Christiane Cláudia C. A. de Faria  
138° Kátia Aguiar Marques Selles  
139° Vânia Lucia Borsotto M. Monteiro  
140° Marcelo Rocha Monteiro  
141° Marcelo Daltro Leite  
142° Glória Márcia Percinoto  
143° Regina Lúcia Xavier  
144° Nedir Machado de Bragança Soares  
145° Maria Lúcia Lima e Silva Ceglia  
146° Antônio Munir Rafidi  
147° Maria Helena Cortes Pinheiro  
148° Thereza Christina B. de Menezes  
149° Rogério Carlos Scantamburlo  
150° Concelina Henrique de Souza  
151° Walberto Fernandes de Lima  
152° Iagmar Senna Chelles  
153° Ilma de Araújo Barros  
154° Eni Gonçalves Ferreira  
155° Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel  
156° Vicente F. de Arruda Coelho Filho  
157° Lúcia Ramos Serão  
158° Elizabeth José Barreto  
159° Antonio Borromeu Fernandes  
160° Luiz Fabião Guasque  
161° Simone de Lima e Silva Rossi  
162° Leila Machado Costa Polastri  
163° José Aluizio de Arruda  
164° Maria da Conceição Nogueira da Silva  
165° Norma Chrissantto Dias  
166° Ricardo Alcântara Augusto Pereira  
167° Maria Ignez Carvalho Pimentel  
168° Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro  
169° Dolores Maria Ferreira  
170° Guilherme Eugênio de Vasconcelos  
171° Nelcy Pereira Lessa  
172° Carlos Cícero Duarte Junior  
173° Jonas Mendes Rodrigues  
174° Silvia Maria Castelo Branco de Siqueira  
175° Ivonise da Costa Feres Caetano  
176° Cristina Maria Nogueira de V. Costa  
177° Laise Helena Silva Macedo  
178° Talma Prado Castello Branco Junior  
179° Maria Luiza de Lamare São Paulo  
180° Mendelssohn Erwin Kieling C. Pereira  
181° Paulo Roberto Valim Gomes  
182° Laise Ellen Macedo P. da Fonseca  
183° Izabella Figueira  
184° Elisabeth Gomes Sampaio  
185° Marcelo de Carvalho Mota  
186° Angela Maria Bittencourt B. de Araújo  
187° Soraya Taveira Gaya  
188° Cilas Alves Magalhães  
189° Cláudia Baldan C. dos S. Siqueira  
190° Silvana Gonzalez de Fabritiis  
191° Julio Cesar Lima dos Santos  
192° Maria da Glória Barboza da Silva  
193° Delma Moreira Acioly  
194° Leila Campos Nunes  
195° Marcos Ramayana Blum de Moraes  
196° Luiz Gonzaga de Lima Costa Junior  
197° Darlei Gonçalves Bala  
198° José Augusto Guimarães  
199° Marcos André Chut  
200° Mônica Maria Costa Di Piero  
201° Lilian Moreira Pinho  
202° Maria Célia da Igreja Tauil  
203° Ana Paula Cardoso Ferreira de Lima  
204° Maria Aparecida Lamoglia Dias  
205° Luciana Sapha Silveira  
206° Marlon Oberst Cordovil  
207° Wânia Helena Valle Ayres Fontes  
208° Fernando Luiz de Azevedo Costa  
209° Maria de Lourdes Féo Polônio  
210° Jorge Narciso da Silva Filho  
211° Gisele Aparecida G. Sirieiro Monteiro  
212° Elisa Maria Torelly Santos Rocha  
213° Marcelo Lima Buhatem  
214° Elisabeth Maria Leiras Álvarez  
215° Alice Anna Louise da Silva  
216° Denise Muniz de Tarin  
217° Orlando Carlos Neves Belém  
218° Margaret Motta Ramos  
219° Romero Lallemand Lyra  
220° Flávia de Araújo Ferrer de Andrade  
221° Fernando Galvão de Andréa Ferreira  
222° Helane Vieira Ramos  
223° Astério Pereira dos Santos

- 224° Márcio Mothé Fernandes  
 225° Marly Saramago Hermann  
 226° Renata Machado Cotta Buhatem  
 227° Anna Maria Di Masi  
 228° Lúcia Maria Teixeira Ferreira  
 229° Luiza Lane Ribeiro Godinho  
 230° Mônica de Faria Sardas  
 231° Rosani da Cunha Gomes  
 232° Sérgio Livio Pereira Pinto  
 233° Leila Bran Moreira de Azevedo  
 234° Cristina Medeiros da Fonseca  
 235° Julio Roberto Costa da Silva  
 236° Elizabeth Machado Carneiro  
 237° Dennis Aceti Brasil Ferreira  
 238° Mona Nassaro  
 239° Angela Maria Silveira dos Santos  
 240° Dora Beatriz Wilson da Costa  
 241° Kátia Regina F. Lobo Andrade Maciel  
 242° Maria Lúcia Farrulla  
 243° Simone Domingues Coachman  
 244° Ana Paula Petra Lopes Ibrahim  
 245° Cláudia Maria Macedo P. dos Santos  
 246° Cláudio Henrique da Cruz Viana  
 247° Ellis Hermydio Figueira Junior  
 248° Alexandre Viana Schott  
 249° Márcia Teixeira Velasco  
 250° Marta Folino Proença  
 251° Ana Lúcia Sauerbronn Gonçalves  
 252° Renata Maria Cabo de Miranda  
 253° Marisa Paiva Carvalho da Costa  
 254° Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho  
 255° Cristiane Bernstein Seixas  
 256° Mário Luiz Paes  
 257° Viviane Tavares Henriques Ladeira  
 258° José Luiz Martins Domingues  
 259° Tânia Castro Góes  
 260° Branca Maria Moreira Alves  
 261° Luciana Maria Vianna Direito  
 262° Marcio José Nobre de Almeida  
 263° Sandra Maria Torres de Mello Scassa  
 264° Maria Amélia Barretto Peixoto  
 265° Ana Paula Rodrigues da Rocha  
 266° José Eduardo Ciotola Gussem  
 267° Adriana Ninô Biscaia  
 268° Conceição Maria Tavares de Oliveira  
 269° Lúcia Mothé Glioche  
 270° Regina Ghiaroni  
 271° Marcelo Pereira Marques  
 272° Márcia Maria Tamburini Porto Saraiva  
 273° Sávio Renato Bittencourt Soares Silva  
 274° Inês da Matta Andreiuolo  
 275° Ana Lúcia da Silva Melo  
 276° Leonardo Freire de Oliveira  
 277° Bruno Ferolla  
 278° José Mário Porto Marandino  
 279° Fernanda Campos de Oliveira  
 280° Christiane Monnerat Zefiro  
 281° Ediléa Gonçalves dos Santos  
 282° Maria Beatriz Perez Fernandes Câmara  
 283° Ana Maria Gomes de Castro  
 284° Carla da Silva Carvalho  
 285° Marilza de Souza Gonçalves Augusto  
 286° Patricia Leite Carvão  
 287° Adriana Bastos Poubel  
 288° Vera Regina de Almeida  
 289° Cláudia Martins Quaresma P. Batista  
 290° Mário Moraes Marques Júnior  
 291° Homero das Neves Freitas Filho  
 292° Galdino Augusto Coelho Bordallo  
 293° Elizabeth Figueiredo Felisbino Barbosa  
 294° Cristiane Gonçalo Soares  
 295° Mária Luiza B. Cortes Barroso Miranda  
 296° Patricia Mothé Glioche Béze  
 297° Cintia Souto M. Ribeiro do Nascimento  
 298° Márcia Santos Capanema de Souza  
 299° Ana Cintia Lazary Serour  
 300° Maurício Cesar do Couto  
 301° Gianfilippo de Miranda Pianezzola  
 302° Ana Cristina Lesques Barra  
 303° Carmen Eliza Bastos de Carvalho  
 304° Carla Rodrigues de Araújo  
 305° Nizete de Azevedo Oliveira  
 306° Ana Paula Baptista Villa  
 307° Rhoemara dos Santos C. Arce dos Santos  
 308° Alexandre Murilo Graça  
 309° Cláudio Varela  
 310° Anco Márcio Valle  
 311° Tânia Faria Torres Lana  
 312° Silvio José Castellões Maisonnette  
 313° Janaína Marques Corrêa  
 314° Lisângeli Alcântara Erthal Rocha  
 315° Maria Elisabete Cardoso Antunes da Costa  
 316° Joel Cesar Dantas de Sampaio  
 317° Débora Maria Barbosa Sarmento  
 318° Glória Rocha Kayat  
 319° Plínio de Sá Martins  
 320° Américo Lúzio de Oliveira Filho

*Promotores de Justiça*  
*2ª Categoria*

- |   |  |
|---|--|
| 1º Sebastião Fador Sampaio              | 18º Ana Paula Vieira de Carvalho       |
| 2º Theobaldo Lisbôa                     | 19º Marcelo Lessa Bastos               |
| 3º Ricardo Zouein                       | 20º Ivani Bastos França David          |
| 4º Maria do Carmo M. Ferreira Alexandre | 21º Rochester Machado Piredda          |
| 5º Luiz Fonseca Le Cocq D'Oliveira      | 22º Ana Cristina Huth Macedo           |
| 6º João Carlos Brasil de Barros         | 23º Waldemiro José Tróculo Junior      |
| 7º Rubem José Bastos Vianna             | 24º Adriana Miranda Palma              |
| 8º João Reginaldo Cardoso da Silva      | 25º Daniel Faria Braz                  |
| 9º Hédel Luís Nara Ramos Júnior         | 26º Fernando Carlassara de Oliveira    |
| 10º Paulo Sérgio Rangel do Nascimento   | 27º Márcia Colonese Lopes Guimarães    |
| 11º Virgílio Panagiotis Stavridis       | 28º Sheila Cristina Vargas Ferreira    |
| 12º Marcos Moraes Fagundes              | 29º Anaiza Helena Malhardes Miranda    |
| 13º Fábíola Lovisi                      | 30º Augusto Vianna Lopes               |
| 14º Renato Lisboa Teixeira Pinto        | 31º Ana Beatriz Villar da Cunha        |
| 15º José Antonio Fernandez Souto        | 32º Fátima Lúcia Alves Ferreira Nunes  |
| 16º Angelo Joaquim Gouvea Neto          | 33º Valéria Videira Costa              |
| 17º Rogério Lima Sá Ferreira            | 34º Ana Carolina Mendes Nogueira Gomes |

*Promotores de Justiça*  
*3ª Categoria*

- |  |   |
|--|---|
| 1º Maria da Glória Guarino de Oliveira | 24º Mônica Santos Cardoso Soares        |
| 2º Ana Paula Pontes Cardoso            | 25º Walter de Oliveira Santos           |
| 3º Flávio Oliveira Lucas               | 26º Mario Henrique Mazza                |
| 4º Paulo Cerqueira Chagas              | 27º Marcus Cavalcanti Pereira Leal      |
| 5º Eduardo Slerca                      | 28º Gustavo Adolfo V. Dutra de Almeida  |
| 6º Eliane de Lima Pereira              | 29º Marcos Antonio Maselli de P. Couvêa |
| 7º Celso de Andrade Loureiro           | 30º Barbara Salomão Spier               |
| 8º Christiane M. Braga I. Nicolau      | 31º Mônica Rodrigues Cuneo              |
| 9º Francisco Franklin P. Gouvêa        | 32º Gláucia Maria da Costa Santana      |
| 10º Edward Carlyle Silva               | 33º Guilherme Magalhães Martins         |
| 11º Albino José da Silva Filho         | 34º Guilherme Soares Barbosa            |
| 12º Jacqueline Esther Abecassis        | 35º Luciano de Oliveira Mattos de Souza |
| 13º Taciana Dantas Carpilovsky         | 36º Valério Teixeira Nascimento         |
| 14º Luciano Lessa Gonçalves dos Santos | 37º Sergio Nogueira de Azeredo          |
| 15º Humberto Dalla Bernardina de Pinho | 38º Georgea Marcovecchio Guerra         |
| 16º Eduardo Santos de Carvalho         | 39º Flavia Beiriz Brandão de Azevedo    |
| 17º Cláudio Calo Souza                 | 40º Pedro de Oliveira Coutinho          |
| 18º Lúcio Romulo Soares                | 41º Riscalla João Abdenur *             |
| 19º Victor Rogério M. de Sá e Melo     | 42º Rogério Pacheco Alves               |
| 20º Liana Barros Cardozo               | 43º Marcelo da Costa Bretas             |
| 21º Márcia Vieira Piatigorsky          | 44º Paulo Yutaka Matsutani              |
| 22º Anabelle Macedo Silva              | 45º Tereza Cristina Branco Alves        |
| 23º Luiz Antônio Corrêa Ayres          | 46º Elisa Fraga de Rego Monteiro        |

- |  |   |
|--|---|
| 47° Somaine Patrícia Cerruti Lisboa        | 62° Gustavo Adolfo Machado Cunha Lunz     |
| 48° Luciana Caiado Ferreira                | 63° Larissa Ellwanger Fleury              |
| 49° Fábio Marques Brandão                  | 64° Maria da Glória Gama Pereira          |
| 50° Karina Valesca Fleury                  | 65° Rodrigo Terra                         |
| 51° Laura Cristina Maia Costa Ferreira     | 66° Angélica Mothé Glioche Gasparri       |
| 52° André Felipe Alves da Costa Tredinnick | 67° Maria Cristina Faria Magalhães        |
| 53° Andréa Rodrigues Amin                  | 68° Luiz Alberto da Cunha Braga           |
| 54° Luiz Cláudio Carvalho de Almeida       | 69° Marcos Kac                            |
| 55° Marcos da Motta                        | 70° Carla Tereza de Freitas Baptista Cruz |
| 56° Alexandra Carvalho Feres               | 71° Emerson Garcia                        |
| 57° Cláudia Canto Condack                  | 72° Adriana Alemany de Araújo             |
| 58° Victor Santos Queiroz                  | 73° Alexandre Oliveira Tavares            |
| 59° Leônidas Filippone Farrulla Júnior     | 74° Nestor Goulart Rocha e Silva Júnior   |
| 60° Anik Rebello Assed Machado             | 75° Felipe Rafael Ibeas                   |
| 61° Renata Silveiras França                |   |

\* Contagem de Tempo de Serviço apurada de acordo com o art. 60 da Lei nº 8625/93.



## Índice de Autores

<b>Adolfo Borges Filho</b>	
– Furto tentado. Redução da pena tomando por base o <i>iter criminis</i> percorrido pelo agente e não os antecedentes do acusado ( <b>Pareceres e Razões</b> ) .....	209
<b>Adolpho Lerner</b>	
– Recurso em sentido estrito. Provimento. Denúncia rejeitada com base em convencimento pessoal do magistrado de que na diligência policial se teriam violado as exigências do art. 5º, incisos XI e LXVI da Constituição Federal. Presunção <i>iuris tantum</i> de idoneidade dos atos emanados dos agentes da autoridade ( <b>Pareceres e Razões</b> ) .....	212
<b>Afranio Silva Jardim</b>	
– Os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública nos Juizados Especiais Criminais ( <b>Doutrina</b> ) .....	33
<b>Alcides Martins</b>	
– Aplicação da regra do art. 600 § 4º, CPP, em matéria eleitoral. Possibilidade ( <b>Pareceres e Razões</b> ) .....	218
<b>Angela Centurion Abranches</b>	
– Dois pesos e duas medidas ( <b>Doutrina</b> ) .....	36
<b>Arnoldo Wald</b>	
– A definição do controlador na liquidação extrajudicial e em processos análogos ( <b>Doutrina</b> ) .....	38
<b>Damásio E. de Jesus</b>	
– Revelia e prescrição penal ( <b>Doutrina</b> ) .....	53
<b>Edmundo José Anjo Coutinho</b>	
– Recurso Especial. Direito de visitação. Interesse dos menores justaposto ao dos pais. Ausência de prequestionamento ( <b>Pareceres e Razões</b> ) .....	220
<b>Elio Gitelman Fischberg</b>	
– Mandado de segurança impetrado por usuário e por associação civil integrada por usuários de transporte coletivo intermunicipal. Interesse difuso dos usuários presente. Legitimação para mandado de segurança coletivo e individual ( <b>Pareceres e Razões</b> ) .....	222
<b>Ellen Gracie Northfleet</b>	
– Ainda sobre o efeito vinculante ( <b>Doutrina</b> ) .....	59
<b>Helcio Alves de Assumpção</b>	
– Recurso Extraordinário. Ministério Público. Legitimidade concorrente para a prática de atos na persecução penal. Inexistência de monopólio da Polícia Judiciária para a investigação penal ( <b>Pareceres e Razões</b> ) .....	227

<b>Hugo Nigro Mazzilli</b>	
– Questões controvertidas do inquérito civil ( <b>Doutrina</b> ) .....	61
<b>João Marcello de Araujo Junior</b>	
– Crime de Cartola (corrupção e abuso do poder de legislar) ( <b>Doutrina</b> ) .....	87
<b>Jorge Lobo</b>	
– Observações sobre a teoria da responsabilidade objetiva ( <b>Doutrina</b> ) .	94
<b>José Carlos Barbosa Moreira</b>	
– A Constituição e as provas ilicitamente obtidas ( <b>Doutrina</b> ) .....	101
<b>José dos Santos Carvalho Filho</b>	
– Recurso Administrativo. Desvio de finalidade da Administração. Inobservância do princípio da proporcionalidade punitiva ( <b>Pareceres e Razões</b> ) .....	232
– Regime jurídico dos atos administrativos de confirmação e de substituição ( <b>Doutrina</b> ) .....	115
<b>José Roberto Paredes</b>	
– Revisão Criminal. Homicídio culposo. Nova prova (parecer técnico) produzida 10 anos após o evento, sem ser contraditada pelo Ministério Público, não pode prevalecer sobre exame de local realizado poucas horas após o evento. A prescrição da condenação em sede de revisão só pode ser declarada após a recusa da pretensão pelo Juízo <i>a quo</i> ( <b>Pareceres e Razões</b> ) .....	235
<b>Juarez Tavares</b>	
– Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos ( <b>Doutrina</b> ) .....	123
<b>Luís Roberto Barroso</b>	
– Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional ( <b>Doutrina</b> ) .....	160
<b>Luiz Brandão Gatti</b>	
– Apelo contra a vontade do réu. Conhecimento. Prevalência da manifestação recursal levada a efeito pela defesa técnica ( <b>Pareceres e Razões</b> ) .....	240
<b>Marcos Maselli Gouvêa</b>	
– Responsabilidade civil das estradas de ferro por danos causados a seus usuários. Dano moral. Indenização ( <b>Pareceres e Razões</b> ) .....	245
<b>Mario Henrique Mazza</b>	
– Estelionato na modalidade de alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria (art. 171 § 2º, II, CP). Inocorrência ( <b>Pareceres e Razões</b> ) .....	249
<b>Nildson Araújo da Cruz</b>	
– Acidente do trabalho. Recurso do Ministério Público. Legitimidade. Conhecimento e provimento. Prestações atrasadas. Pagamento de créditos em fila de precatório. Inobservância ( <b>Pareceres e Razões</b> ) .....	252

<b>Paulo Cezar Pinheiro Carneiro</b>	
– Ação Civil Pública: instrumento para o controle das cláusulas contratuais abusivas ( <b>Doutrina</b> ) .....	176
– Dano material e moral resultante de morte. Indenização. Inteligência do art. 5º, inciso V, da Constituição Federal ( <b>Pareceres e Razões</b> ) ...	262
<b>Paulo Rangel</b>	
– Interesse e legitimidade para recorrer no processo penal ( <b>Doutrina</b> )	182
<b>Paulo Roberto de Azevedo Freitas</b>	
– O novo regime jurídico da união estável. A ab-rogação da Lei nº 8971/96 pela Lei nº 9.278/96 ( <b>Doutrina</b> ) .....	191
<b>Pedro Moreira Alves de Brito</b>	
– Regime prisional. Regressão cautelar em caso de fuga de preso. Possibilidade ( <b>Pareceres e Razões</b> ) .....	266
<b>Ronaldo de Medeiros e Albuquerque</b>	
– Nulidade por vício da citação ou, se superada, da sentença por violação dos cânones formais do <i>decisum</i> . Redução da sanção penal com a conseqüente declaração de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva ( <b>Pareceres e Razões</b> ) .....	273
<b>Sergio Demoro Hamilton</b>	
– Exame de corpo de delito - Realidade e Mito ( <b>Doutrina</b> ) .....	196
– Recurso Especial. Ministério Público. Legitimidade concorrente para a prática de atos na persecução penal. Inexistência de monopólio da Polícia Judiciária para a investigação penal ( <b>Pareceres e Razões</b> ) ...	278
<b>Simão Isaac Benjó</b>	
– Argüição de Inconstitucionalidade. Violação ao art. 145 da Constituição Federal ( <b>Pareceres e Razões</b> ) .....	286



## Índice de Assuntos

### Ação Civil Pública

- Ação Civil Pública: instrumento para o controle das cláusulas contratuais abusivas (*Paulo Cezar Pinheiro Carneiro - Doutrina*) ..... 176

### Acidente de Trabalho

- *Recurso instrumental interposto pelo Ministério Público de decisão que, em execução acidentária, determinou ao INSS depositasse, independentemente de precatório, o valor correspondente a prestações atrasadas.* O ato judicial malfez preceitos constitucionais e infraconstitucionais, bem como, inclusive, a Súmula nº 19 desse Egrégio Tribunal: “*A execução do crédito acidentário deve ser realizada na forma do art. 730 e seguintes do C.P.C., independentemente de seu valor*”. Recurso a ser conhecido e provido e, em consequência, autorizado o INSS a levantar a importância depositada, recolhendo-a a seus cofres (*Nildson Araújo da Cruz - Pareceres e Razões*) ..... 252

### Apelação (contra a vontade do réu)

- **I - Recurso Criminal. Direito de recorrer. Pressuposto de admissibilidade de intervenção recursal.** Réu condenado no Art. 12, da Lei nº 6.368/76 que, intimado da sentença, manifestou desejo de não apelar da reprimenda. Apelação, não obstante, interposta pela Defensoria Pública do Juízo com devolução da causa ao Tribunal *ad quem*. Preliminar de não conhecimento do apelo defensivo suscitado pela Promotoria de Justiça sob o fundamento de que, tratando-se de direito renunciável, não se vê como possa a defesa apelar contra a vontade do réu. Prefacial improcedente. Faculdade cujo exercício ou não deve ser decidido pelo advogado, dativo ou constituído, visto que o princípio da mais ampla defesa no pleito criminal se desdobra em duas vertentes: “a autodefesa ou defesa pessoal, desempenhada pelo próprio acusado, e defesa técnica, realizada pelo Defensor escolhido ou nomeado, que, na realidade de técnico em Direito, tem condições de aquilatar quais as medidas mais favoráveis que devem ser tomadas em favor do patrocinado” (RT 638/317). Por outro lado, nunca é demais lembrar que é o órgão da administração da Justiça e não mero representante dos interesses do acusado. Isto porque ela se exerce, substancialmente, para a preservação e tutela de valores e interesses do corpo social, sendo, assim, garantia da proteção da própria sociedade (STF, HC 72.573-2, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo STF nº 22, in DJERJ de 27.8.96, p. 4). Ressai do texto constitucional o entendimento de que o advogado é indispensável à administração da Justiça (CF, Art. 133), cabendo ao profissional do Direito a atividade privativa da postulação em qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados especiais (Art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.906, de 04.07.94). No caso dos autos acresce, ainda, o fator de que o acusado, à época da renúncia ao seu direito subjetivo de apelar da sentença, era pessoa relativamente incapaz, porque menor de vinte e um anos de idade, o que impunha fosse intimado

do <i>decisum</i> acompanhado de curador. Preliminar de <i>não conhecimento</i> do recurso que se afasta, para que seja julgado o inconformismo da defesa. Inteligência dos artigos 564, 576 e 578, do Código de Processo Penal. <i>Tráfico de drogas em associação</i> (Artigo 12 e Artigo 18, III, da LT). Apelo da defesa objetivando a absolvição do recorrente pelo crime de que se trata, com pedido alternativo para a desqualificação do tipo para a conduta prevista no art. 12, <i>caput</i> da Lei específica. Autoria e materialidade do crime cumpridamente demonstradas no processo, sendo impositiva a condenação do acusado. Quanto à qualificadora do tipo não pode subsistir, posto que o que se tem em vista é a existência de concurso ocasional ou visando a menores de vinte e um anos, e não a co-participação destes à prática do crime, mas sim a das pessoas a quem o agente entrega a substância entorpecente para consumo. Cf. TASP, Ap. 169.613, 08.11.1977, Rel. Juiz Adalberto Spagnullo, <i>apud</i> Vicente Greco Filho, <i>Tóxicos - Prevenção - Repressão</i> , Ed. Saraiva, 7ª ed., 1911, p. 129, nota ao rodapé. Acolhida em parte do apelo para os fins deduzidos na tese alternativa da irrisignação defensiva.	
<b>II - Parecer da Procuradoria de Justiça orientado no sentido da rejeição da preliminar</b> argüida pela Promotoria de Justiça, <i>conhecendo-se</i> do apelo e, no mérito, por seu <i>provimento parcial</i> para condenar o réu na forma do artigo 12, da Lei nº 6.368/76, às penas mínimas previstas para o tipo, confirmando-se no mais a r. sentença contestada ( <i>Luiz Brandão Gatti - Pareceres e Razões</i> ) .....	240
<b>Arquivamento de Representação</b>	
– <i>Processual Penal. Representação.</i> Arquivamento. Assentada jurisprudência do Tribunal sobre a legalidade do arquivamento de representação criminal, determinado pelo Procurador-Geral a quem caiba decidir, em última instância, quanto à propositura da ação penal ( <i>Superior Tribunal de Justiça - Quinta Turma - Jurisprudência Criminal</i> ) .....	313
<b>Assuntos (Índice de)</b> .....	367
<b>Ato Administrativo</b>	
– Regime jurídico dos atos administrativos de confirmação e de substituição ( <i>José dos Santos Carvalho Filho - Doutrina</i> ) .....	115
<b>Autores (Índice de)</b> .....	363
<b>Bem de família</b>	
– <i>Execução. Bem de família.</i> Ao imóvel que serve de morada às embargantes, irmãs e solteiras, estende-se a impenhorabilidade de que trata a Lei 8.009/90 ( <i>Superior Tribunal de Justiça - Quarta Turma - Jurisprudência Cível</i> ) .....	326
<b>Concubinato (partilha de bens)</b>	
– Concubinato. Pedido de sua dissolução. Direito de partilhar bens (meação). Comunhão limitada ou parcial. Em tal regime, comunicam-se os bens adquiridos na constância do matrimônio. Mas são excluídos da	

comunhão, “Os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação ou por sucessão”. Não é legítimo nem legal tenha o concubinato tratamento diverso. É de lhe ser dado tratamento igual ao do casamento, uma vez aplicado o regime da comunhão limitada ou parcial, donde deverem ser excluídos da comunhão, portanto não sujeitos à meação, os bens que como tais foram herdados. Cód. Civil, art. 269-I. Recurso especial conhecido e provido em parte (*Superior Tribunal de Justiça - Terceira Turma - Jurisprudência Cível*).....

328

### Crime omissivo

- Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos (*Juarez Tavares-Doutrina*) .....

123

### Dano (material e moral)

- Ordinária. Dano material e moral resultante de morte. A finalidade da jurisdição, do ponto de vista ideal, é de colocar a parte lesada na mesma situação em que estaria se o evento não tivesse ocorrido. Não alcançada, idealmente, tal finalidade, é indispensável compensar, em pecúnia, o dano em toda a sua extensão: patrimonial e moral. Inteligência do artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal (*Paulo Cezar Pinheiro Carneiro - Pareceres e Razões*).....

262

### Denúncia (rejeição)

- Recurso em sentido estrito. Rejeição da denúncia fundamentada no convencimento pessoal do magistrado no sentido de que a diligência policial originadora do inquérito que serviu de suporte à *opinio delicti* desatendeu as exigências prescritas no art. 5º., incisos XI e LVI da Constituição Federal. Inoportunidade do ocorrido exame valorativo dos elementos constantes do procedimento policial. Inexistência de demonstração a respeito da irregularidade ou falta de lisura. Presunção *juris tantum* de idoneidade e correção dos atos emanados dos agentes da autoridade constituída no exercício de sua relevante missão. Peça inquisitorial revestida de perfectibilidade formal dando conta de legítima atuação que visou coibir a prática de crime de natureza permanente. Situação de flagrância que torna admissível a entrada da polícia em casa alheia sem mandado policial e contra a vontade do proprietário. “A guarda de maconha é crime permanente. Nas infrações permanentes entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência” (STF, RHC 53659, rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ 78/682). “Tratando-se de crime permanente, que veio a se concretizar com a apreensão da droga, legítima se apresenta a busca domiciliar realizada sem exibição de mandado judicial *ex vi* do disposto nos arts. 5º, XI da Constituição Federal e art. 150, § 3º, II do CP” (STJ, 5ª T., rel. Min. Flaquer Scartezzini, DJU de 01.08.94, pág. 18660). “A casa é o asilo inviolável do indivíduo, porém não pode ser transformada em garantia da impunidade de crimes que em seu interior se pratiquem” (STF, RE 86926, 2ª T., rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ vol. 84, pág. 302). Prova

ilícita. Apreciação do fato criminoso nela lastreado sob a chamada “teoria da proporcionalidade”, ou dos “interesses preponderantes” para o fim da aferição da justa causa para o processamento de sua autora confessa. Parecer da Procuradoria de Justiça que se orienta no sentido do conhecimento do recurso ministerial para o fim de ser desconstituído o hostilizado despacho liminar negativo, propiciando a que a ação penal prossiga em seus ulteriores trâmites (*Adolpho Lerner - Pareceres e Razões*) .....

212

**Direito Constitucional**

- Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade (*vide*)

**Efeito Vinculante**

- Ainda sobre o efeito vinculante (*Ellen Gracie Northfleet - Doutrina*) .....

59

**Escuta telefônica**

- *Constitucional e Processual Penal. Habeas corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que “são inadmissíveis... as provas obtidas por meio ilícito”, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da “atualização constitucional” (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da “razoabilidade” (reasonableness). O “princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas” (exclusionary rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada (Superior Tribunal de Justiça - Sexta Turma - Jurisprudência Criminal)* .....

306

**Estelionato (na modalidade prevista no art. 171, § 2º, II do CP)**

- A penhora é instituto processual e não o ônus previsto no art. 171 § 2º, II do CP, ou seja, direito real sobre a coisa alheia. A venda de imóvel penhorado enseja, quando muito, a responsabilidade civil do agente. A lição da doutrina e da jurisprudência. Possibilidade da caracterização do crime de fraude à execução (art. 179, CP), que, no entanto, é de ação privada, que somente poderá ser intentada pelo ofendido (*Mario Henrique Mazza - Pareceres e Razões*) .....

249

**Exame de corpo de delito (valor)**

- Exame de corpo de delito - Realidade e Mito (*Sergio Demoro Hamilton - Doutrina*) .....

196

### **Furto (Questões variadas)**

- Nulidade de citação. Réu que não foi citado por mandado em endereço constante dos autos. Nulidade da sentença. Descumpra a forma prevista em lei a sentença que, logo após o relatório, passa ao dispositivo que, sequer, faz alusão à procedência do pedido, dando, de imediato, o réu como incurso em determinada figura da lei penal. Mérito. Furto qualificado. Fato que se amolda ao tipo do art. 155, § 4º, I e IV, CP. Provimento parcial do apelo para a redução da sanção penal com a conseqüente extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva (*Ronaldo de Medeiros e Albuquerque - Pareceres e Razões*).

273

### **Furto tentado**

- O desaparecimento de pequena parte do dinheiro subtraído não caracteriza o furto tentado mormente quando a prisão em flagrante é efetuada logo em seguida à subtração, no interior mesmo do ônibus, impossibilitando qualquer ação dos acusados no sentido de se desfazerem da *res*. É o tamanho do *iter criminis* percorrido (e não os antecedentes do acusado) que balizará a redução da pena no crime tentado. Sendo o critério objetivo, a redução deve ser igual para os co-autores. Compete ao magistrado, no exercício do juízo de equidade, fixar a pena-base no *quantum* que entender suficiente para uma resposta penal eficaz, quando os antecedentes do réu recomendarem a aplicação de pena acima do mínimo previsto em lei. O regime inicial de cumprimento da pena será determinado segundo os critérios do art. 59 do Código Penal. Inteligência do artigo 33, parágrafo 3º, do diploma penal substantivo. Parecer pelo desprovimento do apelo ministerial e pelo provimento parcial do recurso da Defensoria Pública tão-só para redução da pena do apelante, dentro do quadro da tentativa (*Adolfo Borges Filho - Pareceres e Razões*).....

209

### **Inconstitucionalidade (Arguição de)**

- Arguição de Inconstitucionalidade do artigo 10 da Lei 2145, de 29/12/53, na redação da Lei nº 7690, de 16/12/1988. Caracterização da taxa de expediente para emissão de guia de importação, como taxa, em sentido próprio. É inegável a inconstitucionalidade da norma que a estabeleceu: a) por contrariedade ao parágrafo 2º do artigo 145 da Const. Fed.; b) porque a taxa não pode dar ao Poder Público que a institui receita de muito superior ao necessário e suficiente para atender a sua atividade (*Simão Isaac Benjó - Pareceres e Razões*).....

286

### **Inquérito civil**

- Questões controvertidas do inquérito civil (*Hugo Nigro Mazzilli - Doutrina*).....

61

### **Interesse difuso**

- Recurso ordinário. Mandado de segurança impetrado por usuário e por associação civil integrada por usuários de transporte coletivo intermunicipal (ônibus), contra ato normativo municipal de efeitos con-

cretos. Decreto nº 14499/94 do Município do Rio de Janeiro, que altera itinerário, entre outras, de linha entre Niterói e o Centro da Cidade do Rio de Janeiro. Acórdão recorrido que denega a ordem por declarar a ilegitimidade de usuários para insurgir-se contra alteração de itinerários de linhas de ônibus. Art. 175, parág. ún., II e IV da Constituição Federal. Arts. 3º, § 2º, 22 e 59 e seus parágrafos da Lei nº 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), c/c arts. 6º, VII, da referida lei. Arts. 6º e seu § 1º, e 7º, I, II e III, da Lei nº 8987/95. Possibilidade jurídica do controle de legalidade de atos discricionários da Administração Pública pelo Poder Judiciário. Súmula nº 473 do STF. Interesse difuso dos usuários presente. Legitimação para mandados de segurança coletivo e individual. Parecer pelo provimento do recurso ordinário, para que o C. Tribunal <i>a quo</i> examine o mérito da pretensão deduzida no mandado de segurança ( <i>Elio Gitelman Fischberg - Pareceres e Razões</i> ).....	222
<b>Juizados Especiais Criminais</b>	
– Os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública nos Juizados Especiais Criminais ( <i>Afranio Silva Jardim - Doutrina</i> ) .....	33
<b>Jurisprudência</b> .....	293
<b>Liquidação Extrajudicial</b>	
– A definição do controlador na liquidação extrajudicial e em processos análogos ( <i>Arnoldo Wald - Doutrina</i> ) .....	38
<b>Lista de Antigüidade dos Membros do Ministério Público</b> .....	355
<b>Menoridade Penal</b>	
– Dois pesos e duas medidas ( <i>Angela Centurion Abranches - Doutrina</i> ) .....	36
<b>Ministério Público</b>	
– Recurso Extraordinário. <i>Habeas corpus</i> parcialmente deferido para atribuir à Polícia Judiciária o monopólio da investigação penal, coibindo o Ministério Público de praticar, na persecução penal, qualquer outra atividade que não a de requisitar diligências e acompanhar-lhes a realização. Tempestividade. Prequestionamento. Razoabilidade da alegação de afronta direta aos arts. 144, § 4º, 127, <i>caput</i> , e 129, I e VIII, VI e VII, da Constituição Federal. Recurso extraordinário admissível ( <i>Helcio Alves de Assumpção - Pareceres e Razões</i> ) .....	227
<b>Ministério Público (Ação civil pública; litisconsórcio ativo)</b>	
– <i>Administrativo. Processual Civil. Ação Civil Pública. Competência da Justiça Estadual. Litisconsórcio ativo. Órgãos do Ministério Público Federal e Estadual. Inadmissibilidade.</i> Em sede de ação civil pública, na qual se discute questão administrativa do âmbito da Secretaria de Segurança do Estado do Ceará, assunto cujo exame compete à Justiça Estadual, não há como se conceber a	

admissão do MP Federal no pólo ativo da demanda, em litisconsórcio com o MP Estadual. Recurso desprovido ( <i>Superior Tribunal de Justiça - Sexta Turma - Jurisprudência Cível</i> ) .....	337
<b>Ministério Público (prazo para recurso)</b>	
– <i>Processual Penal. Recurso do Ministério Público. Prazo. Termo inicial.</i>	
Havendo divergência de datas entre a certidão genérica do Cartório, referente à intimação da sentença ao Promotor, e a data do “ciente”, na própria sentença, aposto pelo representante do Ministério Público, prevalece esta última. Em matéria de recurso, na dúvida, decide-se em favor da sua admissibilidade, em consequência do princípio da pluralidade dos graus de jurisdição. Recurso especial conhecido e provido ( <i>Superior Tribunal de Justiça - Quinta Turma - Jurisprudência Criminal</i> ) .....	295
<b>Noticiário</b> .....	343
<b>Poder de Legislar</b>	
– Crime de Cartola (corrupção e abuso do poder de legislar) ( <i>João Marcello de Araújo Junior - Doutrina</i> ) .....	87
<b>Prescrição Penal</b>	
– Revelia e Prescrição Penal ( <i>vide</i> )	
<b>Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade</b>	
– Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional ( <i>Luís Roberto Barroso - Doutrina</i> ) .....	160
<b>Prisão Preventiva (distinção entre ordem pública e estardalhaço)</b>	
– <i>Processual Penal. Habeas Corpus. Homicídio. Prisão preventiva: ordem pública e aplicação de lei penal. Falta de fundamentação substancial, uma vez que não se pode confundir estardalhaço causado pela imprensa, em virtude do inusitado do crime, com os reais motivos para o decreto prisional. Ordem concedida.</i>	
<b>I</b> - O paciente, jovem primário e de bons antecedentes, matou a tiros uma garota de programa que estaria com AIDS. O diálogo que precedeu o acontecido foi registrado num gravador. O homicida apresentou-se espontaneamente à polícia. O fato repercutiu na imprensa nacional. Mediante representação do delegado, o juiz decretou sua prisão para “garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação de lei penal.”	
<b>II</b> - Não se pode confundir “ordem pública” com o “estardalhaço causado pela imprensa pelo inusitado do crime”. Como ficar em liberdade é a regra geral, deveria o juiz justificar substancialmente a necessidade de o paciente ficar preventivamente preso. Não basta invocar, de modo formal, palavras abstratas do art. 312 do CPP.	
<b>III</b> - Ordem concedida ( <i>Superior Tribunal de Justiça - Sexta Turma - Jurisprudência Criminal</i> ) .....	298

### **Promotor de Justiça (como autoridade coatora)**

- HC - Promotor de Justiça como autoridade coatora - Competência originária do TJ para apreciar HC.

A teor do art. 74 - IV da Constituição do Estado de São Paulo combinado com o art. 96, III, da Constituição Federal, a competência originária para julgar *habeas corpus*, em sendo a autoridade coatora Promotor Público, é do Tribunal de Justiça estadual.

Ordem concedida (*Superior Tribunal de Justiça - Quinta Turma - Jurisprudência Criminal*) .....

304

### **Provas ilícitas**

- A Constituição e as provas ilicitamente obtidas (*José Carlos Barbosa Moreira - Doutrina*) .....

101

### **Recurso Administrativo (desvio de finalidade da administração)**

- Recurso contra ato punitivo. Suspensão por 90 dias. Há indiscutível desvio de finalidade quando a Administração sanciona o titular do cartório, responsável originário pelas condutas ditas ilícitas, com penalidade mais leve, e ainda convertida em pecúnia, e penaliza a serventúria obediente a tais práticas com sanção mais grave. Parecer pela anulação da sanção para ser, se for o caso, observado o princípio da proporcionalidade punitiva" (*José dos Santos Carvalho Filho - Pareceres e Razões*) .....

232

### **Recurso Especial**

- Recurso Especial. *Habeas corpus* parcialmente deferido para atribuir à Polícia Judiciária o monopólio da investigação penal, vedando ao Ministério Público, na persecução penal, qualquer atividade de investigação direta. Tempestividade. Prequestionamento. Afronta direta a diversos dispositivos da Lei Federal, a saber: art. 26, inciso I, letras "a", "b" e "c", art. 26, inciso II, art. 26, inciso IV, art. 26, inciso V, art. 26, § 4º, art. 26, § 5º, art. 32, inciso II, art. 43, inciso XIII, e art. 80 da Lei 8625/93 (LONMP). E mais: arts. 4º, § único, 12, 27, 39 § 5º, 46 § 1º, todos do CPP. E ainda: art. 8º, incisos I, V e VII da Lei Complementar nº 75, de 20/05/93 (LOMPU). Recurso especial mercedor de admissão (*Sergio Demoro Hamilton - Pareceres e Razões*) .....

278

- Recurso Especial. Modificação de cláusula. Decisão dispondo sobre o direito de visitação aos filhos. Interesse dos menores justaposto ao dos pais. O poder discricionário do juiz ao decidir matéria de guarda e visitação, privilegiando o direito dos menores, não configura decisão *extra petita*. Ausência de prequestionamento do tema. Matéria de fato. Incorreção jurídica do pleito. Inadmissão do recurso (*Edmundo José Anjo Coutinho - Pareceres e Razões*) .....

220

### **Recursos no Processo Penal**

- Interesse e legitimidade para recorrer no processo penal (*Paulo Rangel - Doutrina*) .....

182

### Recursos (razões recursais no Tribunal)

- Aplicação da regra do art. 600 § 4º do CPP em processo eleitoral. Possibilidade. Cabe ao Promotor Eleitoral da Zona respectiva ofertar contra-razões, oficiando o Procurador Regional Eleitoral como parecerista na qualidade de fiscal da lei. O ensinamento da doutrina (*Alcides Martins - Pareceres e Razões*) ..... 218

### Regime prisional (regressão cautelar)

- Possibilidade da decretação de regressão cautelar do regime prisional em caso de fuga de preso sem a audiência do sentenciado, sob pena de negar-se vigência ao art. 118, I c/c 50, II, da LEP, uma vez que a fuga constitui falta grave. Impossibilidade da oitiva do preso, estando ele foragido. Medida provisória bem aplicada pelo Juízo da Execução Penal, uma vez presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus bonis iuris*. Precedentes judiciais (*Pedro Moreira Alves de Brito - Pareceres e Razões*) ..... 266

### Responsabilidade civil

- Responsabilidade civil das estradas de ferro por danos causados a seus usuários. Necessidade de que a culpa da vítima seja exclusiva, para ilidir a responsabilidade da estrada. Culpa *in vigilando* da empresa ré. Critérios para fixação da indenização por dano moral. Pela procedência do pedido (*Marcos Maselli Gouvêa - Pareceres e Razões*) ..... 245

### Responsabilidade Objetiva

- Observações sobre a teoria da responsabilidade objetiva (*Jorge Lobo - Doutrina*) ..... 94

### Revelia e Prescrição Penal

- Revelia e Prescrição Penal (*Damásio E. de Jesus - Doutrina*) ..... 53

### Revisão Criminal

- Revisão Criminal para homicídio culposo advindo da colisão do carro dirigido pelo Requerente contra um poste. Inocorrência de cerceamento de defesa a ensejar nulidade processual, seja com relação à oitiva de testemunhas, em fase policial, sem contraditório, posto que renovadas, sob tal crivo, em Juízo, seja com relação ao indeferimento da inquirição de testemunhas, por intermédio de Cartas Precatórias e Rogatórias (que não suspendem a instrução criminal e o próprio julgamento do feito) desinfluentes para o desenlace decisório (já que de vítimas de lesões corporais já prescritas) e a evidenciar nítida manobra protelatória defensiva objetivando atingir a prescrição do outro delito. Sentença condenatória que não se fundou em depoimentos inquinados de falsos, mas, ao revés, lastreou-se em diversificado e robusto suporte probatório de convicção (prova pericial, provas testemunhais outras, sentença indenizatória cível e a relação de causa e efeito existente entre a culposa conduta do ora Requerente e o traumatismo, hemorragia e fratura do crânio da vítima fatal). Novas provas de inocência (parecer técnico produzido mais de uma década depois do evento, sem ter sido contra-

ditado pelo M.P. de 1º grau, não possui autoridade técnica para prevalecer sobre o laudo de exame de local realizado poucas horas depois do acidente, que concluiu ter sido o acidente resultante do excesso de velocidade utilizada, pelo Requerente, na condução do seu veículo, bem como mera notícia jornalística dando conta do envolvimento criminoso anos mais tarde de testemunha não invalida anterior depoimento pela mesma bem antes prestado) que se afiguram impróprias para reverter a condenação imposta. Inexistência ainda de exacerbamento da condenação e da pena a ensejar Súplica Revisional, não só em razão de já rechaçado, anteriormente, tal fundamento no V. Acórdão da 1ª Câmara deste E. Tribunal, como, também, porque o elevado grau de culpa e as consequências do delito recomendam a imposição do acréscimo decorrente da inobservância de regra técnica, nos delitos do automóvel. Ônus probatório do Requerente em apresentar fatos ou novas provas a justificar reapreciação de circunstância que minore a condenação. Prazo prescricional da pretensão executória estatal pertinente, ainda não completado *in casu*. Eventual declaração da prescrição da condenação, em sede de Revisão, só pode ser alvitrada após recusa do Juízo *a quo* competente (*José Roberto Paredes - Pareceres e Razões*) ..... 235

#### **Testamento (anulação)**

– *Civil. Testamento público. Anulação.*

1. Manuscrito desprovido da necessária formalidade não possui o condão de revogar testamento anterior, lavrado com observância das formalidades legais.

2. As testemunhas impedidas de participarem do ato são as resultantes de parentesco por consanguinidade; não, as por afinidade.

3. Ausência de contrariedade à lei federal.

4. Dissídio jurisprudencial incomprovado.

5. Recurso especial não conhecido (*Superior Tribunal de Justiça - Quarta Turma - Jurisprudência Cível*) ..... 317

#### **União estável**

– O novo regime jurídico da união estável. A ab-rogação da Lei nº 8971/94 pela Lei nº 9278/96 (*Paulo Roberto de Azevedo Freitas - Doutrina*) ..... 191



