



REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

**ANO XII
2000/2001/2002
Nº 17**

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

Publicada pela Escola Superior do Ministério do Estado de Sergipe

Moacyr Soares da Motta
Procurador Geral de Justiça

Eduardo Lima de Matos
Diretor

Pedro Iroíto Dória Leó
Eduardo Lima de Matos
Eduardo Barreto D'Ávila Fontes
Conselho Editorial

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

Dr. Moacyr Soares da Motta
Procurador Geral de Justiça

Dr. Darcilo Melo Costa
Corregedor-Geral

Dr. Pedro Iroíto Dória Leó
Coordenador-Geral

Dr. Odil Silva Oliveira
Secretário-Geral

Dr. Eduardo Lima de Matos
Diretor da ESMP-SE

Dr. Eduardo Barreto D'Ávila Fontes
Presidente da A.S.M.P.

500 ANOS DO RIO SÃO FRANCISCO

*Está completando 500 anos de grande comemoração
Também devemos lembrar, que começou a paixão
Para o rio foi vitória ou crucificação?
São Francisco é amor e não a destruição.*

*O Rio que era Opa grande como o mar
Os índios tinham o medo, de vê-lo se acabar
Pois, o Rio era tão rico, que fazia admirar
E na certa os Portugueses, iam logo explorar*

*E foi a partir daí, que começou a ambição
Sem estudo e sem projeto e fazendo exploração
Expulsando e matando índios, que não foi brinquedo não
Gozando nome de civilização e fazendo esta traição*

*É triste esta história, pior é a conclusão
O Rio está morrendo e pede a nós compaixão
Somos filho de São Francisco e vamos continuar em ação
Este Rio gerador de vida, nunca pode morrer não*

*Queremos deste encontro, muita força e união
Não deixar privatizar e nem fazer transposição
Reflorestamento, saneamento e também revitalização
Com certeza iremos com o nosso Rio, cantar a ressurreição*

*Por isso precisamos, nos comitê participar
Discutindo e aprovando, para eles não falhar
Estamos todos na luta e não vamos mais parar
Até ver o nosso Rio, voltar a vida real*

*Os projetos de barragens, foi a grande degradação
Por causa do desmatamento, sem haver ordenação
Desmataram a zona da mata e raspam o sertão
É capaz de ver um preá, andando de avião*

*O cantor Luiz Gonzaga, dizia no seu cantar
O Rio São Francisco, vai despejar no meio do mar
Por causa do assoreamento, o mar na porta está
O Rio não tem mais força, de 5 quilômetros entrar*

*O Rio está tão magro, que faz medo de secar
Cortaram os braços do Rio, parálítico ele está
Por isso ele está parando, não dá mais para pescar
E também os canoeiros, não podem mais navegar*

*Em setembro de 1859, o imperador D. Pedro II, o Rio visitou
Subiu o rio até Piranhas, embarcando num vapor
Ele viu tanta riqueza, que até admirou
Chegando em Paulo Afonso, por cima das pedras andou*

*Vamos cantar parabéns, por esta data sofrida!
Queremos é felicidade e uma mudança de vida
Para você que é pai forte, criador de muitas vidas
Esta é a grande esperança, dessa criação sofrida.*

Antônio Gomes dos Santos (Toinho Pescador)
Presidente da Federação dos Pescadores de Alagoas

APRESENTAÇÃO

A Procuradoria Geral de Justiça e a Escola Superior do Ministério Público de Sergipe ofertam a comunidade jurídica sergipana mais um número da Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, que é a de número 17, trazendo no seu bojo temas de relevante interesse na seara jurídica.

A demora no lançamento do nº 17 da Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, foi em virtude de ter sido estabelecida a prioridade para aquisição dos equipamentos da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe. Contudo, retoma este periodico seu curso normal a partir desta edição.

Moacyr Soares Da Motta

Procurador Geral de Justiça

Eduardo Lima De Matos

Diretor da ESMP/SE

SUMÁRIO

DOCTRINA

Direito Eleitoral – abuso do Poder Econômico configuração – Instrumentos de combate – AIDE e AIME - Felix Carballal	17
Aspectos Psicológicos da Prova Testemunhal no Processo Penal na prática do Promotor de Justiça de Sergipe Ana Paula de Carvalho Moura	35
Ação Civil Pública – Aspectos Polêmicos José Augusto Nascimento	67
O Garantismo Penal e o Aditamento da Denúncia - Paulo Rangel	83
Falta de Legitimidade do Delegado de Polícia para requerer cautelares Alonso Gomes Campos Filho	119
HABEAS-CORPUS – a justa causa como fundamento e causa de pedir para interpretação da Ação Constitucional com a finalidade de preservar os direitos do nascituro - Rogério Ferreira da Silva	127
O Poder Constituinte entendido como expressão da vontade suprema do povo social e Juridicamente organizado José Ronaldo V. de Almeida	139
O casamento e o novo código civil - Adélia Moreira Pessoa	147
Reforma do código de processo civil - Lei 10.352/01 – implicações na devolutibilidade da apelação - Flávia Moreira Pessoa	157

DIVERSOS

Sergipe e o Supremo Tribunal Federal Carlos Augusto Alcântara Machado	171
--	-----

Novamente Mangueira - José Gilson dos Santos	179
--	-----

RECURSOS – RAZÕES E CONTRA RAZÕES

Razões de Apelação – Processo Criminal Promotor de Justiça - Luiz Antonio Araújo Mendonça	187
---	-----

Contra Razões em Apelação Criminal Promotores de Justiça Eduardo Barreto D'Ávila Fontes e José Elias Pinho de Oliveira	205
--	-----

AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

Aumento da tarifa de transporte hidroviário Procurado de Justiça Pedro Iroito Dórea Leó Promotora de Justiça Maria Lílian Mendes Carvalho	243
---	-----

Improbidade Administrativa Promotora de Justiça Verônica de Oliveira Lazar Amado	255
--	-----

Proibição da Exploração do Jogo (caça-níqueis)	271
--	-----

Danos do Meio Ambiente Promotor de Justiça Emerson Oliveira Andrade	289
---	-----

PARECERES

União Estável Procuradora de Justiça Maria Luiza Vieira Cruz	301
---	-----

Habens Corpus - Procurador de Justiça Paulo Moura	307
---	-----

Alimentos – Revisão Promotor de Justiça Ernesto Anísio Azevedo Melo	313
--	-----

Responsabilidade Civil do Município Procuradora de Justiça Maria Isabel Santana de Abreu	319
--	-----

Dano Moral	
Procuradora de Justiça Maria Isabel Santana de Abreu	327

Reclamação contra decisão do Juiz do Tribunal do Júri	
Promotor de Justiça Felix Carballal	335

NOTICIÁRIO

Notícias MP	351
Notícias ESMP-SE	359

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Procurador de Justiça Darcilo Melo Costa	365
--	-----

DOCTRINA

Direito Eleitoral
Abuso do Poder Econômico - Configuração
Instrumentos de Combate
AIJE e AIME

DIREITO ELEITORAL - ABUSO DO PODER ECONÔMICO CONFIGURAÇÃO - INSTRUMENTOS DE COMBATE AIJE e AIME

“Impossível visualizar legitimidade no mandato, para cuja obtenção concorreu filantropia espúria do candidato, objetivando a retirada de proveito das necessidades materiais de integrantes do corpo eleitoral”.

Djalma Pinto

Paulatinamente a sociedade vem mudando sua postura ético-moral, revendo seus valores, reformulando seus conceitos, precipuamente no que diz respeito à moralidade pública.

A ciência do Direito, por seu turno, diante de sua natureza eminentemente social, não fica alheia a tais mutações.

Não foi por acaso que a população brasileira, devidamente organizada pela Igreja Católica, promoveu importante inovação na legislação eleitoral, com o advento do disposto no art. 41 - A, da Lei n.º 9.504/97, introduzido pela Lei n.º 9.840/99 - de iniciativa popular.

Com o escopo de resguardar os princípios constitucionais, as leis vêm se tornando cada vez mais rígidas, reflexo dos anseios populares. E os operadores do direito, por seu turno, cada vez mais atentos e exigentes no cumprimento de suas funções.

A situação está melhorando; basta ter paciência e atenção para vislumbrar os avanços.

Nessa luta pela nova postura ética e moral, faz-se mister o combate ao abuso do poder econômico no âmbito eleitoral, a fim de que o governante não chegue ao poder utilizando meios ilícitos e imorais.

Para combater tal abuso é preciso, de início, conhecê-lo. Façamos, pois, uma breve considerações sobre o tema.

ABUSO DO PODER ECONÔMICO - CONFIGURAÇÃO

Dispõe o art. 22 da Lei das Inelegibilidades, *in verbis*:

“Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso de poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político.” - incluímos negrito.

Embora a legislação não defina expressamente **“abuso do poder econômico”**, há, na própria lei, exemplos típicos destes abusos (v.g. art. 41-A da Lei n.º 9.504/97), de modo que a doutrina não encontra dificuldade em identificar tal vício. Senão vejamos:

“...valores destinados pelo candidato para pagamento de consultas médicas, fornecimento de bens materiais aos eleitores, tipifica abuso do poder econômico.

Nessas ações de cunho fisiologista, aflora o desvio de finalidade no proceder do candidato. Ao entregar os óculos ou alimentos aos eleitores, no ano da eleição, o candidato não tem em mente prestar-lhe solidariedade pura e exclusivamente. Sua ação objetiva, antes de tudo, captar o voto do eleitor necessitado.

Impossível visualizar legitimidade no mandato, para cuja obtenção concorreu filantropia espúria do candidato, objetivando a retirada de proveito das necessidades materiais de integrantes do corpo eleitoral.

(...)

Generosidade desse jaez, realizada por candidato, em tempo de campanha, provoca irremediável desigualdade na disputa, refletindo, sob outro enfoque, a índole inconseqüente ou, por que não dizer, delinqüente do postulante”¹

“Se isso ocorrer, como a **distribuição de alimentos, dentaduras, sapatos, telhado, tijolo, e mais o que o ensino humano possa criar a fim de obter votos, haverá evidente abuso de poder econômico**, punível com a inelegibilidade dos que o praticaram e de seus beneficiários”.² – Destacamos.

É de bom alvitre trazer à colação lições do Professor **ADRIANO SOARES DA COSTA**³, ao comentar o art. 41-A da Lei das Eleições, *ad litteram*:

“Esse preceito tem a finalidade de explicitar como ilícitas as práticas de aliciamento e **abuso de poder econômico ou político. Trata-se de corrupção eleitoral *lato sensu*, em que se conspurca a vontade do eleitor através de vantagens ou benefícios a ele concedidos.** Não raro – e isso tem sido comum como moeda eleitoral – os candidatos ou padrinhos políticos têm o vazo de distribuir favores aos eleitores, como promessa de lotes em terrenos, tratamento de saúde, objetos de utilidade (fogão, bicicleta, panelas etc.). **Esse procedimento, nas regiões mais carentes do país, tem uma força eleitoral insuspeita, desequilibrando a disputa e gerando o aparecimento de falsos representantes da população, que se sentem descomprometidos com sua base eleitoral, uma vez que já deu a paga pelos votos obtidos**” – Inovamos com destaques.

¹ DJALMA PINTO, in *Direito Eleitoral, Temas Polêmicos*, Editora Forense, 1.ª edição, 1994., págs. 50 e 51.

² ADRIANO SOARES DA COSTA, Ob. Cit. p. 309.

³ Ob. Cit. p. 470.

Na mesma esteira segue OLIVAR CONEGLIANM, in “Propaganda Eleitoral Aspectos Legais”, Juruá Editora, Curitiba -1992, pp. 63/65.

Com esopeque na linha de raciocínio esposada, podemos concluir que **abuso de poder econômico é o uso indevido de recursos no sentido de adquirir a preferência do eleitorado explorando sua miséria, falta de instrução ou ausência de formação moral.**

Realmente, nas regiões mais sofridas do país, sobretudo na sertaneja - onde temos o privilégio e a honra de trabalhar há quase três anos - as pessoas vivem em condições deploráveis, subumanas, sem sequer o que comer.

Nestas condições, lamentavelmente, o ser não atinge o grau mínimo de independência (seja ela financeira, moral ou cultural) e, conseqüentemente, deixa-se levar por muito pouco, prevalecendo a inversão de valores.

O vício, o assistencialismo parece impregnado aos costumes locais, sendo incentivado pelo próprio governo através de medidas paliativas tais como frentes de “trabalho” e distribuição de cestas básicas.

Mas tal modelo precisa ser combatido com rigor, sobretudo em tempos de eleição, não apenas para assegurar igualdade na disputa, mas também - e precipuamente - com o fito de excluir da mesma aqueles que já se mostram exploradores e oportunistas.

Nesse aspecto, refutamos a tese segundo a qual não se configura o abuso de poder (político ou econômico) quando a conduta não é **“capaz de influenciar o resultado do pleito”**.

Não podemos concordar com tal pensamento, porquanto apenas prestígia infratores em detrimento da aplicação correta da lei e da justiça, sem encontrar respaldo na legislação.

Observe-se que **as normas legais que combatem o abuso de poder, não exigem a ocorrência do resultado para sua incidência ao caso concreto.** Este (resultado) poderá ou não ocorrer, é indiferente. Em matéria de direito penal, é o que se denomina infração formal, isto é,

aquela que se consuma “**antecipadamente, sem dependência de ocorrer ou não o resultado desejado pelo agente**”⁴. Vejamos alguns exemplos:

Código Eleitoral: “Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro ou dádiva, ou qualquer outra vantagem, **para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita**”.

Lei n.º 9.504/97: “Art. 41 - A - ...constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, **com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza...**” - inovamos com negrito.

Neste aspecto, preciosa a manifestação do Ministro **Torquato Jardim**⁵, *ipsis verbis* :

“Irrelevante o cálculo aritmético para demonstração de vantagem quantitativa em votos auferida diretamente por quem pratique, em favor próprio ou de terceiro, atos que configurem o abuso de poder econômico ou de autoridade. **Essencial é, exclusivamente, a conduta contrária ao cânone constitucional**”.

Valioso, outrossim, o entendimento do **Desembargador Augusto Falcão Lopes**, ao apreciar questão atinente a abuso de poder econômico e de autoridade, *verbo ad verbum*:

Claro, pois, que se patrocina a candidatura de alguém, e assim **agia distribuindo bens à população carente**, inclusive com a presença física de seu candidato, **evidente que manifesta a influência no recebimento de tais favores de quem os recebia, no momento do voto; não há necessidade de que o Prefeito peça o**

⁴ Celso Delmanto, in Código Penal Comentado, Renovar, 4.ª edição, 1998, p. 18

⁵ ACÓRDÃO N.º 11.841 - Recurso n.º 11.841 - Classe 4.ª - Nova Friburgo - RJ.

**voto em contrapartida ao oferecimento do favor, basta que ele pratique o favor porque se estabelece o elo entre o oferecimento ilegal e o resultado voto⁶.
- Inovamos com destaques.**

O TSE, em diversos julgados, já seguiu por esta mesma trilha, *ad verbum*:

Jurisprudência do TSE

Número do Processo Tipo do Processo 1314 RAREG - AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO Tipo do Documento Nº Decisão Município - UF Origem Data 1 - Acórdão 1314C RJ 24/06/1999 Relator COSTA PORTO Relator designado Publicação

DJ - Diário de Justiça, Data 13/08/1999, Página 85

Ementa

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. PROVIMENTO. RECURSO ESPECIAL. INVESTIGACAO JUDICIAL. ABUSO DE PODER ECONOMICO.

NAO SE EXIGE PARA A CONFIGURACAO DO ABUSO DE PODER ECONOMICO A RELACAO DE CAUSA E EFEITO ENTRE O ATO E O RESULTADO DAS ELEICOES (RESPS. NS. 11.469, 12.282, 12.394 E 12.577).

Jurisprudência do TSE

Número do Processo Tipo do Processo 12577 RESP - RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Tipo do Documento Nº Decisão Município - UF Origem Data 1 - Acórdão 12577C PR 02/04/1996 Relator TORQUATO JARDIM Relator designado - Publicação

RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 8, Tomo 1, Página 222

DJ - Diário de Justiça, Data 03/05/1996, Página 13948

Ementa

ABUSO DE PODER ECONOMICO OU POLITICO.

⁶ TER/Piauí (Ac. Public. no DJE 25/03/92).

1. PRATICAS ILEGAIS JUDICIALMENTE APURADAS (ALICIAMENTO DA VONTADE POPULAR ATRAVES DA DISTRIBUICAO DE DINHEIRO E PROMOCAO DE TRATAMENTOS MEDICOS CUSTEADOS PELA MÁQUINA ADMINISTRATIVA) HABEIS A PROVOCAR UM DESEQUILIBRO NO PROCESSO DE DISPUTA POLITICA, CARACTERIZANDO **ABUSO DE DIREITO, QUE NAO EXIGE COMPROVACAO DE NEXO ENTRE CAUSA E EFEITO.**

2. RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS.

Precedentes/

Sucessivos

(Prec.) RO Nº:9104 (CC) - RN, Rel.: BUENO DE SOUZA

(Prec.) RESP Nº:11841 (CC) - RJ, Rel.: TORQUATO JARDIM

No mesmo sentido:

Jurisprudência do TSE

Número do Processo Tipo do Processo 15161 RESP - RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Tipo do Documento Nº Decisão Município - UF Origem Data 1 - Acórdão 15161C - SP 16/04/1998 Relator EDUARDO RIBEIRO Relator designado Publicação DJ - , Data 08/05/1998, Página 69

RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 10, Tomo 02, Página 202

A propósito, merecem encômios recentes decisões emanadas dos Juízos Eleitorais da 8.^a e 33.^a Zonas Eleitorais do Estado de Sergipe (Comarcas de Gararu e Poço Verde, respectivamente), nas quais os Juízes Marta Susana Lopes Vasconcelos e Aldo de Albuquerque Mello, seguindo a corrente adotada pelo TSE nas decisões supracitadas, acolheram representações formuladas pelo Ministério Público e reconheceram abuso do poder econômico.

Com efeito, nestas corajosas e brilhantes decisões, prevaleceu o bom senso.

Pensamento diverso, *data vênia*, representa estímulo ao infrator, na medida em que prevalece a seguinte máxima:

É melhor abusar bastante do poder, aliciar inúmeros eleitores, pois assim, maior será o resultado eleitoral em favor do infrator e inviável tornar-se-á a ação da Justiça Eleitoral, diante da impossibilidade de demonstrar a influência da conduta abusiva no resultado concreto das eleições.

Parece-nos claro, como o sol do meio dia, que a Justiça Eleitoral não pode permitir referida situação.

ABUSO DO PODER ECONÔMICO - INSTRUMENTOS DE COMBATE - AIJE e AIME.

Em razão da ausência de técnica legislativa e das interpretações antagônicas emanadas do próprio TSE a respeito dos efeitos da **AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL - AIJE**, entendemos aconselhável a propositura da referida ação juntamente com a **AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO - AIME**, com o escopo de resguardar a eficácia de futura decisão que reconheça abuso de poder econômico e/ou político por parte dos infratores representados.

Isto porque, há uma corrente de pensamento no referido Tribunal Superior⁷, no sentido de que se a **AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL** for julgada após a eleição e já tiver decorrido o prazo para propositura da **AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO** – 15 dias após a diplomação – (como geralmente acontecerá na prática, diante do longo caminho processual recheado de recursos), nada mais poderá ser feito para impedir que o condenado continue no exercício do mandato conquistado de forma ilegal e ilegítima.

Criou-se, com tal interpretação, situação esdrúxula e imoral: A Justiça Eleitoral reconhece que o candidato abusou do poder econômico e/ou político para se eleger, mas, ao mesmo tempo, entende que ele (candidato) deve permanecer no exercício do mandato!!!

⁷ Recurso 9.104 – Natal – TSE.

É bem verdade que existem lúcidas posições em sentido inverso.

Alguns, como o jovem e sapiente **ADRIANO SOARES DA COSTA**⁸, defendem a tese segundo a qual, nestas hipóteses, o prazo de 15 dias para propositura da **AIME** só começa após o trânsito em julgado da decisão da **AIJE** e não a partir da diplomação, pois se assim não fosse, ficaria impossível o cumprimento do disposto no art. 22, inciso XV, da Lei Complementar n.º 64/90.

Outros, tendo em vista a finalidade da norma e considerando que o processo não pode ter um desfecho inútil, vão além, como é o exemplo do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul⁹, *verbo ad verbum*:

“O Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, após julgar procedente ação de investigação judicial, cassou o mandato do promovido. O relatório do Ministro Vilas Boas no Agravo Regimental, não provido, contra despacho que indeferiu pedido de liminar no MS 1445- Porto Alegre, impetrado contra a Corte Gaúcha, esclarece esse pormenor:

“O Impetrante fez publicar na Companhia Riograndense de Artes Gráficas - CORAG, empresa estatal e à custa do erário, determinado número de calendários de mesa (3.000), com sua fotografia, o dístico Thos 90 e frases alusivas a seus propósitos.

Realizada investigação judicial, mercê de representação formulado pelo Ministério Público, presidida pelo eminente Desembargador Corregedor Regional, o Tribunal julgou comprovados os fatos, concluindo, por unanimidade, pela aplicação das sanções legais, ao representado.

Foi entendimento da Corte que não teria sentido julgar procedente a representação, sem que disso

⁸ In Instituições de Direito Eleitoral, Editora Del Rey, 3.ª edição, Belo Horizonte, 2.000.

⁹ Citado por Djalma Pinto in Direito Eleitoral : Temas Polêmicos, Rio de Janeiro, Forense, 1994, págs. 43 e seg.

nada decorresse. Daí a conclusão de declarar o candidato inelegível, com conseqüente cancelamento de registro e sustação da diplomação. A tese de que fosse julgada procedente a representação e ficasse ele na dependência de novo processo do Ministério Público eleitoral, e um novo julgamento, não era um procedimento razoável...”

Sobre o tema, importante ainda registrar as relevantes observações de **DJALMA PINTO**¹⁰, *ipsis litteris*:

A impossibilidade da cassação do mandato na ação de investigação judicial foi mais um óbice, erigido pelo próprio legislador, à efetiva moralização do processo eleitoral. É fácil demonstrar esta assertiva e do descompasso do comando que erigiu, com a Constituição.

Dispõem os incisos XIV e XV do art.22, da Lei Complementar n.º 64/90:

“XIV - Julgada procedente a representação, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 três anos subseqüentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico e pelo desvio ou abuso do poder de autoridade, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e processo crime, ordenando quaisquer outras providências que espécie comportar;

XV - Se a representação for julgada procedente após a eleição do candidato, serão remetidas cópias de

¹⁰ Luiz Djalma Barbosa Bezerra Pinto, in *Direito Eleitoral : Temas Polêmicos*, Rio de Janeiro, Forense, 1994, págs. 43 e seg.

todo o processo ao Ministério Público Eleitoral, para fins previstos no art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal e art. 262, inc. IV, do Código Eleitoral”.

Ao determinar o inc. XV a remessa de cópia do processo para que o Ministério Público ingresse com recurso contra a diplomação ou ação de impugnação de mandato, nos casos em que a investigação judicial for julgada procedente após a eleição do candidato, consagrou-se a incongruência e o princípio da inutilidade processual.

É que, se a investigação judicial, autêntico processo de conhecimento, em que são assegurados a ampla defesa e contraditório, permite a cassação do registro, uma vez proclamada a sua procedência, por que não conhecer-lhe aptidão, também para subtração do mandato, caso julgada após a eleição? A ilicitude do abuso não pode ter seus efeitos minorados porque apurada após a eleição.

Ao destacar a Constituição que o mandato poderia ser impugnado através da ação de impugnação, não condicionou a sua perda, exclusivamente, às hipóteses em que seja proposta a ação impugnatória. O princípio consagrado na Constituição é da proibição do exercício do mandato obtido por meio de abuso do poder econômico ou abuso no exercício de função.

A afronta à Constituição reside, justamente, no permitir-se que alguém venha exercer o mandato, galgado por meios comprovadamente ilícito, apuradas através da própria Justiça Eleitoral.

A situação é, manifestamente, injusta. Se um candidato praticou abuso do poder econômico, doando óculos, dentaduras, tijolos etc., aos seus eleitores e teve o seu processo de investigação judicial concluído antes das

eleições, seu registro será cassado, ficando, em consequência, impossibilitado de exercer mandato eletivo nos três anos subseqüentes.

Todavia, outro candidato, que fez as mesmíssimas doações, mas teve seu processo julgado somente após a sua posse no cargo, já não perderá o mandato. Ficará, apenas, inelegível nas eleições dos três anos subseqüentes, afinal, **impossível a propositura da ação de impugnação de mandato ou do recurso contra a diplomação, porquanto, passado mais de 15 dias da data da diplomação.** Ora, se um cidadão é indigno até mesmo de postular o registro de sua candidatura, nas próximas eleições, como admiti-lo digno do exercício do mandato?

Sob outra ótica, **para que exigir ação de impugnação de mandato ou recurso contra a diplomação se, na ação de investigação, já se manifestou a Justiça Eleitoral, destacando a configuração do abuso, ao julgá-la procedente, após cumprido o rito processual previsto no art. 22 e incs. da Lei Complementar n.º 64/90?**

Ante tais considerações, infere-se que o tema guarda acirrada polêmica, o que recomenda, em nome da cautela, a adoção das medidas ora apresentadas (propositura da **AIME** em conjunto com a **AIJE**) a fim de fazer valer o princípio constitucional “**da proibição do exercício do mandato obtido por meio de abuso do poder econômico ou abuso no exercício de função**”.

Refutamos, desde já, possíveis argumentos contrários nos seguintes sentidos:

Primeiro: Não há litispendência, tendo em vista que, embora as partes e a causa de pedir sejam idênticas nas duas ações, os pedidos são diversos.

Recorramos mais uma vez às lições do eminente DJALMA PINTO¹¹, *ad litteram*:

“É significativo assinalar, por outro lado, que por serem diferentes os pedidos, na investigação judicial - (cassação do registro) -, e na impugnação do mandato - (cassação deste), não se pode falar em litispendência no caso de utilização de ambas as vias processuais. A litispendência consiste na reprodução de ação anteriormente ajuizada (art. 301, § 1º, CPC). Por serem diferentes os pedidos, como resultado, as ações não são idênticas.

Torna-se, aliás, diante da norma do inc. XV do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, obrigatória a propositura da ação de impugnação de mandato, quando não julgada a investigação antes da eleição. A sentença da investigatória, em descompasso com o princípio constitucional apontado, teria eficácia somente para desconstituir o registro do candidato, não seu diploma ou seu mandato.

Estes, para serem cassados, estariam a reclamar a interposição do recurso contra a diplomação ou da ação de impugnação de mandato.”

Com efeito, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátrias não divergem da interpretação legal, sendo pacífico que não há litispendência quanto forem distintos os pedidos nas diversas ações. Vejamos:

Nelson Nery Júnior¹²:

Art. 301 § 1º: 17. Identidade de ações: conceito. As ações serão idênticas quando tiverem, rigorosamente, os mesmos elementos: partes, causa de pedir e pedido.

¹¹ Ob. Cit. p. 49.

¹² In Código de Processo Civil Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 4.ª Edição, São Paulo, 1999, p. 794.

Identidade de ações: caracterização. As partes devem ser as mesmas, não importando a ordem dela nos pólos das ações em análise. A causa de pedir, próxima e remota (fundamentos de fato e de direito respectivamente), deve ser a mesma nas ações, para que se as tenha como idênticas. **O pedido, imediato e mediato, deve ser o mesmo:** bem da vida e tipo de sentença judicial. **Somente quando os três elementos, com suas seis subdivisões, forem iguais é que as ações serão idênticas.**

*Litispendência. Identidades de pedidos. A identidade de pedido não caracteriza a litispendência. **Somente se verifica a litispendência com a identidade de ações: as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir** (TRF- 5ª. 1ª. T., AP 17299-RN, rel. Juiz Ridalvo Costa, v. u., j. 10. 12. 1992, JSTJ 47/583).

*Litispendência. MS e repetição de indébito. **Não geram litispendência, por serem diversos os pedidos,** a interposição de mandado de segurança visando o recebimento de verbas financeiras relativas às parcelas atuais e futuras e o aforamento simultâneo da ação de repetição de indébito pleiteando a restituição do recolhimento a maior, efetuado quando do pagamento das parcelas pretéritas (STJ-RT 745/187).

*Prazo. Litispendência. Coisa julgada. **Inexistência tanto da exceção da coisa julgada quanto da litispendência também argüida, por não configurada a triplíce identidade de que trata o art. 301. § 1º a 3º, do CPC,** Agravo desprovido (TFR, 4º T., Ag 50146-SP, rel. Ilmar Galvão, v.u., j. 30.3.1987, DJU 30.4.1987).

Inovamos com destaques.

Dessarte, sendo distintos os pedidos na **AIJE** e na **AIME**, não há que se falar em litispendência.

Segundo: Não há necessidade da **AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO** ser instruída com a sentença emanada da **AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO ELEITORAL**.

A matéria é regulada pelo art. 14 §§ 10 e 11, da Constituição Federal, o qual exige apenas que a ação seja instruída “**com provas de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude**”.

Ora, tais provas podem ser obtidas por todos os meios previstos no ordenamento jurídico vigente, *ad exemplum*, Procedimento Administrativo instaurado pelo Ministério Público, documentos, termos de declarações, filmes...

O que não se pode tolerar é a ação proposta sem um mínimo de prova, sem o *fumus boni iuris*.

O Tribunal Superior Eleitoral já se pronunciou sobre a matéria nos seguintes termos:

Relator	MAURÍCIO CORRÊA	Relator designado	
Publicação	DJ - Diário de Justiça, Data 05/06/1998, Página 70 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 10, Tomo 02, Página 11		
Ementa	RECURSO ORDINARIO. ACAO DE IMPUGNACAO DE MANDATO ELETIVO. INEXIGENCIA DE PROVA PRE-CONSTITUIDA. NECESSIDADE DE RAZOAVEL INDICIO DE PROVA. 1- O AJUIZAMENTO DE ACAO DE IMPUGNACAO DE MANDATO ELETIVO INDEPENDE DE EXIGENCIA DE PROVA PRE-CONSTITUIDA E RECLAMA PROCEDIMENTO ORDINARIO, DE CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ART. 272 DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL. 2- TENDO EM VISTA A SERIEDADE DA DEMANDA, QUE TEM FORCA PARA CASSAR ATE A MANIFESTACAO DE VONTADE DO ELEITOR, A INICIAL HA DE SER INSTRUIDA COM RAZOAVEL INDICIO DE PROVAS DO ALEGADO, INDICATIVO DA CERTEZA DO FUMUS BONI JURIS, DE NATUREZA DOCUMENTAL, INDISPENSAVEL A SUA PROPOSITURA (ART. 396, CPC), SEM PREJUIZO DA JUNTADA DE OUTRAS PROVAS NOVAS, NOS CASOS PERMITIDOS EM LEI (CPC, ARTS. 397 E 399), E DILACAO PROBATORIA.RECURSO ORDINARIO NAO PROVIDO.		

Ex positis, infere-se que o combate ao abuso do poder econômico no âmbito eleitoral exige bastante cautela do operador do direito - tendo em vista a complexidade da matéria - devendo ser usados ambos os instrumentos disponíveis (**AIJE e AIME**) com o escopo de evitar que infratores sejam beneficiados, bem como com o escopo de impedir que a população brasileira continue “*dançando*” ao som dos Paralamas do Sucesso:

“A minha burrice faz aniversário ao permitir que num país como o Brasil ainda se obrigue a votar por qualquer trocado, por um par de sapatos, um saco de farinha, a nossa imensa massa de iletrados”¹³.

Aracaju, 29 de junho de 2001.

Félix Carballal Silva

Promotor de Justiça Eleitoral funcionando perante
a 8.^a Zona Eleitoral - Comarca de Gararu - SE.

¹³ Trecho extraído da música intitulada “Luís Inácio (300 picaretas)”. Autor: Herbert Vianna.

***Aspectos Psicológicos da Prova
Testemunhal no Processo Penal na Prática
do Promotor de Justiça de Sergipe***

INTRODUÇÃO

Evidencia-se que a Psicologia se aplica às inúmeras questões jurídicas, pelo próprio fato de as relações humanas, o comportamento e suas implicações se constituírem como o “material de trabalho” sobre o qual se debruça um Psicólogo, pois que a Psicologia: *“não é a ciência apenas das manifestações observáveis e nem apenas dos fenômenos mentais, mas abarca o estudo de todas as manifestações do ser humano”*, PISANI (1989:24). É também o trabalho do operador do Direito lidar com os complexos conflitos humanos, haja vista que, segundo doutrina Tobias Barreto: *“Para que o homem sobreviva onde não foi possível a coexistência pelo amor, teve de se instalar a coação”*, SILVA (1996:61).

O Direito enquanto ciência que busca a harmonia social através da solução dos conflitos humanos, reveste-se de uma dinâmica indispensável para que possa acompanhar a evolução dos fatos sociais, pois segundo doutrina MAXIMILIANO (1993:12):

... A letra permanece: apenas o sentido se adapta às mudanças que a evolução opera na vida social.

O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta é a estática, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito.

Pela complexidade das relações humanas, que evoluem incessantemente e se nos apresentam como novos desafios que aguardam por soluções sensatas e normativamente motivadas, não se constitui tarefa fácil a adaptação da norma objetiva, pura e fria, a uma realidade concreta, subjetiva e peculiar, sem o auxílio de outras ciências, como a Psicologia e, mais especificamente voltada ao Direito, a Psicologia Jurídica.

Dessa forma, percebe-se o quanto a Psicologia, que acredita não existir um indivíduo semelhante a outro, está intrinsecamente ligada à Ciência para a qual *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”*, de acordo com o *caput* do art. 5º da Constituição

Federal. Embora sob a visão de objetos científicos diferenciados, ambas buscam o equilíbrio das relações humanas, no sentido de que pretendem dirimir as inquietudes que afligem o homem em sociedade.

No que pertine ao Direito Processual Penal, este ramo do Direito Público encontra nas ciências auxiliares alguns dos fundamentos necessários para a melhor consecução do seu caráter instrumental de aplicação do Direito Penal. Assim, a Psicologia Judiciária, segundo MIRABETE (1996:34)

... se ocupa dos exames de personalidade, inclusive o criminológico, para a classificação dos criminosos com vistas à individualização da execução. Entretanto, cuida ela especialmente do estudo dos participantes do processo judicial (réu, testemunha, juiz, advogado), fornecendo elementos úteis sobre a colaboração de cada um na atividade processual, em especial quanto ao valor probatório dos testemunhos, interrogatórios etc.

O tema que se pretende abordar, a prova testemunhal, inclusive analisado em trabalho anterior MOURA (1998), reveste-se de grande importância para o auxílio na busca da verdade no processo, portanto, caracterizando-se, para o Direito Processual Penal, a testemunha como:

... todo homem, estranho ao feito e eqüidistante das partes, chamado ao processo para falar sobre fatos perceptíveis a seus sentidos e relativos ao objeto do litígio. É a pessoa idônea, diferente das partes, capaz de depor, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa. CAPEZ (1999:268)

A importância desta prova, contudo, nota-se com maior relevo no processo penal, pois que os delitos criminais, como acontecimentos fáticos que são, podem ser percebidos, reservados na memória, interpretados e posteriormente exteriorizados para fins de elucidação da verdade.

Entendendo que a prova testemunhal, quando cuidadosamente colhida e avaliada, reveste-se de grande importância para o esclarecimento

de uma questão posta para opinamento, é que se pretende com este trabalho conhecer, no âmbito do Ministério Público Estadual, como os Promotores de Justiça, atuantes na área criminal, posicionam-se sobre referida prova e quais os critérios por eles utilizados para a valoração dos testemunhos que se lhes apresentam rotineiramente no dia-a-dia de sua prática forense.

É, portanto, nesta perspectiva interdisciplinar, compatibilizando a Psicologia e o Direito, através, ainda, dos subsídios obtidos pela análise dos questionários aplicados aos Promotores de Justiça, que se pretende buscar um conhecimento acerca de como, no Estado de Sergipe, dentro da realidade do Ministério Público, seus membros têm avaliado os depoimentos testemunhais e que contribuição estes oferecem para seus posicionamentos.

Este trabalho foi desenvolvido através de pesquisa histórica e bibliográfica, complementada com os recursos de coleta de dados obtidos por meio de questionários, tendo como população alvo os Promotores de Justiça de Sergipe, atuantes na esfera criminal. Os resultados obtidos com a análise dos questionários não se constituem como o cerne deste estudo, caracterizam-se sim como uma amostra da realidade enfrentada pelos sujeitos desta pesquisa, servindo à ilustração de como os fatores que intercedem na prova testemunhal, aqui analisados reflexivamente, podem ser constatados no cotidiano forense.

A respeito do método do trabalho de pesquisa, oportuno ressaltar que:

A força da experiência do agente social evidenciada na história pereniza-se no tempo, diversificando-se, contudo, as investigações que podem ser feitas acerca da mesma, o que refletirá a experiência e a individualidade de cada investigador no seu processo de construção dos conceitos. MOURA (1997: 127)

Foram, então, identificados os temas pertinentes em livros e artigos de revistas especializadas e, a partir da seleção dos textos e informações obtidas, traçaram-se as conclusões sobre o tema aqui posto sob discussão, com base no estabelecimento de análises reflexivas acerca dos elementos que integram o problema, acrescentando, assim, novas idéias àquelas já existentes.

Pronuncia-se BACHRACH (1975:19), referindo-se a algumas características importantes da ciência :

Já afirmei que a ciência é uma mescla de dúvida e certeza. Considero que o bom cientista é arrogantemente humilde. Isto não é um mero jogo de palavras, pois ele deve ser arrogante no método e humilde na fé que tem no seu conhecimento.

E prossegue, relacionando brilhantemente ciência, lei e linguagem:

Não podemos definir a verdade em ciência antes de passar do fato à lei. Dentro do corpo das leis, por sua vez, o que nos impressiona é a coerência ordenada das partes. Elas se ajustam umas às outras como personagens em uma novela, ou como palavras em um poema. Deveríamos realmente conservar sempre presente esta última analogia. Pois ciência é linguagem, e como linguagem define suas partes pela maneira pela qual compõe um significado.

Cada palavra na sentença tem alguma imprecisão de definição, e não obstante a frase define seu próprio significado, por conseguinte, o das palavras que a compõem. A unidade e a coerência eterna da ciência lhe dão a verdade que a torna um sistema melhor de predição do que qualquer linguagem menos ordenada. (p.28)

CAPÍTULO 1

PROVA TESTEMUNHAL BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS

As antigas civilizações já se utilizavam da prova como meio de esclarecimento dos fatos criminosos. Àquele tempo, predominavam os conceitos primitivos de religião e misticismo, que imprimiam métodos rudimentares aos procedimentos de investigação e julgamento. Aos suspeitos de práticas delituosas eram impostas as mais violentas provações, e apenas aqueles que não sucumbissem aos sofrimentos físicos seriam inocentados das acusações contra si proferidas. O indivíduo “*é submetido a uma série de provas, de severidade graduada e que ele ganha ‘agüentando’, ou perde confessando.*” Apud FOUCAULT (1993:40).

Observando-se os textos bíblicos, segundo AQUINO (1995), encontram-se os primeiros preceitos sobre a prova testemunhal, inclusive, já marcados pela inquietude acerca da falibilidade dos testemunhos, senão vejamos os seguintes:

Não levantarás falso testemunho contra teu próximo; (p. 03)

Não será admitido contra um homem somente uma testemunha, qualquer que seja o crime, falta ou delito; (p. 03)

Clava, espada, flecha penetrante: tal é o que usa de falso testemunho contra seu próximo. (p. 04)

Um só homem não testemunhará contra outro homem, seja qual for o erro cometido: as vozes de duas ou três testemunhas podem confirmar a acusação. (p. 23)

Note-se nas transcrições acima o repúdio ao falso testemunho, assim como a rejeição de um único depoimento para que se caracterizasse qualquer condenação. Eram princípios que demandavam orientações, inclusive de ordem prática, instruindo acerca dos procedimentos para coleta e valoração da referida prova, assim como punições para quem

falseasse a verdade dos acontecimentos, tudo para que se pudesse afastar, ou ao menos minorar, as condições que oneram os testemunhos com a marca da falibilidade. Explica-se, portanto, em razão das contradições que gravam os depoimentos testemunhais, a variedade de nomenclaturas que lhes são dadas, ora como “brasa que queima na mão” ora como “os olhos e ouvidos da justiça”.

Segundo PONTE (2000:19):

Para o Direito canônico, a pessoa que praticasse o falso testemunho cometia, concomitantemente, três delitos: um contra Deus – a blasfêmia de invocar a Deus como testemunha e dizer uma falsidade -, outro contra a sociedade e outro contra a pessoa prejudicada com a infração. Acabou prevalecendo o crime contra Deus, motivo pelo qual o Direito eclesiástico considerava-o pecado. As penas aplicáveis à mencionada infração variavam de internação em monastérios à excomunhão.

A prova testemunhal era tema também disposto nas legislações dos povos antigos, a exemplo do Código de Hamurábi, o Código de Leis de Manu, a Lei das Doze Tábuas, onde se achavam parâmetros para a validade dos testemunhos e sanções para quem, inconseqüentemente, depusesse sem provas sobre o que alegasse.

O sexo, a idade e a condição social exerciam grande influência sobre a prova, pois que os relatos de mulheres, escravos, idosos ou doentes eram aceitos com ressalvas e apenas em circunstâncias em que não houvesse alguma outra testemunha “isenta” para relatar o fato. De acordo com AQUINO (1995:5):

Entre outras prescrições, o Código de Manu estabelecia que as testemunhas deviam pertencer à mesma classe social do imputado. Além disso, se uma mulher fosse acusada, somente mulheres poderiam testemunhar, abstração feita quando os fatos ocorressem nos aposentos interiores ou em lugar ermo, ou, ainda, em caso de assassinato, posto que, nesses casos, qualquer pessoa poderia prestar testemunho.

Estes foram, em breve análise, os primórdios do instituto que ora se discute. Estas origens históricas auxiliarão o estudo do tema proposto, haja vista ser impossível pretender dominar um ramo do conhecimento científico, principalmente aqueles intrinsecamente relacionados à evolução do homem em sociedade, sem ao menos buscar compreender os processos que geraram a dimensão social que se objetiva conhecer.

Acerca da ciência enquanto produto histórico, manifesta-se LANE (1999:45):

A ciência vista como produto histórico também se relativiza como produção humana e, portanto, perde sua condição de “neutra”, pois é sempre fruto de homens situados social e historicamente que determinam o prisma pelo qual os fatos são enfocados, ou seja, as necessidades e valores privilegiados por um grupo social naquele momento.

Os processos históricos refletem a subjetividade do agente, as experiências de uma época, que podem ser apreendidas através de uma análise às manifestações humanas transmitidas à descendência. As crenças, os costumes e as tradições constituem um vasto campo de informações, que, desvendadas, revelam todo o nexo que faz o passado determinar o presente.

Segundo MAXIMILIANO (1993:137):

O que hoje vigora, abrolhou de germes existentes no passado; (...); é um produto lento da evolução, adaptado ao meio; com acompanhar o desenvolvimento desta, descobrir a origem e as transformações históricas de um instituto, obtém-se alguma luz para o compreender bem.

CAPÍTULO 2

PSICOLOGIA JURÍDICA E TESTEMUNHA

A Psicologia Jurídica tem-se sobressaído como um ramo bastante fecundo da ciência psicológica em interface com o Direito. O que há algum tempo era incomum se vislumbrar, hoje já é perceptível no cotidiano judiciário, por exemplo, a atuação de psicólogos como auxiliares nos conflitos submetidos à Justiça. A evolução das ciências é fato que cada vez mais propicia a interação dos conhecimentos, pois o que uma determinada esfera de saber não consegue esgotar, uma outra pode vir a suprir e até acrescentar com novos temas sob outros prismas.

Inviável restringir-se limitadamente a uma seara isolada de pensamento sem dar oportunidade ao aporte teórico interdisciplinar que emerge como importante auxílio para as complexas discussões científicas modernas. Neste campo, onde se pretende relacionar aspectos psicológicos e jurídicos, a interdisciplinaridade apresenta-se como instrumento sobremaneira importante para elucidar os problemas que afligem o homem compreendido enquanto ser absorto em sua subjetividade e, concomitantemente, submetido à objetividade das determinações legais. Doutrina Jorge Sobral, da Universidade de Santiago, citado por SCHIVITZ (2001), (...) *a Psicologia e a lei parecem dois mundos condenados a entenderem-se (...) e para haver entendimento, deve haver basicamente conhecimento de ambos.*

Esta é, pois, a tendência atual. Imprescindível para o alcance de um entendimento coerente, equilibrado e fundamentado acerca dos complicados litígios hoje postos, é a busca do suporte interdisciplinar, onde as conclusões de cada ciência, dentre outras a Psicologia Social, Medicina Legal, a Sociologia, a Antropologia, a Criminologia, mutuamente se aplicam para identificar questões psicológicas afetas às mais diversas situações postas ao Judiciário.

Evidente, portanto, o quanto a Psicologia Jurídica dispõe para investigar, interpretar e concluir, senão vejamos opinião doutrinária pertinente à sua relação com a Medicina Legal:

O construtivismo psicológico, que tão fortemente tem imposto sua marca à atividade científica contemporânea, encontrou na Medicina Legal um campo propício. Aliás, a mesma vivia asfixiada pelas paredes rígidas das Ciências Físicas, angustiado-lhe os horizontes. A presença da Psicologia veio como um adubo, um catalisador a dar-lhe novas perspectivas e possibilidades.(...)

Essas considerações vêm a propósito de um estudo do psicólogo Bartley, onde ele se baseia no famoso experimento de Weld e Roff, cuja técnica é dirigida no sentido de penetrar no processo de julgamento e na formação de opinião, incluindo etapas fundamentais como, por exemplo, as referentes à seleção de um júri, à opinião dos grupos acerca da natureza dos indícios, às evidências a serem reveladas ou omitidas e sua interpretação(...). MACEDO (1977: 80-81)

Neste campo, surgem os subsídios oferecidos pela Psicologia Social como um auxílio relevante para o esclarecimento de questões de interesse da Psicologia Jurídica, tal qual a análise que se pretende desenvolver acerca da prova testemunhal. São analisados conceitos como a percepção social propriamente dita, além dos fatores que influem neste processo, como a seletividade perceptiva, valores, necessidades, tendenciosidades cognitivas, estereótipos, dentre outros, que demonstram

... como processos psicológicos são capazes de distorcer a correspondência entre o objeto distante e o percepto. Valores, atitudes, tendenciosidades, interesses e atribuições diferenciais de causalidade fazem com que, freqüentemente, o percepto não corresponda exatamente ao objeto distante. O importante é ter-se consciência da interferência destes processos a fim de procurar evitar sua influência, ou ao menos minimizá-la, em nossas interações com outros. RODRIGUES (1973: 270)

O campo da Psicologia Jurídica era inicialmente restrito à atividade pericial, onde o perito, incumbido de obter “a verdade” dos fatos, traz seus argumentos e conclusões técnicas aos autos, auxiliando os interessados no processo na busca por uma decisão mais acertada, segundo BARROS (1997:43), Psicóloga Judicial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

O campo da psicologia jurídica inseriu-se no ordenamento jurídico, como prova processual. Seu lugar: PERÍCIA. A prova pericial é um dispositivo jurídico que auxilia na formação da convicção do Juiz, para que este julgue, intervenha na vida privada de uma forma que pode almejar ser educativa, preventiva ou punitiva. Para que o Estado determine o que é melhor para o indivíduo e para a sociedade. O perito deve trazer aos autos um laudo com argumentos técnicos que esclareça sobre a verdade do fato posto em questão pelo Juízo.

Contudo, observa-se a ampliação das áreas de atuação do Psicólogo, que pode ser chamado a intervir em outros contextos, além da perícia, senão vejamos, *verbis*:

A Psicologia Jurídica, embora sendo uma disciplina relativamente nova vai-se consolidando quer no âmbito teórico quer no âmbito aplicado. Uma análise das áreas onde estão a trabalhar os psicólogos e psicólogas jurídicos converte-se numa boa descrição da sua capacidade interventiva. Áreas tão diversas como a formação da polícia, a mediação em processos familiares ou a aplicação de programas de prevenção da delinquência. Áreas que estão a permitir o contínuo crescimento científico de uma disciplina eminentemente social e interventiva. SACAÍ (2001)

É preciso atentar para a prática do Psicólogo atuante nesta área, pois que deverá empreender uma visão sobremaneira crítica sobre o trabalho que desenvolve para que não se “escravize” pela busca da verdade plena dos processos. Sabe-se não existir uma verdade absoluta e, portanto, sua relatividade se origina na idéia de que haverá sempre algo por desvendar e também o que nunca será conhecido, conforme BARROS (1997:44):

Se a psicologia jurídica tem como fundamento no campo jurídico oferecer a verdade aos autos, sabemos que esta verdade é sempre pelas metades, não é possível apreender toda a verdade do sujeito. Impossível responder à demanda de dar provas da verdade. Existem certas verdades que determinam a vida do sujeito mas que são inconscientes e desta forma

inapreensíveis; o sujeito para guardá-las em seu estatuto estruturante se defende delas e não as revelam, a não ser enquanto tropeços, nas entrelinhas. O que temos acesso é ao saber do sujeito em torno da sua verdade e toda estrutura de saber é ficcional.

Sendo balizado por este entendimento o Psicólogo estará comprometido com a ética de sua tarefa profissional, não cedendo ao papel de mero instrumento de tradução da subjetividade dos indivíduos que se lhe apresentam, apenas interessado em ajustá-los e adequá-los à objetividade da demanda judicial. Ele buscará sim restituir a própria história do sujeito, promovendo o esclarecimento sobre suas singularidades e verdades, resgatando a cidadania perdida, viabilizando, assim, uma funcional atuação jurídica.

Quanto ao estudo da testemunha, caracteriza-se, portanto, como um destacado ramo desta especialidade, pois que investiga as diversas variáveis que exercem influência sobre o comportamento daqueles que vêm a Juízo relatar o que presenciaram ou ouviram dizer, seja objetivamente, a exemplo de fatores como o tempo, a iluminação, entre outros, seja subjetivamente, como o estado emocional do indivíduo quando presenciou determinado delito, sua idade, maturidade, sexo ou nível social.

Constitui-se, então, como relevante matéria passível de estudo pela Psicologia Jurídica, tendo em vista que:

O testemunho é um dos mais importantes elementos na formação da prova; todos nós conhecemos, porém, a contingência psicológica que envolve esse elemento de convencimento da certeza legal. Se atentarmos para o número e volume dos trabalhos publicados sobre a falência do testemunho no primeiro vicênio deste século, saberemos que essa preocupação foi motivada por fatores de ordem moral e social e, sobretudo, pelos progressos da psicologia experimental.
GARCIA (1958: 470)

Quase sempre imprescindível para o processo penal, seu valor probatório, contudo, não é absoluto, justamente pela própria falibilidade que a ameaça, cabendo a quem dela se utiliza valorá-lo, prudentemente, com base no seu livre convencimento. Haja vista, ao se falar em

testemunho, aqui entendido como o discurso proferido em juízo por uma testemunha, ser impossível dissociá-lo da própria condição humana naturalmente imperfeita e falível diante das mais diversas variáveis que a influenciam.

Alguns estudiosos discutem acerca do momento em que o sujeito adquire a qualidade de testemunha, como AQUINO (1995:78), que considera:

... o indivíduo somente assumirá a função de testemunha propriamente dita, isto é, juridicamente considerada, quando, depois de ter sido convocado pelo órgão jurisdicional a comparecer em juízo a fim de narrar os fatos relacionados com o processo, objeto da investigação judicial, efetivamente compareça, preste compromisso (nos casos exigidos pela lei) e transmita seu conhecimento ao magistrado.

Importante ressaltar que a testemunha, antes de qualquer conceituação, é um ser humano que relata os acontecimentos captados pelos seus sentidos, relato este que ficará à mercê da sua capacidade perceptiva, seus preconceitos, valores, necessidades e interesses. É o resultado de todo este contingente que será utilizado como prova processual, suficiente, não raro, para decidir as inúmeras questões postas para julgamento.

CAPÍTULO 3

ASPECTOS PSICOLÓGICOS DA PROVA TESTEMUNHAL

Considerando as definições já expostas anteriormente acerca da prova testemunhal e da testemunha, indivíduo que relata suas impressões sobre fato que interesse à elucidação de um delito, urge analisar algumas questões psicológicas que intervêm neste processo.

Como dito, relatar as impressões sobre algo implica, de logo, a idéia de que nenhum relato é totalmente neutro, ou seja, isento de qualquer interferência subjetiva, pois, em se tratando de percepções, no discurso proferido em Juízo implicitamente está todo o contingente que determinou o momento que se pretende reconstituir perante as partes interessadas no deslinde do processo criminal.

De acordo com o Psicólogo Lionel R. C. Haward, em trabalho apresentado à Sociedade Britânica de Criminologia, citado por PONTE (2000:25):

Antes que uma testemunha ocular tenha experiência real dos acontecimentos que se desenrolaram no mundo exterior, a informação recebida pelos seus sentidos – os dados sensoriais primários – é trabalhada por processos cerebrais, que selecionam, organizam e transformam a informação, de acordo com as condições existentes na testemunha no momento. Estes são os processos perceptivos, um sistema dinâmico mas ordenado, por meio do qual as informações sensoriais são enriquecidas com um significado. Não há registro passivo de impressões e toda testemunha presente no momento registrará uma seqüência dos acontecimentos de forma algo diferente. Por causa de seus próprios processos psicológicos, a pessoa que percebe os fatos apresenta uma construção única sobre o mundo conforme ela o experimenta.

Neste campo podem ser utilizados alguns conceitos trazidos à análise pela Psicologia Social, os quais, aplicados ao estudo dos

testemunhos, auxiliam a esclarecer muitas situações em que pode haver dúvida acerca da veracidade ou não de determinados relatos que servirão de fundamento para pareceres ou decisões.

Segundo RODRIGUES (1973:223):

O processo perceptivo envolve uma série de variáveis que se interpõem entre o momento da estimulação sensorial e a tomada de consciência daquilo que foi responsável pela estimulação sensorial.

Dentre as várias características que permeiam o processo perceptivo, aquele autor analisa algumas categorias que, consideradas, levam à compreensão do porquê o objeto percebido, denominado “percepto”, pode-se apresentar distorcido aos sentidos de quem o vislumbra.

Destaca-se, primeiramente, a “seletividade perceptiva”, que se caracteriza quando um indivíduo capta apenas um conjunto de estímulos que se lhe apresentam em um dado momento. Pode-se ilustrar com uma situação ficta para demonstrar a aplicabilidade deste fator à percepção da testemunha ao presenciar um crime: uma cena onde a visão do percebido estaria atenta apenas para o sujeito que lesionava a vítima, não sabendo informar se havia mais alguém com o agente do delito ou se a própria vítima portava algum objeto contundente.

Relevantes os “fatores contemporâneos ao fenômeno perceptivo”, que se configuram como:

... certos estados específicos do percebido num determinado momento. Estados de fome, sede, pobreza, depressão, cansaço, etc., podem influir na percepção do estímulo sensorial. (...) Assim como a experiência passada influi no processo perceptivo, (...), fatores presentes, situacionais, também são capazes de predispor a pessoa a determinadas percepções. RODRIGUES (1973: 227-228)

No mesmo exemplo citado acima, pode-se imaginar a possibilidade de a testemunha não ter conseguido captar os demais

elementos do ambiente em razão do grande temor que a afligia naquele instante, concluindo-se que sua percepção foi influenciada por um dos “fatores contemporâneos ao fenômeno perceptivo”. Outra situação onde se aplicaria a experiência passada como fator que influiria no percepto seria quando o percebedor apressadamente concluiria que o agente do delito estaria em legítima defesa ao vitimar um sujeito com antecedentes de delinquência.

Analisa-se, ainda, os conceitos de “defesa perceptiva” e “acentuação perceptiva”, aquela significando *“um bloqueio na conscientização de estímulos emocionalmente perturbadores”*, e esta como uma *“distorção para mais do tamanho de um objeto em função de seu valor subjetivo”* RODRIGUES (1973:228-230).

Ainda utilizando a cena criada como exemplo, se o agressor tentou violentar sexualmente a vítima, a testemunha, por influência da “defesa perceptiva”, bloquearia o estímulo emocionalmente perturbador, qual seja, o ato da violência, e, ao depor em Juízo, sua consciência não recobriria o acontecimento constrangedor, haja vista, segundo o autor, *“situações que são carregadas de emotividade se prestam de maneira impressionante para distorções”*, (p. 272).

Quanto à influência da “acentuação perceptiva”, pode-se imaginar, no mesmo exemplo, que a pessoa do agressor causaria tão grande medo à testemunha, que esta, ao descrevê-lo em seu depoimento, poderia caracterizá-lo como alto e forte, descrição, todavia, que não corresponderia à estrutura física daquele indivíduo.

Oportuno ressaltar que os fatores cognitivos revestem toda a dinâmica do processo de percepção, em razão de o fenômeno perceptivo não se restringir a apenas um registro das informações sensíveis à visão, pois o que realmente se pretende compreender são os traços subjacentes àquela ação observada, *“o que interessa não é o simples registro visual da ação (...) mas sim o seu significado”*, (p. 233).

Neste campo, surgem os preconceitos, estereótipos, valores, interesses, entre outras condições, que delineiam toda a observação efetuada pelo percebedor e que aparecem no seu relato posteriormente exteriorizado. Explica-se, então, porque às testemunhas, quando em Juízo,

não se permite emitir qualquer opinião ou interpretação acerca da cena presenciada, devendo apenas relatar objetivamente o que viram, de acordo com o artigo 213 do Código de Processo Penal, que determina: “O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.” É uma tentativa demonstrada pelo legislador de afastar as interferências subjetivas que marcam o discurso, mas que, independente desta cautela, dissociar estes elementos constitui-se tarefa sobremaneira complexa.

Cuidou-se, até então, de alguns fatores que, influenciando a percepção da testemunha, podem gerar distorções no seu depoimento. Contudo, oportuno ressaltar que a falibilidade dos testemunhos pode também ser ensejada por parte de quem a inquirir. O caso citado a seguir foi fruto das observações do renomado estudioso da Psiquiatria Forense, o Neuro-psiquiatra Luigi Battistelli, e se coaduna com este entendimento:

Carlos X..., indo, um dia, a passar por uma certa rua, sem ter motivo para prestar atenção ao que, acidentalmente, se passava ao longo do caminho, atraído por uma gritaria ameaçadora, decidiu-se a parar e assistiu a uma desordem bastante violenta entre três ou quatro indivíduos que, em dado momento, puxaram das navalhas. A intervenção dos carabineiros, que imediatamente acorreram ao local, pôs fim à luta. Não havia nenhum morto; apenas um ferido.

Carlos X..., que viera à cidade tratar dos seus negócios, sem mesmo perguntar quem eram os contendores e porque razão se envolveram em conflito, retomou o seu caminho e foi tratar dos seus assuntos, sem voltar, nos dias seguintes, a pensar naquele encontro, apesar dos carabineiros, antes de se ter dispersado o ajuntamento de pessoas acorridas a presenciar a cena, terem tomado nota também do seu nome.

Alguns meses mais tarde, chamado a comparecer como testemunha perante o Juiz de instrução, foi convidado a dizer o que sabia a respeito de alguns pormenores que, segundo o Magistrado, não podiam ter-lhe escapado.

No cumprimento do seu dever, o interrogador talvez não tenha pensado que as informações que pretendia obter, como imprescindível necessidade do seu estudo analítico e crítico do criminoso episódio, podiam não ter despertado igual interesse

em quem esteve incidentalmente presente ao facto, e a quem, por isso, podiam ter escapado muitos pormenores daquele fortuito encontro ou terem-lhe deixado, quando muito, uma recordação frágil, vaga e parcial. Tendo na sua presença um jovem prestimoso, de aspecto inteligente, com a vista e o ouvido em perfeita ordem, não podia convencer-se de que ele não viu e ouviu tudo; continuava, por isso a insistir com as suas perguntas, suspeitando que ele não queria falar.

Mas o pobre diabo que, ao contrário, não tinha qualquer interesse em mentir, às perguntas cada vez mais insistentes, respondia constantemente: "Não... eu isso não vi; eu isso não ouvi!"

Convencido de que com bons modos não obtinha o que pretendia, o Juiz resolveu adoptar uma atitude mais severa e modificou a sua linguagem, dando também a entender à testemunha que poderia vir a ser punida, se não decidisse dizer a verdade.

Em face de tão obscura ameaça, e ao mesmo tempo um pouco perturbado e desorientado com a imperativa insistência e com aquelas sugestivas perguntas, a testemunha começou a duvidar de si mesmo e a suspeitar primeiro, para, depois, acabar por se convencer, de que tudo aquilo que o Juiz entendia que ele devia ter visto e ouvido, podia ser a verdade, por ele talvez mal percebida ou esquecida.

Uma vez neste caminho, procurando reordenar as suas imperfeitas recordações, convenceu-se de que o Juiz teria razão em censurá-lo e declarou que, repensando bem as coisas, os pormenores sobre que tinha sido interrogado eram exactos.

Eis a mentira!... a mentira involuntária, inoculada no espírito da testemunha! BATTISTELLI (1977:83-84)

Segundo AQUINO (1995:64), "(...) não se discute que a pompa judiciária, não raro, tem o condão de intimidar a testemunha que comparece em juízo com o propósito de mentir". Porém, esta mesma pompa judiciária pode intimidar também o depoente, no sentido de falsear inconscientemente a verdade acerca dos fatos que presenciou, levando-o a titubear com uma ou outra pergunta que lhe é feita, o que poderá induzir uma interpretação enganosa.

Referindo-se à prova testemunhal no Tribunal do Júri, PONTE (2000:27) remete-se a Lionel Haward:

... o efeito de um auditório é o de retardar o normal funcionamento mental e físico de um indivíduo, fazendo com que cometa mais erros, e é rara a testemunha que não se sente emocionalmente perturbada quando está depondo. Além disso, o tipo da emoção despertada produz diferentes espécies de distorção. Medo, vergonha, aborrecimento produzem uma versão ligeiramente diferente da percepção original e estes processos podem ser aumentados pela atitude de quem realiza a inquirição. Weiss e Fire, por exemplo, descobriram que, se o inquiridor fosse ofensivo e despertasse sentimentos agressivos e hostis na testemunha, as recordações desta tenderiam a conter idéias mais agressivas e conceitos mais primitivos do que numa situação neutra: assim, ela mais provavelmente dirá 'bater' em vez de 'tocar' e, por uma escolha inconsciente de adjetivos e verbos predominantemente agressivos, faz uma descrição falsa do acontecimento. O modo frio e científico não é muitas vezes melhor, pois Lord mostra que uma atitude fria produz muito mais enganos do que uma calorosa.

Necessária, portanto, uma atitude cautelosa por parte do interrogador, estando atento aos possíveis efeitos do autoritarismo, do cansaço, da impaciência, da indução, para que estes não o dominem quando da coleta de um testemunho, interferindo na qualidade da prova obtida.

É bem verdade que existem os mais habilidosos no “ofício” de captar as expressões, emoções e sentimentos alheios, mas esta habilidade pode advir, além da experiência, da apropriação dos resultados alcançados pela Psicologia em estudos sobre as atitudes necessárias ao bom entrevistador.

A empatia, por exemplo, é tida como a “chave” que facilita tanto a compreensão de quem se nos apresenta, como viabiliza que o sujeito se sinta à vontade para expor seus conflitos. Segundo MAY (1992:65), “É neste profundo e um tanto misterioso processo de empatia que ocorrem a compreensão, a influência e outras relações significativas entre as pessoas.”

Transportando o processo de empatia para o ambiente de um depoimento, pode-se imaginar uma atitude de completa disposição por parte do inquiridor, no sentido de demonstrar ao depoente sua tranqüilidade para ouvi-lo e seu interesse em tentar compreendê-lo. Esta postura de aceitação do outro, sem dúvida, facilitaria a obtenção de um relato onde estariam afastadas algumas das circunstâncias que poderiam deturpá-lo. Para melhor compreensão, observe-se o exemplo:

Enquanto ele falava, mantive-me perfeitamente relaxado e o fitei calmamente no rosto. Deixei-me absorver por sua história. Em breve estava tão completamente absorto, que perdi a consciência do ambiente físico da sala, a ponto de ter consciência apenas dos olhos assustados do rapaz, de sua voz trêmula e do fascinante drama humano que descrevia. MAY (1992:66)

Portanto, é desenvolvendo esta sensibilidade que quem lida com a prova testemunhal poderá aperfeiçoar sua prática, consciente dos fatores que afetam tanto quem depõe quanto quem inquire, para saber distinguir entre um testemunho imprestável e o hábil a fundamentar um posicionamento.

Longe de esgotar o tema, todas as hipóteses aqui traçadas não pretendem dirimir os diversos motivos que podem ensejar as distorções da prova testemunhal, mas apenas objetivam incitar o interessado pela temática a avaliar os mais diversos casos que se lhe apresentam, buscando suas próprias conclusões, favorecendo o enriquecimento da discussão com as novas circunstâncias obtidas.

CAPÍTULO 4

O PROMOTOR DE JUSTIÇA NA ESFERA CRIMINAL

O Ministério Público, representado pelos seus Promotores e Procuradores de Justiça, é o órgão do Estado responsável, na área criminal, por zelar pela aplicação da lei penal, garantindo a obrigação estatal de reprimir as ações que ofendam a ordem jurídica.

Ressalte-se que o Promotor de Justiça, antigamente denominado “Promotor Público”, não é mais o mero acusador, “*inimigo dos malfetores*”, caracterização que algumas pessoas ainda insistem em adotar. Suas várias atribuições atuais demonstram, inclusive na área cível, igual relevância. Na esfera criminal, contudo:

... ao contrário do que muitos leigos pensam, não é o promotor de justiça obrigado a acusar: tem plena liberdade de convicção e de atuação. Não só pode como deve pedir a absolvição ou recorrer em favor do acusado, caso se convença da sua inocência;(...). MAZZILLI (1997: 10)

Doutrina MIRABETE (1996:113), acerca das atribuições do Ministério Público, na área criminal:

O Ministério Público é dono (...) da ação penal pública. É o órgão do Estado-Administração, representado por Promotores e Procuradores de Justiça, que pede a providência jurisdicional de aplicação da lei penal, exercendo o que se denomina de ‘pretensão punitiva’. É um órgão uno e indivisível e, assim, seus membros podem ser substituídos no processo, por razões de serviço, sem que haja solução de continuidade. O Ministério Público promove a ação penal pública desde a peça inicial (denúncia) até os termos finais, em primeira e demais instâncias. Acompanha-a, está presente a todos os atos, fiscaliza a sequência dos atos processuais; zela e vela pela observância da lei até a decisão final.

Frise-se que o Ministério Público não integra qualquer dos Poderes (Executivo, Legislativo ou o Judiciário), enquadrando-se no capítulo

constitucional referente às *Funções Essenciais à Justiça*. Conceitua-se, de acordo com artigo 127 da Constituição da República, como “*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*” Detém autonomia funcional, administrativa e financeira.

Reveste-se, então, de grande importância a prova testemunhal para o convencimento dos Promotores no seu interesse de desvendar os fatos, na medida em que a Polícia Judiciária, encarregada de recolher os elementos probatórios que elucidem as infrações penais, não os fornecem com suficiência, um dos motivos que ensejam, não raro, a formação do convencimento fundamentada apenas em provas testemunhais.

Assim, o Promotor de Justiça, ao se deparar com a prova testemunhal, atribui-lhe um valor, que será maior ou menor para a sua convicção, a depender do que se obtiver com o confronto desta com as outras provas trazidas ao processo, além, talvez, de buscar outros critérios que o levem a utilizar ou abandonar um testemunho, quando convencido do seu pouco valor elucidativo.

São alguns desse critérios que se pretende conhecer com a análise da amostra ilustrativa dos questionários respondidos. Essencial, portanto, é apreender um pouco da prática desses profissionais, que lidam diariamente com testemunhas e, certamente, devem ter muito a revelar acerca de como avaliam tal prova e as razões que os levam a utilizá-la.

Pretende-se compreender o valor dos testemunhos para o Promotor de Justiça de Sergipe, atuante na área criminal, quando, no seu cotidiano forense, ao se deparar com uma prova tão especial e peculiar, obriga-se a utilizar outros métodos, além dos legais, para poder valorá-la de forma mais precisa e, assim, garantir a serenidade e a segurança de que manifestou o entendimento mais justo.

CAPÍTULO 5

RESULTADOS

Os questionários, modelo em anexo, foram encaminhados a todos os Promotores de Justiça que atuam na área criminal, em um total de 52 (cinquenta e dois). Acompanhava-os um ofício expedido pelo Diretor da Escola Superior do Ministério Público, explicando a natureza da pesquisa, ao tempo em que solicitava a devolução em data estabelecida.

Foram devolvidos, contudo, apenas 09 (nove) dos questionários enviados. Apesar do não atendimento de maioria dos sujeitos da pesquisa, registre-se o reconhecimento àqueles que retornaram os questionários respondidos, pois que relevantemente contribuíram para o desenvolvimento desta pesquisa, não restando impedida a análise da amostra, cuja discussão se segue.

Elaborado com quatro questões, a primeira, de preenchimento opcional, contém nome, local onde exerce as funções e o tempo que integra a carreira. As demais adentram à matéria da prova testemunhal.

No que pertine ao tempo de carreira dos Promotores que responderam os questionários, 67% (sessenta e sete por cento) deles possuem 3 (três) anos e 06 (seis) meses; 22% (vinte e dois por cento), 10 (dez); e 11% (onze por cento), 11 (onze) anos de carreira.

No primeiro questionamento, pretende-se saber dos Promotores qual a percentagem, em média, de utilização da prova testemunhal nos processos criminais. Ao que o item que continha a hipótese de 90 – 100% obteve 67% (sessenta e sete por cento) das respostas. O item referente a 80 – 90% recebeu 22% (vinte e dois por cento); e a hipótese 70 – 80% ficou com 11% (onze por cento) das respostas. Os outros itens desta questão não foram assinalados.

O segundo quesito, acerca dos processos criminais onde há prova testemunhal, interrogava-se em quantos, aproximadamente, decidia-se o caso com base nesta prova. O item que propunha “muitos ou quase todos” obteve 100% (cem por cento) das respostas.

Ainda neste quesito, indagava-se o porquê da resposta assinalada, onde 67% (sessenta e sete por cento) concordaram com a deficiência das provas técnicas. Merecem destaque, ainda neste item, onde se indicava o porquê do poder decisivo dos testemunhos, assertivas como: "...acusado e vítima não têm compromisso de dizer a verdade"; "As perícias trazem apenas o fato. As testemunhas trazem os detalhes e nuances que permitem aplicar a lei ao fato concreto com subjetivismo"; "Muitas vezes essa é a única prova."

No último questionamento, foram propostos critérios de valoração da prova testemunhal, quais sejam, o lógico-legal, o psicológico e o sociológico, juntamente com uma legenda onde se indicaria a frequência de uso para cada um destes. Ressalte-se que quanto a este quesito foram considerados apenas 08 (oito) questionários como corretamente respondidos. Seguem-se seus resultados:

O item que propunha o critério lógico-legal obteve 89% (oitenta e nove por cento) de respostas na legenda que indicava "o que mais uso". Obtendo 11% (onze por cento) a legenda "o que menos uso". Para este item não foi assinalada a legenda "uso às vezes".

O critério psicológico recebeu a legenda "uso às vezes" em 75% (setenta e cinco por cento) das respostas. Enquanto 25% (vinte e cinco por cento) assinalaram para este item a legenda "o que mais uso". A legenda "o que menos uso" não foi assinalada para este critério.

O último critério proposto, o sociológico, obteve 50% (cinquenta por cento) das respostas na legenda "uso às vezes"; 37% (trinta e sete por cento), na legenda "o que menos uso"; e 13%, na legenda "o que mais uso".

Ainda neste último quesito foi sugerido que poderia ser descrito algum outro critério utilizado, preenchendo-se o espaço "outros". Porém não foi feita qualquer menção que já não estivesse enquadrada nos critérios ali elencados.

CONCLUSÃO

O propósito que determinou a elaboração deste trabalho foi empreender uma análise histórica e bibliográfica acerca dos aspectos psicológicos que envolvem um tema do Direito Penal Processual, qual seja, a prova testemunhal.

Relevante para a busca da verdade nos processos criminais, necessário um conhecimento dos diversos fatores que podem ensejar distorções nos testemunhos. Em se tratando de testemunhas, ou seja, indivíduos que, por terem presenciado um determinado delito, vêm relatar suas impressões em Juízo, notórias as imperfeições que podem atingir seus depoimentos, haja vista ser impossível dissociá-los da própria falibilidade humana frente às mais diversas variáveis que se inter põem nesse processo.

Os Promotores de Justiça, atuantes na área criminal, estão em constante contato com a referida prova, dependendo quase sempre dela para formar sua convicção acerca da verdade dos fatos. Neste estudo se pretendeu conhecer quais os critérios que estes profissionais se utilizam para valorar os testemunhos e como se definem acerca de sua veracidade, conclusões que serão dispostas a seguir, através da discussão da amostra analisada.

Nota-se quanto os conceitos advindos da Psicologia podem auxiliar o estudo dos processos que intervêm na prova testemunhal. Partindo de uma perspectiva interdisciplinar, pois que a Psicologia Jurídica muito se utiliza dos conceitos propostos pela Psicologia Social, Criminologia, Medicina Legal, entre outras, demonstrou-se a ampliação da intervenção psicológica no contexto jurídico.

Demonstrada a influência da capacidade perceptiva, dos fatores emocionais, dos preconceitos, estereótipos, para o processo de percepção, nota-se o grau de interferência subjetiva nos depoimentos testemunhais, pelo que foram transportados alguns conceitos oriundos da Psicologia Social para a discussão da prova testemunhal.

Foram discutidos alguns aspectos acerca da relação do interrogador para com a testemunha, pois a postura de quem interroga também pode contribuir para a desqualificação dos testemunhos.

Traçaram-se algumas das funções do Ministério Público, o papel dos seus membros na esfera criminal, elencando-se algumas de suas várias atribuições nesta área.

Para ilustrar a análise reflexiva da temática, foram enviados questionários aos Promotores de Justiça que atuam na área criminal, para que se traçassem algumas conclusões acerca da sua experiência profissional com as testemunhas.

Conclui-se, através da análise dos resultados obtidos com a amostra coletada, que é alto o índice de utilização da prova testemunhal nos processos criminais, demonstrando-se a relevância desta prova para a elucidação dos delitos, o que se deve, talvez principalmente, ao fato de as apurações empreendidas quando da fase do inquérito policial não fornecerem elementos suficientes ao titular da ação penal, explicitando uma das razões da valorização dos testemunhos.

Quanto ao poder decisivo dos testemunhos para o deslinde dos processos criminais, todos os sujeitos pesquisados optaram pelo item que sugeria que muitos ou quase todos são decididos com base nesta prova. Note-se a importância que reveste os testemunhos, pois que nos processos criminais em que há prova testemunhal, em sua maioria são decididos pelas conclusões retiradas da análise dos depoimentos testemunhais. Mais uma vez se confirma a relevância da prova ora discutida, em razão provavelmente do conteúdo meramente informativo do inquérito, além do seu relativo valor probatório, restando, para a formação do convencimento, os elementos colhidos na instrução processual.

Alguns motivos ensejam o alto índice de utilização desta prova e o principal é o de que a Polícia Judiciária não oferece suficientemente os elementos comprobatórios necessários à elucidação dos delitos, muito em razão da ausência de uma estrutura moderna e de uma aparelhagem avançada tecnologicamente, implicando o enfraquecimento ou até a inexistência de outras provas, restando à prova testemunhal, não raro, o esclarecimento dos fatos.

Merece destaque, ainda, uma outra razão que favorece o alto índice de uso dos testemunhos, qual seja, independente das provas materiais trazidas pela perícia, os depoimentos testemunhais oferecem as circunstâncias que envolveram o momento do delito, segundo um dos sujeitos da pesquisa, permitindo “aplicar a lei ao fato concreto com subjetivismo.”

Conclui-se, ainda, através do último questionamento proposto, onde foram sugeridos três critérios para a avaliação da prova testemunhal, quais sejam, o lógico-legal, o psicológico e o sociológico, que o critério lógico-legal obteve maioria das respostas no sentido de que é o mais usado, ressalte-se que as demais respostas foram pelo item referente ao que “menos uso”; o psicológico recebeu maioria como o critério usado às vezes, frise-se que um índice considerável de respostas situou-se na legenda “o que mais uso”, neste item não foi atribuída a opção “o que menos uso”; e o sociológico obteve maioria de “uso às vezes”, distribuindo-se o restante das respostas entre as outras duas hipóteses.

Pode-se observar que os Promotores de Justiça de Sergipe, atuantes na seara criminal, prevalecem-se do critério lógico-legal para avaliar os testemunhos, procedendo ao confronto desta prova com as outras trazidas aos autos para se decidir acerca da validade dos depoimentos testemunhais. Porém, equilibram esta avaliação, utilizando-se sobremaneira do critério psicológico, pois nenhum dos sujeitos considerou-o como o menos usado, demonstrando que estão atentos às manifestações psicológicas das testemunhas. Enquanto que a verificação acerca da conduta social e do meio em que vive a testemunha é utilizada com menor frequência, entendendo-se seja um complemento para os critérios anteriores, caracterizando-se significativamente como o menos usado.

BIBLIOGRAFIA

Livros:

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro*. 3ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1995.

BACHRACH, Arthur J. *Introdução à Pesquisa Psicológica*. 10ª reimpressão, São Paulo, E.P.U., 1975.

BATTISTELLI, Luigi. *A Mentira nos Tribunais*. 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, Ltda, 1977.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3ª ed., revista e atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 10ª ed., Petrópolis, Vozes, 1987.

GARCIA, J. Alves. *Psicopatologia Forense*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Irmãos Pongetti Editores, 1958.

LANE, Silvia T. M. e CODO, Wanderley (Org.). *Psicologia Social – O Homem em Movimento*. 13ª ed., São Paulo, Editora Brasiliense S/A, 1999.

LIMA, Rivaldo Sávio de Jesus. *Psicologia – Uma Introdução ao Estudo da Alma*.

MACEDO, Gilberto de. *Criminologia*. 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.

MAY, Rollo. *A Arte do Aconselhamento Psicológico*. 8ª ed., Petrópolis, Vozes, 1992.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo, Editora Saraiva, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal – Interpretado*. 7ª ed., São Paulo, Editora Atlas S/A, 2000.

_____. *Processo Penal*. 5ª ed., São Paulo, Editora Atlas S/A, 1996.

PINTO, Antonio L. de T. et alii (Colab.). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 27ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2001.

PISANI, Maria Elaine et alii. *Psicologia Geral*. 8ª ed., Caxias do Sul, Porto Alegre, Editora Vozes, 1989.

PONTE, Antonio Carlos da. *Falso Testemunho no Processo*. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2000.

RODRIGUES, Aroldo. *Psicologia Social*. 2ª ed., Petrópolis, Rio de Janeiro, Editora Vozes Ltda, 1973.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 21ª ed., São Paulo, Cortez, 2000.

SILVA, Dalmo. *A Psicologia Aplicada ao Direito e à Justiça*. 2ª ed., Rio de Janeiro, BVZ Edições Com. e Representações Ltda, 1996.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. SISTEMA DE BIBLIOTECAS. *Referências*. Curitiba, Editora da UFPR, 2000.

Artigos de Revista:

BARROS, Fernanda Otoni de. *O Amor e a Lei – O Processo de Separação no Tribunal de Família*. *Psicologia – Ciência e Profissão*. Ano 17, n.3, de 1997.

MOURA, Ana Paula de Carvalho. *Estudo sobre a Psicologia do Testemunho*. *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe*. Ano VIII, n. 15, de 1998.

_____. *Prado Sampaio e a Idéia de Psicologia*. *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe*. Ano VII, n. 13, de 1997.

Documentos Consultados Online:

SACAU, Ana. *A Psicologia Jurídica*. Disponível em: <<http://terravista.pt/nazare/3441/31.htm>> Acesso em: 21 fev. 2001.

SCHIVITZ, Ida Maria Mello. *Psicologia Jurídica*. Disponível em: <<http://indexpsi.org.br/5apsijuridica.html>> Acesso em: 21 fev. 2001.

Ação Civil Pública
Aspectos Polêmicos

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

ASPECTOS POLÊMICOS

JOSÉ AUGUSTO DO NASCIMENTO

Magistrado. Professor pós-graduado em processo civil.

Autor do livro Ação Civil Pública e Ministério Público

Limitações Constitucionais – Aspectos Polêmicos.

Sumário: 1. Introdução. 2. Vertente Processual. 3. Legitimação. 4. Objeto. 5. Tutela Específica na Ação Civil Pública. 6. Efeitos da Coisa nas Ações Coletivas. 7. Conclusão.

1 – INTRODUÇÃO

A Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei nº 7. 347/85, constitui-se num poderoso instrumento para a atuação do Ministério Público, uma vez que possibilita a correção de rumos da administração pública, responsabiliza pessoas e entidades causadoras de danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Na verdade, a lei que rege a *ação civil pública* é um verdadeiro diamante não só porque tutela pretensões, interesses ou direitos transindividuais ou metaindividuais, isto é, aqueles bens abrangidos pelos direitos ou interesses difusos, coletivos e homogêneos, como também e, principalmente, pelo fato de que possibilita a *redução do custo do processo, agiliza a solução dos conflitos, estabelece harmonia dentro do processo* e com isso permite ao cidadão comum uma maior segurança jurídica e, por conseguinte, o pleno exercício da cidadania.

No entanto, tal lei está incomodando muita gente, principalmente o sistema dominante que se vê fiscalizado com a atuação do Ministério Público na solução de conflitos e interesses sociais.

Isto não surpreende, uma vez que a história nos mostra que nunca foi prioridade para nenhum sistema permitir o exercício pleno da cidadania, uma educação exemplar para o cidadão, saúde, segurança, etc., todos aqueles bens da vida que são utilizados por alguns como massa de manobra política e social para chegar ao poder.

Exemplo disso, encontramos no “DECRETO DO IMPERADOR CHINÊS”, na China do século VII, em que o imperador Hang Hsi, no exercício das suas funções expediu o seguinte decreto externando a sua imperial vontade, *verbis*:

“Ordeno que todos aqueles que se dirigirem aos Tribunais sejam tratados sem nenhuma piedade, sem nenhuma consideração, de tal forma que se desgostem tanto da idéia do Direito quanto de apavorem com a perspectiva de comparecerem perante um magistrado.

Assim o desejo para evitar que os processos não se multipliquem assombrosamente, o que ocorreria se inexistisse o temor de se ir aos Tribunais.

O que ocorreria se os homens concebessem a falsa idéia de que teriam à sua disposição uma justiça acessível e ágil.

O que ocorreria se pensassem que os juízes são sérios e competentes.

Se essa falsa idéia se formar, os litígios ocorrerão em número infinito e a metade da população será insuficiente para julgar os litígios da outra metade da população”.

(cf. *Legal Institutions in Manchú China*, Van der Sprenkel, 1962, p. 77)

Hoje, não se usa mais o chicote, as armas nem a brutalidade do rei ou imperador, como na China e no mundo do passado. Utiliza-se métodos modernos, tais como a “Lei da Mordaca”, a censura, ameaças, etc., sempre com o mesmo objetivo.

Reprimi-se o avanço do Ministério Público e Judiciário com reformas e quebras de prerrogativas e garantias constitucionais. Poderíamos citar inúmeros exemplos, no entanto, vamos nos restringir ao tema, *lei da ação civil pública*. Através desta importante conquista social, o *Parquet* passou a atuar decisivamente nas demandas coletivas, de interesse público, onde prevalecem os direitos ou interesses difusos, coletivos e homogêneos.

Passou a consertar o país. A mostrar as mazelas, responsabilidades de administradores inescrupulosos, a sujeira social. Isto tudo, porque os membros do Ministério Público deram à *lei da ação civil pública* a exata dimensão que ela deveria ter, ou seja, responsabilizar pessoas e entidades por danos causados à sociedade.

O resultado foi e está sendo muito bom, uma vez que facilitou o acesso das pessoas mais humildes à justiça, a cidadania passou a se fazer presente com mais intensidade (tudo aquilo que o imperador chinês não desejava no século VII), a ponto de aproximar o Estado (Ministério Público e Judiciário) do cidadão mais carente, o homem simples, o excluído, a pessoa comum.

Na prática, a *lei da ação civil pública* ampliou o papel social do Ministério Público nas discussões de “políticas públicas” que são questões, muitas vezes, mais políticas do que públicas. Exemplo: quando o Ministério Público discute aumento de mensalidades escolares, está discutindo, na verdade, a política do ensino no país. Há, nesse caso, um conteúdo político-social e o Judiciário é *convocado pelo Ministério Público a discutir questões sociais*. É a chamada “*JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA*”..

Outro exemplo prático, refere-se às questões de *invasão de terra e reforma agrária*, onde o debate se desloca do campo político (Congresso Nacional) para o Judiciário, ocasionando, com isso, a presença excessiva do Poder Judiciário em questões políticas, por falta da presença do Poder Legislativo de forma mais eficiente.

2 – VERTENTE PROCESSUAL

A Teoria Geral do Processo Civil envolve duas vertentes. A primeira, tutela pretensões, interesses e direitos *interindividuais*, disciplinadas pelos

institutos do Código de Processo Civil. A segunda, tutela pretensões, interesses ou direitos *transindividuais* ou *metaindividuais*, com fincas na Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor, Lei do Mandado de Segurança Coletivo, Lei da Ação Popular etc.

Definida a vertente processual do nosso estudo, isto é, os *direitos ou interesses metaindividuais*, cabe-nos agora alguns esclarecimentos preliminares. Alguns doutrinadores diferenciam a *Ação Coletiva* da *Ação Civil Pública*, sob o argumento de que as *ações coletivas* são demandas de interesse público em oposição às demandas individuais, e que, a *ação civil pública* procura tutelar bens metaindividuais, ou seja, aqueles bens abrangidos pelos direitos ou interesses difusos, coletivos e homogêneos.

Ao meu ver, são nomes diferentes para uma mesma ação, pois, ambas procuram tutelar bens coletivos. Na essência são a mesma coisa. Poderia se perguntar. Para que ou por que as *ações coletivas* foram concebidas? A resposta é muito simples. Elas foram concebidas para *reduzir o custo do processo, agilizar a solução dos conflitos, estabelecer uma harmonia dentro do processo* e com isso permitir ao cidadão comum uma maior segurança jurídica e, por conseguinte, o exercício da cidadania em obter dos poderes constituídos a solução dos conflitos sociais.

Na prática, as *ações coletivas* entram na linha da efetividade do processo a todos, a um grupo, classe, categoria etc. Isto porque a Justiça brasileira, em face do texto constitucional (art. 5º, XXXV – princípio da inafastabilidade da jurisdição), é uma grande porta aberta. Não há problema de acesso à Justiça. Pela Constituição, mesmo aquele que não tem direito, tem acesso ao Poder Judiciário, em razão do direito de petição. Assim, todos entram, mas poucos são os que saem, em face da explosão demasiada de ações. Logo, o problema da justiça brasileira não é de acesso e sim de descesso, pois a saída é estreita.

Voltando ao tema, surge outro questionamento. Por que razão a Lei n. 7. 347/85 foi denominada de *Lei da Ação Civil Pública*? Isto ocorreu, porque não havia nenhuma preocupação com o nome da ação. Quis destacar a atuação do Ministério Público no campo das *ações civis* para diferenciar das ações penais públicas.

Por outro lado, as *ações coletivas* foram disciplinadas no Código de Defesa do Consumidor, porque não havia até então normas processuais específicas para ações dessa natureza, isto é, que estabelecessem as regras e procedimentos para a tutela das pretensões que tivessem por objeto os interesses ou direitos difusos, coletivos e homogêneos.

O resultado foi muito bom, uma vez que facilitou o acesso das pessoas mais humildes à justiça, nas causas sociais, através da atuação do Ministério Público, aproximando o Estado (Poder Judiciário e Ministério Público) do cidadão mais carente, tendo por objeto os bens e o interesse coletivo.

Lembre-se que, pelo CPC, a regra é a de que só tem acesso à justiça quem tem *direito subjetivo, direito próprio*, consoante o art. 6º do Diploma Processual Civil. Ocorre, no entanto, que nem todos os conflitos geram o chamado *direito subjetivo*. Temos os *interesses sociais, coletivos* etc.

Tal fato fez surgir a Lei de Ação Civil Pública, conferindo ao Ministério Público *legitimação* para atuar na luta pelos valores da comunidade, interesses coletivos etc

O fato é que, após 15 anos de existência da Lei nº 7. 347/85 , como a sociedade civil não se educou no sentido de fazer atuar seus direitos, através do patrocínio da ação civil pública, o Ministério Público passou a atuar quase que exclusivamente.

Outro ponto que merece ser salientado é o de que de 1992 a 1995 o CPC foi modificado várias vezes, introduzindo-se instrumentos da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor no Código de Processo Civil Pátrio. Exemplos: A *tutela específica das obrigações de fazer e não fazer* (art. 11 da LACP) gerou o art. 461 do CPC, em face da redação dada pela Lei n 8. 952/94. Situação semelhante ocorreu com o art. 84 do CDC que se originou da LACP, quando trata da tutela específica.

3 – LEGITIMAÇÃO

A Constituição Federal de 1988, incluiu entre as funções institucionais do Ministério Público promover a *Ação Civil Pública*, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, nos termos do artigo 129, inciso III, da Lei Maior.

Estabeleceu-se, com isso, que as *pretensões transindividuais*, que têm por objeto *interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*, fizeram nascer a denominada socialização do processo. Logo, se o processo foi socializado pela Constituição Federal e pela Lei n. 7. 347/85, através da *Ação Civil Pública*, a qualidade para agir ou para propor a ação (Principal ou Cautelar) foi outorgada aos seguintes entes:

- a) Ministério Público;
- b) União;
- c) Estados;
- d) Municípios;
- e) Autarquia;
- f) Empresa Pública;
- g) Fundação;
- h) Sociedade de Economia Mista;
- i) Associação.

Com efeito, essa pluralidade de entes legitimados para propor a *ação civil pública*, fez surgir diversas opiniões doutrinárias: A primeira, defende a *legitimação exclusiva*, entendendo que só o Ministério Público teria legitimidade para promover a ACP. A segunda, entende que existe *legitimação concorrente*, afirmando que é a própria lei que dispõe sobre a matéria, segundo o artigo 82, da Lei nº 8. 078/90. A terceira corrente, sustenta que há *legitimação disjuntiva*, uma vez que se um dos co-legitimados promover a ACP afasta a legitimidade do outro, restando apenas atuar como litisconsorte, de acordo com o § 2º, art. 5º, da Lei 7. 347/85.

Lembre-se que a legitimação aqui tratada é *autônoma*, conferida pela própria lei. Assim, quando se exige do indivíduo instrumento procuratório para a entidade agir em nome do grupo, classe, categoria etc, deixa de ser *legitimação* para transformar-se *representação*, coisa ou instituto bem diferente. Por isso, que a Medida Provisória nº 1984, ao estabelecer que: “Art. 2º.A – A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”. Parágrafo único: “Nas ações coletivas propostas contra entidades da Administração direta, autárquica

e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”, estabeleceu verdadeira restrição na utilização da *ação civil pública* e às ações coletivas de um modo geral, neutralizando a instrumentalização da administração da Justiça, além de estabelecer restrições à atividade jurisdicional.

5 – OBJETO

O instrumento processual da *ação civil pública* é a tutela de interesses e direitos *difusos, coletivos e individuais homogêneos*.

Vale salientar, que o “*interesse*” tutelado pela ACP, difere do “*interesse público*” que tinha como único titular o Estado, pois, aqui na ACP o “*interesse*” está ligado ao bem comum, daí a legitimidade para propor a ACP outorgada a entes privados, como associações, etc.

O artigo 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8. 078/90, classifica e conceitua os interesses, objeto da Ação Civil Pública.

A defesa coletiva, a ordem coletiva, isto é, a socialização do processo, etc. será exercida quando se tratar de interesses ou direitos *transindividuais* ou *metaindividuais*, assim entendidos:

I – INTERESSES OU DIREITOS DIFUSOS: são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam *titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*. Exemplo: *difusos* são os interesses ou direitos que possuem caráter público ou social, enquanto bens pertencentes a toda a comunidade, a todos e a cada um, como um bem comum não individualizável, tais como, direito ao meio ambiente, à segurança, à educação, ao trabalho, à economia popular, relações de consumo etc.

II – INTERESSES OU DIREITOS COLETIVOS: são os transindividuais de natureza indivisível, de que seja *titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base*. Exemplo: *coletivos* são os interesses ou direitos que, embora indivisíveis, são sempre de interesse *restrito* dos integrantes de determinado grupo de pessoas. É o que se dá com os membros de um consórcio de automóveis que postulam a anulação de um dispositivo do respectivo instrumento contratual; os alunos de uma escola que reclamam contra a qualidade do ensino e o aumento das mensalidades escolares; os membros de uma determinada categoria profissional que reclamam diferenças ou reajustes salariais, através de sua associação de classe, etc.

III – INTERESSES OU DIREITOS HOMOGÊNEOS: são aqueles que têm *titulares identificados, objeto divisível e origem de fato comum*, donde decorre a homogeneidade. O traço característico, além da *divisibilidade*, é a *disponibilidade do direito*. Exemplo: os compradores de veículos produzidos com o mesmo defeito de série. Como diz Mazzilli, existe na hipótese, ‘uma relação jurídica comum subjacente entre os consumidores, mas o que os liga no prejuízo sofrido não é a relação jurídica em si (como ocorre quando se trata de interesses coletivos), mas sim é antes o fato de que compraram carros do mesmo lote produzido com o defeito em série (interesses individuais homogêneos). Em sentido lato, os interesses individuais homogêneos não deixam de ser também interesses coletivos.

Em síntese, se você adquire um bem produzido com defeito, você terá um *interesse individual* na indenização cabível, por lei ou por contrato. Se foram muitos os consumidores lesados, pois adquiriram, por exemplo, um lote, série, de um produto com o mesmo defeito, os *interesses são individuais homogêneos*. No entanto, se houver ou se for identificado um ato de *ilegalidade* (relação jurídica) de um aumento nas prestações de um consórcio, os *interesses serão coletivos*. Já os *interesses difusos*,

onde não se pode identificar as pessoas ligadas por um fato comum, nem tampouco individualizar o bem ou direito, ocorrem, por exemplo, com os destinatários de propaganda enganosa, veiculada pela televisão, situações exemplificadas por Hugro Nigro Mazzilli, na obra *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, Editora Saraiva, 11ª edição, SP, pág 42/43.

<i>Interesses</i>	Grupo	Divisibilidade	Origem
<i>Difusos</i>	indeterminável	indivisíveis	situação de fato
<i>Coletivos</i>	determinável	indivisíveis	situação jurídica
<i>Ind. homog.</i>	determinável	divisíveis	situação de fato

Observe que os direitos e interesses *difusos* têm em comum com os *coletivos*, a circunstância de serem indivisíveis, diferindo, no entanto, quanto à titularidade material, ou seja, no *difuso* quem sofreu o dano foram pessoas indeterminadas, enquanto que no *coletivo* quem sofreu o dano foi um grupo, classe ou categoria de pessoas determinadas. É a primeira diferenciação que devemos estabelecer, isto é, quanto à *titularidade material* (quem sofreu o dano). A segunda, diz respeito ao *fundamento da pretensão*. No *difuso*, o fundamento é uma situação ou circunstância de fato, enquanto que no *coletivo* a fundamentação do pedido está calcada numa relação jurídica base.

Nos interesses e direitos *difusos* a *legitimidade* do Ministério Público para promover a Ação Civil Pública é manifesta, mas não exclusiva.

Quanto aos interesses ou direitos *coletivos*, a legitimidade do Parquet ocorrerá somente na hipótese de *interesse* ou *direitos indisponíveis*, não fazendo nenhum sentido vir o Ministério Público a interferir, por exemplo, numa assembléia de condôminos de um edifício residencial ou de acionistas de uma empresa, para pleitear a anulação de deliberação violadora da convenção ou do estatuto.

O mesmo sendo de dizer-se relativamente aos *interesses* ou *direitos individuais disponíveis*, conquanto *homogêneos*. Com efeito, como diz Mazzilli, 'não está o Ministério Público legitimado à defesa em juízo de interesses de pequenos e determinados consumidores, atingidos por danos

variáveis e individualmente divisíveis'. Situações dessa espécie comportarão ações individuais ou coletivas, de iniciativa das associações a que se refere o inciso IV, do artigo 82, da Lei nº 8. 078/90 (CDC), cuja sentença, nesse último caso, quando favorável, aproveitará a todos os filiados da entidade.

Nesse sentido, pois, não de ser entendidas as normas dos incisos VII, "d", e XII, do art. 6º da LC nº 75/93, quando respectivamente, referem interesses coletivos e *interesses individuais homogêneos*.

De admitir-se, entretanto, que não raro, interesses e direitos coletivos, se apresentam assimilados a interesses e direitos *difusos* que, por sua *natureza social* e por sua *abrangência*, atingem a sociedade como um todo, hipótese que comporta, perfeitamente, a *ação civil pública* promovida pelo Parquet. É o caso, por exemplo, de aumento de mensalidades escolares (não de uma determinada escola apenas), em que o interesse, conquanto aparentemente da categoria dos direitos e interesses coletivos propriamente ditos (titulares ligados à outra parte por uma relação contratual base), na verdade, pela *relevância social* de que se reveste, é de ser tido como *difuso*. Aí, entretanto, não de ser citados todos os réus, pena de não se caracterizar a indivisibilidade que confere à sentença o indispensável caráter *erga omnes*.

Idêntico fenômeno (interesse, a um só tempo, coletivo e *difuso*), ocorre com *interesses individuais homogêneos*.

Ainda citando Mazzilli, 'o Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico".

Na verdade, não apenas pode, mas deve, o Ministério Público assumir a defesa de quaisquer direitos ou interesses, sempre que revelada a conveniência para a sociedade como um todo, independentemente de tratar-se de interesses e direitos que podem, por igual, ser judicialmente identificáveis. Nesse caso, por razões óbvias, todos os réus devem ser citados para integrar a relação processual.

A questão, portanto, de saber se a ação civil pública pode, ou não, ser promovida pelo Ministério Público, há de ser resolvida mediante a qualificação do interesse ou direito em jogo, sendo certo que a legitimidade do órgão, como se viu, ressalta indubitável quando se tratar de interesses e direitos *difusos* e, conseqüentemente, indivisíveis, havendo de ser considerados, obviamente, nessa categoria, os alusivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à saúde, à educação, à segurança, ao trabalho, à economia popular, e, enfim, aos direitos sociais constitucionalmente protegidos.

5 – TUTELA ESPECÍFICA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A transformação de um direito coletivo em indenização se constitui, na verdade, em um desrespeito ao direito, ao bem coletivo da sociedade, pois, substituindo-se bens e direitos de toda a coletividade, tais como: meio ambiente, saúde, educação, segurança, etc., por bens materiais, dinheiro, isto é, os chamados “*bens in natura*”, através de indenização de perdas e danos, sempre haverá um prejuízo para a sociedade.

O Código de Processo Civil de 1939, por exemplo, obrigava a outorga da escritura definitiva ao término do pagamento das prestações. Quando não cumprida a obrigação o credor recebia o próprio imóvel. Depois mudou-se o regime para uma *tutela específica* ou *resultado prático equivalente ao do adimplemento*, no caso, uma indenização por perdas e danos.

No entanto, devemos observar que no imóvel o que se quer é a *entrega do imóvel*, daí surgiu a *adjudicação compulsória*, através da sentença, para permitir a *transferência do imóvel ao credor*. Isso é que é um “*resultado prático equivalente*” para o credor.

Esse raciocínio também se aplica às *tutelas coletivas*. O que ocorre, muitas vezes, é a falta de meios executivos necessários a fazer cumprir a decisão coletiva. Exemplo: a descontaminação do lençol freático, exige às vezes mais de 10 anos de monitoramento. Aí o papel do Poder Judiciário é mais importante na fase executiva, para fazer implementar a decisão.

Nas demandas coletivas o Juiz não pode se desligar do processo, após a sentença, sob pena de se tornar inócua. Não pode declarar ou

condenar, apenas, tem que implementar a medida, solução, ou seja, implementar o resultado desejado pela sociedade.

6 – EFEITOS DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

A coisa julgada pode ser vista por duas vertentes: a *coisa julgada tradicional* e a *coisa julgada secundum eventum litis*. A primeira é disciplinada no artigo 467 do Código de Processo Civil, que torna imutável e indiscutível a sentença imposta às partes litigantes no processo. Por sua natureza e especificidade não se aplica, em regra, aos processos coletivos. A segunda, também conhecida como *coisa julgada endo processual*, isto é, naquele processo, encontra-se disciplinada no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. Sua aplicação ou não, se fará de acordo com o resultado do processo, ou seja, haverá coisa julgada quando o pedido for julgado procedente. Do contrário, seguir-se-á as regras do art. 103 do CDC.

A coisa julgada nas ações coletivas é a coisa julgada endo processual, que incide em pessoas que não foram partes no processo.

Será útil, isto é, se fará presente o fenômeno da coisa julgada quando a decisão for procedente, benéfica para os indivíduos tomados singularmente dentro da Ação Coletiva.

Na prática, a lei da Ação Civil Pública restringe os efeitos objetivos e subjetivos da coisa julgada.

Haverá possibilidade de reformulação ou modificação do pedido da causa anterior, desde quando haja falta de prova na ação que teve o pedido julgado improcedente, de -acordo com o art. 103 do CDC.

A Medida Provisória nº 1984, de 6 de abril de 2000, que alterou, entre outros dispositivos, a Lei nº 9494/97 (art.2º), fere a extensão da coisa julgada, pois limita a eficácia da sentença nas ações coletivas.

Lembre-se que as pessoas que não participaram do processo coletivo, não são abrangidas pela coisa julgada, quando a ação coletiva for improcedente. Já o inverso ocorre, ou seja, se o pedido, na ação coletiva, for procedente, atingirá também as pessoas que não participaram do processo. Essa é a regra.

7 – CONCLUSÃO

A ação civil pública é o mais notável e eficiente instrumento processual na entrega da tutela jurisdicional de interesses difusos, coletivos e homogêneos. Por isso, que entendemos constituir-se num verdadeiro diamante processual a favor da sociedade.

Constitui-se em significativa conquista democrática contra atos de improbidade administrativa, bem como para dar proteção jurisdicional ao meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, além de qualquer outro interesse ou direito difuso ou coletivo, bem assim na defesa da ordem econômica e social.

Tem no Código de Defesa do Consumidor o instrumento processual uniformizador das regras processuais, principalmente pelo fato do CDC classificar e conceituar os interesses meta-individuais.

Temos, assim, mais um remédio jurídico a favor da sociedade e do estado democrático de direito na luta contra a prepotência e o arbítrio daqueles que não zelam pelo bem público e pelos valores sociais.

***O Garantismo Penal
e o Aditamento da Denúncia***

O GARANTISMO PENAL E O ADITAMENTO DA DENÚNCIA

I. A função garantista do processo penal. II. Sistemas processuais penais. III. O ônus da prova no processo penal. IV. O princípio da congruência. V. A defesa técnica efetiva. VI. A verdade real no processo. VII. O objeto do processo penal. VIII. A coisa julgada: conceito, fundamento, limites – *ne bis in idem*. IX. Os arts. 384, parágrafo único e 385, ambos do CPP. X. Casos concretos. XI. Conclusão.

*Paulo Rangel

I – A FUNÇÃO GARANTISTA DO PROCESSO PENAL

É cediço por todos que a função do processo penal é de assegurar ao indivíduo que o fato praticado por ele e que lhe foi imputado se subsume ou não a determinado modelo descrito na lei e, conseqüentemente, que a privação (ou não) de sua liberdade é consectário lógico da imposição normativa proibitiva. Em outras palavras: na medida em que o indivíduo desafia o Estado com seu comportamento violador de bens jurídicos penalmente tutelados o processo penal surge a fim de restabelecer a paz juridicamente perturbada. Nesse caso, como acentua **Vázquez Rossi**¹, dentro de um moderno Estado de Direito democrático, de base constitucional, onde o poder se encontra limitado por sua mesma regulamentação e legitimado pelo respeito de direitos fundamentais, a finalidade do ordenamento punitivo não pode ser outra se não a proteção dos direitos humanos e dos bens jurídicos imprescindíveis a sua coexistência.

O devido processo penal justo é a garantia constitucional que todo e qualquer indivíduo, residente ou não no país, nacional ou estrangeiro, tem de que, só em casos excepcionais, será privado de sua liberdade de locomoção. O fracasso do Direito Penal, com suas normas proibitivas, de impedir a agressão do indivíduo à sociedade, bem como, a impossibilidade do Estado-administrador de auto executar suas normas de conduta, exercendo seu poder de polícia, impedindo a lesão de bens

¹ *Derecho Procesal Penal*, Argentina, Rubinzal Culzoni, p. 106, Tomo I

jurídicos penalmente protegidos, faz nascer a pretensão processual penal com o escopo não só de aplicar as sanções descritas nas normas penais violadas, mas, primordialmente, assegurar ao indivíduo-acusado os direitos previstos na Constituição de seu País.

Destarte, há a necessidade do Estado de recompor a ordem jurídica violada, mas ao mesmo tempo, o dever de conceder ao agressor da norma os direitos previstos na Lei Fundamental que lhe serve de garantia contra os possíveis abusos do poder estatal.

Claus Roxin² assevera que “*com a aparição de um direito de perseguição penal estatal, surgiu também, a sua vez, a necessidade de erigir barreiras contra a possibilidade de abuso do poder estatal. O alcance desses limites é, por certo, uma questão da respectiva Constituição do Estado*”.

O processo penal assim tem uma função garantista dada ao cidadão de que todos os direitos previstos na Constituição lhe serão assegurados, pois de nada adianta, *v.g.*, assegurar-lhe o direito de ampla defesa como todos os meios e recursos a ela inerentes (*cf.* art. 5º, LV) se a sanção penal lhe foi aplicada sem que pudesse se defender dos fatos que lhe foram imputados; se sequer foi citado para responder a acusação; ou, por último, se foi condenado por fato diverso do que constava na denúncia.

Daríamos o direito, mas não garantiríamos seu exercício. De nada adiantaria uma Constituição assim. Temos que tornar a Constituição escrita na Constituição real e efetiva, sob pena de a transformarmos no que **Ferdinand Lassalle** chamava de uma simples “*folha de papel*”. Deve haver uma perfeita compatibilidade entre a Constituição real e a Constituição jurídica.

Dizia **Lassalle**³:

Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.

² *Derecho Procesal Penal*, 25 edição, Buenos Aires, Del Puerto, ano 2000, p. 2.

³ *A Essência da Constituição*, 4 edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998, p. 37.

Nesse caso, como asseguram Amilton Bueno e Salo de Carvalho⁴, “Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas”.

II – SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Não é nosso objetivo adentrar na análise profunda dos sistemas processuais penais, mas sim, estabelecer a principal diferença entre os existentes, hodiernamente, em especial no que toca ao direito brasileiro, voltando sempre para o objeto deste trabalho.

A sociedade tem, hoje, a garantia de que o órgão que exerce a persecução penal é distinto do órgão que irá julgar fazendo nascer a imparcialidade do órgão julgador. Não há mais espaço, dentro de um Estado constitucional Democrático de Direito, para a figura do juiz inquisidor, ou seja, aquele que ao mesmo tempo que acusa, também, julga. Trata-se de uma garantia constitucional de todo e qualquer acusado ser levado ao banco dos réus somente pelo Promotor natural, o que significa dizer: aquele, previamente, com atribuição delimitada em lei e independente no exercício de suas funções e que goza do atributo da inamovibilidade⁵.

A separação das funções de acusar e julgar é vista por *Luigi Ferrajoli* como a mais importante do modelo acusatório.

Diz Ferrajoli⁶:

A separação de juiz e acusação é a mais importante de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, como pressuposto estrutural e lógico de todos os demais. (...) A garantia da separação, assim entendida, representa por uma parte, uma condição essencial da imparcialidade do juiz em respeito as partes da causa.

⁴ *Aplicação da Pena e Garantismo*. 1 edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 17.

⁵ O autor em sua obra *Direito Processual Penal*, (3 edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p. 31) assim se manifesta quanto ao princípio do Promotor natural: *O Promotor Natural, assim, é garantismo constitucional de toda e qualquer pessoa (física ou jurídica) a ter um órgão de execução do Ministério Público com suas atribuições previamente estabelecidas em lei, a fim de se evitar o chamado Promotor de encomenda para esse ou aquele caso. O princípio existe muito mais em nome da sociedade do que propriamente da pessoa física do Promotor de Justiça, pois, na verdade, exige-se, dentro de um Estado Democrático de Direito, que a atuação dos órgãos do Estado seja pautada pelos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade (cf. art. 37, caput, da CRFB) não sendo admissível que os atos sejam praticados pelo Ministério Público com interferência de terceiros em afronta ao Devido Processo Legal.*

⁶ *Derecho y Razón*, 3 edição, Madrid, Trotta, 1998, p. 567

Nesse caso, é vedado ao juiz agir *ex officio* sendo um postulado constitucional o axioma *nullum iudicium sine accusatione*. A acusação penal é reservada ao Ministério Público sendo vedado ao juiz fazer qualquer acréscimo ao perímetro já traçado pelo órgão acusador e, antes de tudo, fiscal da lei, ao objeto do processo. A acusação, formada pelo binômio imputação + pedido, traça a esfera dentro da qual o órgão julgador irá decidir o conflito de interesses, sendo-lhe vedado julgar *ultra, extra* e *citra petita*. Qualquer decisão judicial proferida fora dos limites, previamente, delimitados pelo Ministério Público é nula de pleno direito, esteja ela aplicando sanção mais grave, menor ou igual a que se pediu. É o fato que determina os limites da pena e não a sua qualificação jurídica. Neste caso respeitaremos o direito de defesa.

Frederico Isasca ⁷, analisando a questão a luz do direito português perfeitamente aplicável ao nosso direito, assim se manifesta:

O facto de a pena eventualmente aplicável poder ser menor, não significa que possa e deva sempre considerar-se como não substancial a alteração dos fatos, visto que não só a imagem ou a valoração sociais podem ser completamente diferentes, como comprometer seriamente a defesa.

O sistema processual penal acusatório vem assim ao encontro dos direitos de ampla defesa, do contraditório, do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e da característica *mor* da jurisdição que é a imparcialidade do órgão jurisdicional. Razão pela qual, qualquer modificação, substancial ou não, do fato, objeto do processo, deve ser acrescida pelo titular da ação penal, sob pena do réu não poder ser condenado por fato que não conste, por inteiro, da acusação.

Não aceitamos o entendimento de que a alteração tenha que ser só do fato-crime, em si, mas sim, também, dos elementos agregadores desse mesmo fato, como nas palavras de **Frederico Isasca** ⁸, *o tempo, o lugar, o modo de execução, o nexo de causalidade, a forma de participação, o resultado* e etc. Tal acréscimo (aditamento) deve ser feito pelo titular da ação.

⁷ *Alteração Substancial dos Fatos e sua Relevância no Processo Penal Português*, 2 edição, Coimbra, Almedina, 1999, p. 144

⁸ *Idem*, p. 145

III – O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe de forma clara que enquanto não houver trânsito em julgado da sentença penal condenatória não pode o réu ser considerado culpado (cf. art. 5º, LVII), significando a transferência do ônus da prova todo para a acusação, ou seja, o Ministério Público assume o encargo de provar os fatos descritos na denúncia não sendo mais lícito ao Estado exigir do réu a comprovação de sua inocência.

Desta forma, claro nos parece que, se o Ministério Público tem que narrar um fato criminoso com todas as suas circunstâncias (cf. art. 41 do CPP), o ônus de provar que este fato é típico (encontra perfeita adequação na lei penal, portanto, trata-se de uma conduta proibida); é ilícito (contrário ao direito e que não está açambarcado por nenhuma excludente de ilicitude) e que seu autor é culpável, ou seja, se possui as condições mínimas indispensáveis para atribuir-se-lhe esse fato, o que significa dizer, se está mentalmente sã ou conhece a antijuridicidade do fato, pertence-lhe. Não há como entregar ao réu, dentro de um Estado Constitucional dito Democrático de Direito, e, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB), o ônus de provar sua inocência.

O juiz é um sujeito processual e não parte na relação jurídica. O Ministério Público é parte instrumental, mas também fiscal da lei, pois uma posição não exclui a outra, mas se completam entre si.

A imputação penal é que vai delimitar o espaço dentro do qual o réu irá exercer seu direito de ampla defesa, pois é cediço que o mesmo defende-se dos fatos narrados na denúncia e não do artigo de lei mencionado no pedido de condenação. A comprovação, *in totum*, desse fato compete, hodierna e constitucionalmente, ao Ministério Público.

Se o Ministério Público imputa ao réu a prática do homicídio (qualificado ou não) e o réu *alega* legítima defesa é o Ministério Público que tem o ônus de provar que não houve *agressão injusta*, muito menos *uso moderado dos meios*. Enfim, o ônus de provar a ausência da legítima defesa é do Ministério Público. Não é o réu que tem que provar a excludente de ilicitude. Da mesma forma que se o réu *alega* um álibi, ou seja, que não estava naquele lugar descrito na denúncia, naquele dia e hora determinados, compete ao MP provar o que descreveu na denúncia e, conseqüentemente, que o álibi é falso. Se não o fizer, o réu deve ser absolvido.

Do contrário, vamos sair de um Estado constitucional Democrático de Direito para um Estado de opressão, totalitário, em que o réu irá possuir o ônus de provar a sua inocência o que, por si só, constituiria um absurdo incomensurável.

A regra do art. 156 do CPP deve receber uma *interpretação conforme a Constituição*⁹. Regra essa inspirada pela Constituição do Estado Novo de Vargas (10 de novembro de 1937) que, segundo **Boris Fausto**¹⁰, foi o Estado que “concentrou a maior soma de poderes até aquele momento da história do Brasil independente. A inclinação centralizadora, revelada desde os primeiros meses após a revolução de 1930, realizou-se plenamente.(...). O Estado Novo perseguiu, prendeu, torturou, forçou ao exílio intelectuais e políticos, sobretudo de esquerda e alguns liberais”. Trata-se, assim, de dispositivo legal que não pode perdurar nos dias de hoje frente à Constituição democrática que inspira os valores supremos fundamentais de dignidade da pessoa humana. Do contrário, entender que o art. 156 do CPP está em perfeita harmonia com a Constituição de 1988 é fazer irradiar, quase que repristinando, os ideais políticos, econômicos, culturais e sociais da *Era Vargas*.

O aditamento a denúncia é uma medida imperiosa imposta pela Constituição, como consectário lógico dos direitos nela previstos, garantindo ao Ministério Público o pleno exercício de suas funções institucionais e, ao mesmo tempo, uma garantia dada ao acusado de que só haverá acréscimo do objeto do processo se houver manifestação do titular da ação penal pública que carrega sozinho o ônus da prova.

Alberto Binder¹¹, que expressa uma visão crítica e atualizada do Direito Processual Penal, em sua magnífica obra assevera que:

El imputado no tiene que probar su inocencia. Muchas veces se há pretendido hacer julgar en el proceso penal la idea de 'carga de la prueba', mucho más propia del proceso civil. (...)

⁹ “Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a lei fundamental. (...) O papel da interpretação conforme a Constituição é, precisamente, o de ensinar, por via de interpretação extensiva ou restritiva, conforme o caso, uma alternativa legítima para o conteúdo de uma norma que se apresenta como suspeita” (Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 3 edição, Rio de Janeiro, Saraiva, 1999, p. 182).

¹⁰ *História do Brasil*, 6 edição, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1999, p. 366 e 376.

¹¹ *Introducción Al Derecho Procesal Penal*. 1 edição, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993, p. 124.

Lo cierto e importante es que el imputado no tiene que probar su inocencia, tarea que en todo momento les corresponde a los órganos de persecución penal.

IV - O PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

É cediço por todos que o juiz julgará a lide nos limites entre as quais foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas as quais a lei exige iniciativa das partes ¹², sendo-lhe vedado julgar *ultra*, *citra* e *extra petita*.

É a correlação que deve existir entre o que se pediu e o que foi concedido. Trata-se de uma garantia processual decorrente do princípio constitucional da ampla defesa visando impedir surpresas desagradáveis ao réu comprometendo sua dignidade enquanto pessoa humana.

O princípio em epígrafe vem ao encontro dos direitos de ampla defesa, do contraditório e dos poderes de cognição do juiz (limitado que é pelo objeto do processo). Nesse caso, todos os *pedaços* do fato que não constam do objeto do processo, porém que mudam a acusação e dos quais o réu não se defendeu, somente poderão ser conhecidos pelo juiz, em sua sentença, se houver o aditamento a denúncia e, mesmo assim, se surgirem através de provas, substancialmente, novas a fim de evitar o arquivamento implícito do inquérito policial¹³. Do contrário, a sentença será manifestamente nula.

O nosso código de processo penal, sendo ele da *Era Vargas*, dispõe em seu art. 564, III, m, que ocorrerá a nulidade por falta da sentença. Na verdade não é a ausência da sentença que acarreta a nulidade, pois sem ela não há a entrega da prestação jurisdicional, mas sim, a ausência dos requisitos que lhe são essenciais, bem como, se o juiz julgar *ultra*, *extra* e *citra petita*.¹⁴. A sanção de nulidade é um corolário lógico do respeito as garantias constitucionais dadas ao acusado, pois as normas

¹² Art. 128 do Código de Processo Civil: - O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

¹³ Entende-se por arquivamento implícito o fenômeno de ordem processual decorrente de o titular da ação penal deixar de incluir na denúncia algum fato investigado ou algum dos indiciados, sem expressa manifestação ou justificação deste procedimento. Este arquivamento se consuma quando o juiz não se pronuncia na forma do art. 28 com relação ao que foi omitido na peça acusatória. Melhor seria dizer arquivamento tácito. Cf. Jardim, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 8 edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 176.

¹⁴ O Código de Processo Penal Português tem regra clara e própria sobre o tema em seu art. 379 onde comina pena de nulidade a sentença que, não respeitando os limites traçados pelos arts. 358 e 359, condene o arguido por fatos não constantes do objeto do processo.

jurídicas, como expressão da vontade do Estado, devem ser utilizadas e aplicadas com o fim precípua de se atingir o bem comum. O bem de toda a coletividade com o conseqüente respeito a dignidade da pessoa humana.

Destarte, salienta o culto Dr. **Marcelo Abelha**¹⁵, a quem devotamos grande carinho e admiração, que:

Este princípio (o princípio da inalterabilidade da demanda) vem limitar que o autor possa, uma vez proposta a ação, alterar e modificar o seu pedido. Isso ocorre não só porque apenas sobre o que foi pedido é que o juiz deve decidir a lide (art. 128 do CPC), mas também porque seria verdadeira ofensa ao direito de defesa do réu que o autor pudesse, a seu bel prazer, alterar o pedido por ele formulado (...).

V - A DEFESA TÉCNICA EFETIVA

Não basta o acusado ter no processo a presença física de um defensor para postular em seu nome e defender seus ideais de justiça. Mister se faz que a defesa seja, realmente, efetiva, o que significa dizer: que o acusado possa utilizar de todos os meios e recursos inerentes ao seu direito amplo de defesa. Se o réu é acusado do crime **X** e se verifica, no curso da instrução, que na verdade, agregado a esse fato, há o pedaço denominado **x'**, tem o réu todo o direito de exigir do Estado que não conheça deste fato, pois o mesmo não foi objeto do processo e dele o réu não se defendeu. *“O objeto do processo constitui uma verdadeira e mais importante garantia de defesa, visto que é ele que limita a extensão da cognição e portanto os próprios limites da decisão”*¹⁶.

A exigência é regra imperativa do disposto nos arts. 128 c/c 460, ambos do CPC e se a norma (código de processo civil) foi feita em harmonia com a Constituição, ela irradia os preceitos constitucionais. Na verdade é a Constituição, vestida de lei ordinária, que impede o juiz conhecer de fatos que não foram objeto do processo em respeito a sua própria ordem: todo o acusado tem direito de ampla defesa. A proibição do julgamento *ultra, citra* e *extra petita* decorre do direito de ampla defesa.

¹⁵ *Elementos de Direito Processual Civil*, 2 edição, São Paulo, RT, 2000, Vol. I, p. 62.

¹⁶ Frederico Isasca, ob. cit., p. 230

A efetividade da defesa é assim a sua realidade prática, sua aplicação cotidiana, o pleno exercício dos direitos e garantias individuais com proibição, *u. g.*, do acusado preso ser requisitado e não citado para ser interrogado ¹⁷; (proibição) do juiz que indeferiu o pedido de arquivamento do inquérito policial, sendo oferecida denúncia pelo Procurador Geral de Justiça, funcionar no processo instaurado¹⁸; (proibição) do acusado que tendo respondido pelo fato X foi condenado pelo fato Y e, por último, (proibição) do não conhecimento do recurso do defensor contra a vontade do réu. Nesses econômicos exemplos de nada vale dar-se ao réu a presença de um defensor se seus direitos constitucionais não são respeitados. A defesa técnica efetiva é direito e garantia individual não só em decorrência da própria Constituição, mas, principalmente, da *Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*, que foi ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 27, de 25/09/92 e que tem patamar de norma constitucional (*cf.* art. 5º, § 2º da CRFB).

Qualquer decisão judicial que não respeite os direitos e garantias fundamentais, em especial, o direito a defesa efetiva, viola a Constituição e também o *Pacto de São José da Costa Rica* ¹⁹, tornando-se, assim, eivada de *error in procedendo*.

VI - A VERDADE REAL NO PROCESSO

Descobrir a verdade real (ou material) é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza absoluta

¹⁷ "Art. 360 - Se o réu estiver preso, será requisitada a sua apresentação em juízo, no dia e hora designados". Pensamos que tanto o réu preso como o que se encontra solto devem ser citados para responder ao pedido formulado na denúncia. A requisição é ordem que se dirige ao Diretor do presídio ou ao delegado de polícia para que apresente o preso naquele dia, local e hora determinados.

¹⁸ "Art. 28 - Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender" (sem grifos no original).

¹⁹ Decreto nº 678, de 06/11/92.

Art. 8º . Garantias judiciais:

(...)

2. (...)

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

(dentro dos autos), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez.

A finalidade da prova é ajudar a formação do convencimento do juiz sobre a veracidade de uma afirmação de fato alegada pelas partes em juízo.

O caráter instrumental do processo demonstra que ele (o processo) é meio para se aplicar o direito objetivo (a norma penal incriminadora) atendendo ou não a pretensão do autor.

Entretanto, a incidência da norma penal sobre o indivíduo autor do fato, imputado como crime, (pelo menos em tese) somente poderá se dar desde que todos os esforços e meios legais tenham sido devidamente empregados.

A descoberta da verdade do fato praticado, através da instrução probatória, passa a ser, assim, uma espécie de reconstituição simulada deste fato, permitindo ao juiz, no momento da sentença, aplicar a lei penal ao caso concreto, extraindo a regra jurídica que lhe é própria. É como se o fato fosse praticado naquele momento perante o juiz aplicador da norma.

Importante ressaltar que, não obstante chamarmos de verdade real, nem sempre ela condiz com a realidade fática ocorrida no mundo físico.

O conceito de verdade, pensamos, é mais filosófico do que jurídico. O que pode ser verdade para uns pode não ser para outros. Porém, em se tratando de verdade material a ser apurada nos autos de um processo há que se considerar a *"concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito"*²⁰. Ou seja, a adequação entre o fato objeto do processo e o fato ocorrido no mundo dos homens.

O desejo de se descobrir a verdade é o desejo de se realizar a justiça. Por isso, *"a verdade e a justiça são realidades e valores complementares"*²¹.

Posto isto, claro nos parece que a necessidade de descoberta da verdade real é compatível com os limites traçados pelo Ministério Público no objeto do processo, não sendo lícito ao juiz condenar o réu por fato diverso do constante da denúncia com a alegação de que aquela era a verdade.

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

²⁰ Mittermaier, C.J.. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, 3 edição, São Paulo, Bookseller, 1997, p. 59

²¹ Rangel, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da Prova no Processo Civil*. 1 edição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 35

Se a verdade apurada não for compatível com os fatos descritos na denúncia tem o acusado o direito de ser absolvido e o Estado o dever de absolvê-lo.

Uma coisa é haver dúvida no processo de que foi o réu quem cometeu o crime, pois nesse caso, a dúvida deverá ser resolvida em seu benefício (*in dubio pro reo*). Outra, bem diferente, é haver prova de que o fato é diverso do que consta na denúncia, porém o fato é único, indivisível, concreto e real.

Nesta hipótese, se o fato naturalístico (aquele ocorrido no mundo dos homens) for um só, com imputação diversa pelo Ministério Público, só poderá haver condenação se houver aditamento a denúncia.

Ora, se o fato ocorrido no mundo dos homens é enquadrado no tipo descrito no art. 155 do CP não pode, **ao mesmo tempo**, estar enquadrado no art. 168 do mesmo diploma legal. O fato é um só. Não se trata de fato igual, mas sim do mesmo fato, então seu enquadramento pertence a um único tipo legal. Pensar diferente é pensar que um latrocínio pode, **ao mesmo tempo**, ser um homicídio. Não pode. Trata-se de fato único, descrito em um único tipo penal: art. 157, §3º do CP. Pode sim o réu ser acusado de um homicídio e se descobrir que **ele também praticou um latrocínio**, mas nesse caso, são dois fatos, conexos ou não.

Exemplo:

Tício é acusado da prática de latrocínio tentado (homicídio tentado e subtração patrimonial tentada). Durante a instrução prova-se, de forma clara, segura e inequívoca, o dolo de matar, a intenção de atentar contra vida da vítima e a ausência de dolo da subtração patrimonial.

Há dois aspectos: 1º) processual: incompetência do juízo e; 2º) material: homicídio tentado e não latrocínio tentado.

Quanto ao 1º aspecto o juiz deve reconhecer a violação ao princípio do juiz natural (e do Promotor natural) e declarar nulo o processo *ab initio* remetendo-o à uma das varas privativas do Tribunal do Júri.

Quanto ao 2º aspecto a denúncia deverá ser *retificada* (aditamento impróprio de retificação) onde o Ministério Público²² fará constar da denúncia a narrativa de um homicídio tentado, incluindo aí, o dolo de matar.

Verifica-se que nesse exemplo o rito processual muda por completo, sendo o rito do Tribunal do Júri mais amplo com mais oportunidade de defesa ao acusado.

²² Através do Promotor em exercício na Promotoria de Justiça junto ao Tribunal do Júri em respeito ao princípio do Promotor natural.

A verdade, assim, estabelecida no processo, é referente ao mesmo fato ocorrido no mundo dos homens, porém que recebeu uma má apreciação por parte do Estado, não sendo lícita a condenação do acusado pelo latrocínio não praticado, muito menos à absolvição diante da impunidade que isso geraria.

Pensamos que o entendimento de que ele deve ser absolvido (do latrocínio tentado) e ser instaurado novo processo pelo mesmo fato, porém com o *nomen iuris* de homicídio tentado é afrontar a coisa julgada. Trata-se de um único fato ocorrido na vida e que já foi acobertado pela coisa julgada.

O aditamento a denúncia, com a perfeita adequação jurídica do fato, é medida imperiosa de realização da justiça tanto para com o acusado como para com a sociedade estabelecendo plena igualdade de condições.

VII - O OBJETO DO PROCESSO PENAL

Esta não é a sede adequada para nos aprofundarmos no estudo do objeto do processo, porém não podemos deixar de abordar seu conceito (o que se entende por objeto do processo), seu fundamento e suas funções.

O objeto do processo é um consectário lógico do sistema acusatório, pois refere-se aos “*atos descritos na acusação*”²³ os quais o juiz não poderia conhecer se não houvesse provocação da parte autora, no nosso caso, o Ministério Público.

A pretensão processual penal que serve de veículo para a imputação penal de fato definido como infração penal é que traduz o objeto do processo. Nesse caso o fato imputado é aquele ocorrido no mundo dos homens, o fato humano da natureza, praticado de determinado modo em situação de tempo e de lugar e que tem enquadramento em um tipo penal. Trata-se de um fato concreto, real, indivisível e único.

O fato que serve como suporte do objeto do processo não pode ser confundido com artigo de lei, ou seja, com um certo tipo legal de crime, mas sim, como um acontecimento histórico da vida, como um fato ocorrido no mundo dos homens que recebe ou não do ordenamento jurídico, relevância penal.

²³ Roxin, Claus. Ob. cit. p. 159.

Muita vez o fato narrado na denúncia, traduzido na pretensão processual penal, não constitui crime e nem por isso deixou o processo de ter objeto. A afirmativa de que o objeto do processo é o fato crime definido como tal na lei penal é falsa, pois se ao final do processo se descobrir, através da verdade real, que o fato não é crime, nem por isso deixou o processo de ter objeto. O objeto do processo é assim a pretensão processual penal onde se traduz a acusação (imputação + pedido) de um fato da vida, um pedaço do todo que deve ser individualizado na denúncia.

Isasca²⁴ define o objeto do processo com as seguintes palavras:

“Objeto do processo penal será, assim, o acontecimento histórico, o assunto ou pedaço unitário da vida vertido na acusação e imputado, como crime, a um determinado sujeito e que durante a tramitação processual se pretende reconstruir o mais fielmente possível”.

É exatamente esse fato da vida que tem que ser traduzido e transportado para o processo, através da pretensão processual penal, a fim de circunscrever os limites do conhecimento do juiz dentro do qual julgará a lide. Portanto, o objeto do processo tem três funções básicas que nos são apontadas pelo jurista alemão **Claus Roxin**²⁵:

(...) designar o objeto da litispendência, demarcar os limites da investigação judicial e de obtenção da sentença e definir a extensão da coisa julgada.

Em resumo, podemos dizer que o objeto do processo é o tema proposto como *res iudicanda* e que sua finalidade mais característica é a obtenção da *res iudicata*. O objeto resulta ser assim um assunto da vida; a materialidade afirmada como penalmente relevante²⁶.

Ora, se o fato da vida, objeto do processo, já foi objeto da sentença que passou em julgado não pode o réu ser acusado, novamente, pelo mesmo fato, sob pena de haver violação da regra do *no bis in idem*, verdadeira garantia penal de todo e qualquer acusado, em um processo

²⁴ Ob. cit. p. 240

²⁵ Ob. cit. p. 160

²⁶ Olmedo, Clarió. *Derecho Procesal Penal*. Argentina, Córdoba, 1984, p. 229.

penal justo e democrático. O processo penal tem exatamente esse escopo: servir para abordar um fragmento da vida (criminal) em sua totalidade²⁷. Trazer parte da vida praticada e vivida pelo homem para o processo a fim de que possamos julgar se, efetivamente, aquele fato merece ou não uma resposta penal do Estado no sentido de se aplicar a *sanctio iuris* cabível; ou de resgatar a dignidade da pessoa humana acusada do fato veiculado na pretensão processual penal (objeto do processo), face a impossibilidade do Ministério Público de provar o que alegou em sua denúncia.

O objeto do processo delimita a prestação jurisdicional sob dois aspectos: subjetivo e objetivo. Quanto ao aspecto subjetivo o judiciário não poderá emitir qualquer decisão que não seja sobre a pessoa do acusado, fazendo com que a sentença, transitada em julgado, tenha força de lei entre as partes as quais é dada (cf. art. 472 do CPC). Surgindo prova nova de que outro indivíduo também participou daquele fato da vida junto com o acusado, em verdadeiro litisconsórcio, deve a denúncia ser aditada (acrescida) para incluí-lo. Porém, jamais ser ele julgado sem constar formalmente da acusação veiculada na pretensão processual penal.

O segundo aspecto (objetivo) impõe identidade do objeto durante todo o curso do processo a fim de que o acusado possa, efetivamente, exercer sua ampla defesa dos fatos descritos na denúncia. Ser acusado de um furto simples e resultar condenado em um roubo por ter sido comprovado, de forma inequívoca, o uso de violência é fazer tábula rasa do objeto do processo, sem contar dos princípios da ampla defesa, do contraditório, da correlação entre a acusação e a sentença e da verdade real.

Na doutrina alemã, *Roxin*²⁸, assim se manifesta:

A identidade do objeto processual tem um componente pessoal e um material, é dizer, ela pressupõe: a identidade da pessoa e a identidade do fato

O juiz deve pronunciar-se sobre os fatos e sujeitos descritos na denúncia, respeitando o princípio da correlação entre acusação e sentença.

*Frederico Isasca*²⁹, em sua excelente obra, assim se manifesta:

²⁷ Beling, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. 1 edição, Argentina, DiN, 2000, p. 83.

²⁸ Ob. cit. p. 160

²⁹ Ob. cit. p. 242/243

Uma vez tomado o acontecimento da vida como a base do processo, necessário será que este seja suficientemente descrito, pois sem uma correcta e concreta individualização dos factos acusados, não é possível ao agente defender-se convenientemente e poder afastar de si uma possível punição, nem ao tribunal é fornecida a base de confiança e de certeza necessárias para fundamentar e proferir uma decisão, quer esta seja absolutória quer condenatória, e aplicar, de uma forma justa, a lei penal.

A perfeita delimitação do objeto do processo, portanto, não é mero deleite doutrinário muito menos uma questão meramente teórica sem nenhuma repercussão na validade do processo em si. Trata-se da necessidade de se identificar eventual litispendência, coisa julgada, modificação da ação ou sua cumulação³⁰.

VIII - A COISA JULGADA: CONCEITO, FUNDAMENTO, LIMITES, NO BIS IN IDEM

Conceito.

O conceito de coisa julgada é polêmico e antigo no direito, sendo, inclusive, proveniente do direito privado romano onde a irrevogabilidade da sentença penal era desconhecida, diferente da sentença civil³¹.

Coisa julgada, na definição clara de Giovanni Leone³², é a coisa sobre a qual haja recaído a decisão do juiz; expressando ua entidade passada, fixa, firme no tempo. Significa decisão imutável e irrevogável, a imutabilidade do mandato que nasce da sentença.

Mas foi Liebman quem tratou da matéria e melhor definiu coisa julgada como sendo "*o comando emergente de uma sentença. Não se identifica com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato*"³³.

³⁰ A modificação da ação se produz se o objeto do processo é diverso e a cumulação se existem vários objetos do processo. Cf. Juan-Luis Gomez Colomer. *El Proceso Penal Aleman Introduccion y Normas Basicas*. 1 edição, Barcelona, Bosch, 1985, p. 41.

³¹ Manzini, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 3 edição, Buenos Aires, El Foro, 1996, Tomo IV, p. 511.

³² *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 3 edição, Buenos Aires, EJEA, 1989, Tomo III, p.. 320/321

³³ *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3 edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 54.

A coisa julgada pode ser formal ou material. Formal quando fica limitada ao processo que com ela se encerra. Material quando transcende nos seus efeitos para atingir processo posterior sobre o mesmo litígio³⁴. Criam-se vínculos e limitações de natureza processual e material que impedem o *bis in idem*, ou seja, o reexame do mérito da questão decidida em outro processo perante as mesmas partes.

Fundamento.

O fundamento da coisa julgada repousa exatamente na necessidade que tem o Estado de garantir a todos os indivíduos (partes ou não no processo) que os conflitos que foram objeto de julgamento e, portanto, de apreciação pelo Estado, terão um fim com a decisão judicial de forma a não mais se admitir discussão.

Portanto, se pode dizer, com Manzini, que o fundamento do instituto da autoridade da coisa julgada está na necessidade de aplicar e assegurar a ordem jurídica estabelecida pelas leis do Estado³⁵. Trata-se de um garantismo penal do acusado de que as questões decididas pelo juiz, em sua sentença, não poderão ser revistas, salvo se for em benefício do réu, através da revisão criminal.

O processo penal, dentro de um Estado Democrático de Direito, tem que dar as garantias necessárias ao acusado de que as questões propostas, discutidas e decididas pelo Estado, não poderão ser reabertas, sob pena de se criar uma instabilidade social e um abalo aos pilares de sustentação do Estado justo de direito.

No Brasil, (diferente da Alemanha, Noruega, Portugal, Rússia e Suécia) não se admite a revisão criminal *pro societate*, ou seja, a desconstituição de sentença absolutória mesmo que eivada de *error iudicando* ou *error in procedendo*. Nesse caso, a discussão da coisa julgada traz inúmeras questões interessantes (cf. item X, *infra*) que merecem nossa análise a fim de enfrentarmos o *no bis in idem*³⁶.

Destarte, a coisa julgada é mais uma medida de segurança criada em favor do indivíduo do que, propriamente, de um instituto meramente

³⁴ Eberhard Schmidt. *Los Fundamentos Teóricos Y Constitucionales Del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957, p. 160

³⁵ Ob. cit. p. 513.

³⁶ Manzini, prelecionando sobre os pressupostos para aplicação da regra do *no bis in idem*, afirma que deve se pretender intentar uma nova ação penal, não obstante existir uma sentença anterior irrevogável de absolvição a cerca da mesma pretensão punitiva (eadem causa petendi [a mesma causa de pedir]); que haja identidade sobre o fato sobre o que decide a sentença e aquele sobre o que se quisera acionar (eadem res [a mesma coisa]); e que haja identidade também de pessoa (eadem persona [a mesma pessoa]), ob. cit. p. 524/525. Havendo esses pressupostos, haverá *bis in idem*.

processual sem consequências práticas. É Claus Roxin quem nos dá suporte para esta afirmativa. Diz o mestre alemão:

“A coisa julgada material serve de proteção do acusado. Com ela se reconhece jurídico-fundamentalmente seu interesse em ser deixado em paz depois de ditada uma decisão de mérito que já não mais é impugnável.”³⁷

A coisa julgada impede, assim, que os fatos que foram objeto de julgamento possam ser investigados, novamente, pelo Estado em face do mesmo réu, com a desculpa de melhor apurar os fatos e descobrir situações que *agregam* o fato principal ou de *circunstâncias* que lhe pertencem, porém que não foram objeto de julgamento.

Limites.

Há limites objetivos e subjetivos na coisa julgada.

A eficácia, em si, da sentença atua em relação a todos os indivíduos, porém a *res iudicata* só tem validade entre as partes as quais é dada³⁸. As partes suportam a sentença transitada em julgado. A imutabilidade se dirige às partes. Assim, se Caio é absolvido da prática do crime de roubo e a sentença transita em julgado nada impede que Ticio seja processado, pelo mesmo fato, face o concurso de agentes descoberto após o trânsito em julgado. Nesse caso, dependendo do fundamento da sentença, poderá Ticio ser trazido ao banco dos réus. O limite do caso julgado atinge apenas a Caio. Entretanto, se Caio foi absolvido por ser o fato atípico, lógico que Ticio não poderá ser processado pelo mesmo fato, pois aplica-se o art. 580 do CPP, analogicamente. A isso chamamos de limites subjetivos da coisa julgada.

O fundamento político dos limites subjetivos da coisa julgada está no próprio direito de liberdade, como acentua Ada Pellegrini Grinover³⁹

Os limites objetivos se referem aos fatos objeto de julgamento. Os fatos principais. Os pontos ou questões litigiosas que foram decididos na sentença é que circunscrevem os limites objetivos da coisa julgada.

³⁷ Ob. cit. p. 436

³⁸ Art. 472 do CPC. “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (...)”

³⁹ “O fundamento político da limitação subjetiva da coisa julgada penal está no próprio direito de liberdade: vincular o terceiro à sentença condenatória que se formou relativamente a outro indivíduo, significaria sacrificar a exigência da justiça e os direitos de defesa a um princípio lógico e abstrato de coerência formal entre os julgados; por outro lado se o terceiro pudesse invocar a sentença absolutória proferida com relação ao co-autor, acabaria desfrutando de uma impunidade injustificada, incompatível com o caráter relativo da sentença” (Eficácia e Autoridade da Sentença Penal. 1 edição, São Paulo, RT, 1978, p. 13/14).

O Código de Processo Penal é tímido quanto ao limites objetivos da coisa julgada referindo-se aos mesmos no art. 110, §2º do CPP:

§ 2º - A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença (sem grifos no original).

Ora, o que entender por fato principal para acobertar-lhe com o manto da coisa julgada?

Entendemos que fato principal é aquele fato material ocorrido no mundo dos homens independentemente da qualificação jurídico penal dada ao fato. É o fato, cometido pelo homem, em sua integridade física. É o fato histórico ocorrido na vida.

Se Tício *subtraiu para si coisa móvel alheia mediante destruição de obstáculo com emprego de arma de fogo* (fato da vida, ocorrido no mundo dos homens) porém, o Ministério Público somente imputou ao ele a *subtração para si de coisa móvel alheia mediante destruição de obstáculo* (furto qualificado), não pode o Estado, após o trânsito em julgado, mesmo com provas novas, instaurar processo pelo crime de porte de arma. O fato principal é um só e já foi julgado. Entender diferente, é estabelecer no ordenamento jurídico brasileiro a revisão criminal *pro societate*, o que, por si só, é vedado.

Não pode o Estado continuar as investigações sobre o acusado que foi absolvido com trânsito em julgado, alegando que o crime foi de roubo, porém não ficou demonstrada a grave ameaça exercida com a arma de fogo. Assim, inadmissível será instauração de novo processo para apurar, agora, aquele porte (ou utilização) de arma. A utilização da arma faz parte do fato principal (roubo) que já foi objeto de julgamento e não admite reabertura da ferida cicatrizada com a *res iudicata*.

No mesmo sentido, se o acusado foi condenado no furto simples não pode o Estado, agora, aceitar a instauração de novo processo, contra o mesmo réu, pelo crime de dano alegando ter havido destruição de obstáculo à subtração da coisa, já objeto de julgamento trânsito em julgado.

O fato principal é um só e já foi objeto de julgamento.

E ainda: se absolvido do crime de furto não pode o réu ser, agora, acusado pelo crime de constrangimento ilegal (ou lesão corporal leve) contra mesma vítima praticado no mesmo dia, hora e local, provando-se, entretanto, com provas novas, que houve emprego de violência. O fato é um só. Já operou o trânsito em julgado, nada mais se pode fazer, sob

pena de não haver a segurança e a estabilidade social que exige a coisa julgada.

A coisa julgada açambarca o fato sob todos os pontos de vista jurídicos⁴⁰. Se o réu foi absolvido (ou condenado) pela prática do crime de latrocínio não pode o Estado, agora, querer instaurar novo processo, pelo mesmo fato, contra o mesmo réu, pela prática do crime de homicídio com a desculpa de que novas provas demonstram que nada foi subtraído e que sua intenção era de matar. O fato principal, sobre o qual recaiu a apreciação do Estado, já está protegido pelo manto da *res iudicata*.

É bem verdade que o Código de Processo Penal é tímido na disciplina da coisa julgada não havendo, como deveria, um capítulo próprio da *res judicata*. Entretanto, nada impede que se aplique não só o disposto no § 2º do art. 110 CPP, mas também as regras insertas no Código de Processo Civil⁴¹.

O *no bis in idem* tem a função garantidora impedindo que o acusado, que já se submeteu a cerimônia fúnebre⁴² que é o processo penal, venha novamente a ser processado pelo mesmo fato.

IX. OS ARTS. 384, PARÁGRAFO ÚNICO E 385, AMBOS DO CPP

Art. 384 - Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.

Parágrafo único - Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

⁴⁰ Claus Roxin, ob. cit. p. 437

⁴¹ cf. arts. 467 usque 475 do CPC.

⁴² Francesco Camelutti. *Las Miserias Del Proceso Penal*. Buenos Aires, EJE, 1959, p. 112.

Art. 385 - Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada (no original sem grifos).

As regras legais acima merecem uma análise, mesmo que superficial, de suas implicações diante de tudo que acima foi visto.

Em primeiro lugar o *caput* do art. 384 fala em circunstância elementar, termo esse que é impróprio, pois ou é circunstância e, portanto, está em volta de; ou é elementar e, nesse caso, está dentro. A elementar mexe na estrutura do crime, ou seja, faz com que desapareça ou surja outro. A elementar *funcionário público* se for retirada do delito do art. 319 CP (prevaricação) o mesmo desaparece. Entretanto, se for retirada do delito do art. 312 CP (peculato) restará o tipo do art. 168 CP (apropriação indébita).

A circunstância aumenta ou diminui a pena, porém o tipo fundamental continua o mesmo. A violenta emoção diminui a pena no homicídio, mas o tipo continua o mesmo (*cf.* art. 121, § 1º CP). No furto o repouso noturno aumenta a pena, porém se não existir o tipo continua o mesmo.

Não vemos razão para distinguir, como o código faz (e a doutrina aceita⁴³), entre circunstância que agrava a pena prevista na parte geral do código penal (o fato do agente cometer o crime contra ascendente: filho que mata o pai) e a prevista na sua parte especial, por exemplo, o repouso noturno que aumenta a pena do furto. Entendemos que em ambos os casos deve ser aditada a denúncia sob pena de afrontarmos os princípios da ampla defesa, do contraditório, da correlação entre acusação e a sentença, bem como, o sistema acusatório adotado entre nós, pois neste caso o juiz estaria fazendo parte da acusação quando condena com a circunstância que autoriza o aumento de pena sem que tal circunstância conste da acusação feita pelo órgão do Ministério Público.

A idéia de que o art. 385 do CPP autoriza tal entendimento não pode vingar dentro de um processo penal acusatório, justo, democrático de direito e livre dos ares autoritários da época em que foi elaborado pelo

⁴³ Cf. Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 18 edição, São Paulo, Saraiva, 1987, v. 4, p. 235/236.

regime de Vargas: 1940. Entender diferente é jogar por terra todo o sacrifício feito e sofrido pela sociedade nos últimos 60 anos de vigência do código de processo penal.

Destarte, seja uma circunstância ou uma elementar não contida, expressamente, na denúncia (PELO ÓRGÃO ACUSADOR), deve a denúncia ser aditada para incluí-la, sob pena do juiz agir *ex officio* e o réu ser surpreendido em sua defesa.

O difícil para determinados operadores jurídicos é trabalhar com a Constituição e não com as regras vetustas dos arts. 384 e 385 CPP. Nesse caso, a interpretação conforme a Constituição⁴⁴ irá socorrê-los.

Por último, o art. 384, *caput*, admite acusação implícita, ou seja, mesmo que não conste expressamente na denúncia, porém surgindo nova definição jurídica do fato, deve ser dada vista a defesa para se manifestar. Em outras palavras o código admite que se um homem for acusado do crime de estupro por ter, como diz a denúncia, “*mantido conjunção carnal com uma mulher, mediante violência, alcançando o orgasmo satisfazendo, assim, sua libido*” não poderá o juiz condená-lo pelo atentado violento ao pudor se não ficar comprovada a conjunção carnal, mas sim apenas, os atos libidinosos diversos da conjunção. A idéia de que são implícitos os atos libidinosos para quem quer a prática da conjunção carnal, não pode admitir condenação do acusado se não constar da denúncia. Afronta o princípio da ampla defesa e do contraditório. O réu não se defendeu da prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

O parágrafo único do art. 384 impõe o aditamento à denúncia quando houver possibilidade de aplicação de pena mais grave, deixando entender que só se adita se houver pena mais grave, porém se a pena for igual ou menor não haverá aditamento⁴⁵.

Discordamos desse entendimento. Seja a pena menor, igual ou maior deve-se sempre aditar a denúncia, sob pena de afrontarmos os princípios da correlação entre acusação e a sentença, da ampla defesa, do contraditório e, principalmente, violar o sistema acusatório, pois o juiz muda a acusação, *ex officio*.

⁴⁴ “Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a lei fundamental. (...) O papel da interpretação conforme a Constituição é, precisamente, o de ensinar, por via de interpretação extensiva ou restritiva, conforme o caso, uma alternativa legítima para o conteúdo de uma norma que se apresenta como suspeita” (Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3 edição, Rio de Janeiro, Saraiva, pag. 182).

⁴⁵ Cf. Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 18 edição, São Paulo, Saraiva, 1987, v. 4, p. 238 que defende ponto de vista no sentido de que só se adita se houver possibilidade de aplicação de pena mais grave, porém se a pena for igual ou menor aplica-se apenas o *caput* do art. 384 do CPP e, neste caso, sem aditamento, porém dando-se vista a defesa para se manifestar.

Assim, tanto no *caput* do artigo 384 como no seu parágrafo único deve-se aditar a denúncia em detrimento da prova nova surgida no curso da instrução. Se for um pedaço do fato e houver prova nova de sua ocorrência o aditamento é medida imperiosa. Se for outro fato conexo com o original, descoberto através de prova nova, adita-se a denúncia dando-se oportunidade ao réu de ser interrogado sobre esse novo fato conexo e praticar todos os demais atos processuais inerentes a sua defesa. Se for fato novo, porém sem conexão, instaura-se outra ação penal.

Nestes casos que estamos mencionando o aditamento será próprio real, ou seja, o acréscimo será de fatos ou de pedaços que lhe pertencem (elementares do tipo) e deverá, quanto a oportunidade, ser feito espontaneamente (independentemente de provocação do juiz) pelo Ministério Público face ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

O aditamento provocado é exceção e, por isso, está no art. 384, parágrafo único e no § 5º do art. 408, ambos do CPP.

X. CASOS CONCRETOS

Imaginemos alguns casos concretos para entendermos tudo o que acima dissemos.

1º caso: Tício é acusado da prática do crime de roubo simples. No curso da instrução não se comprova a elementar normativa do tipo grave ameaça (ou violência).

Pergunta-se: pode o juiz condená-lo pelo furto sem aditamento a denúncia?

Resposta:

A resposta é afirmativa. A subtração patrimonial de coisa móvel alheia está descrita na denúncia e, nesse caso, não há surpresa para a defesa. Ela se defendeu dessa subtração patrimonial. Portanto, autorizado está o juiz a condenar Tício pelo crime de furto sem o aditamento a denúncia.

2º caso: Tício é acusado da prática do crime de furto simples. No curso da instrução se descobre que houve o emprego de arma de fogo e, portanto, trata-se de crime de roubo.

Pergunta-se: há necessidade de aditamento a denúncia para que seja condenado pelo crime de roubo com emprego de arma de fogo?

Resposta:

A resposta é afirmativa. Tício não se defendeu de ter empregado arma de fogo durante aquela subtração patrimonial descrita na denúncia e, portanto, há, nesse caso, surpresa para a defesa. O respeito ao contraditório e a ampla defesa e a proibição do julgamento *ultra petita* exigem o aditamento.

3º caso: Tício é acusado da prática do crime de furto simples. Durante a instrução se demonstra de forma cabal que, na verdade, naquele dia, hora e local, houve recusa em devolver o bem por parte de Tício e não subtração e, portanto, tinha ele a precedente posse da *res*.

Pergunta-se: há necessidade de aditamento a denúncia para que possa ser condenado pelo crime de apropriação indébita?

Resposta:

A resposta é afirmativa. Não obstante as penas serem iguais, Tício não se defendeu de ter a precedente posse da *res* e, portanto, deve tal elemento normativo do tipo (posse) constar da acusação. A posse de Tício é injusta, mas não por clandestinidade e sim por precariedade. Vejam que o fato é um só. Não há dois fatos. Há dois tipos penais em discussão, porém uma única conduta. Nesse caso, o réu se defende dos fatos narrados e não da tipificação penal dada ao fato. Admitir condenação porque a pena é a mesma é admitir que o réu se defende da pena e não dos fatos. Assim, deve a denúncia ser aditada para a caracterização perfeita dos fatos.

4º caso: Tício é acusado por ter furtado do interior de uma fazenda três vacas leiteiras colocando-as em seu caminhão depois de ter derrubado a cerca de proteção da fazenda no dia 15/01/00, às 20:00 h.

No curso da instrução se descobre, com provas novas, que na verdade foram furtados três cavalos da raça mangalarga marchador e não três vacas.

Pergunta-se: há necessidade de se aditar a denúncia para que possa Tício ser condenado pela prática do crime de furto dos três cavalos ou é indiferente?

Resposta:

Há necessidade do aditamento, pois a *res* descrita não corresponde a do fato real ocorrido na vida. O que significa dizer: furto de três vacas não houve. A repercussão, inclusive, de eventual sentença condenatória pelo furto de três vacas no juízo cível é evidente, pois ao se fazer a liquidação de sentença para se determinar o *quantum debeatur*

terá que se fazer em cima do *an debeatur* determinado na sentença e este menciona três vacas e não três cavalos.

Vejam que nesse caso não se trata de outro tipo penal, muito menos de fato diverso, mas sim do mesmo fato, porém com identificação errônea da *res* impedindo o réu de se defender do fato verdadeiro e, portanto, do fato real. Há flagrante violação à ampla defesa e ao contraditório e sempre que isso ocorrer o aditamento a denúncia é medida imperiosa.

5º caso: Tício é acusado da prática do crime de homicídio qualificado por motivo fútil. Em seu interrogatório alega que na data do fato, 15/01/00, não se encontrava na cidade do Rio de Janeiro, mas sim em viagem ao exterior tendo retornado em 25/01/00.

As testemunhas arroladas pelo Ministério Público corroboram os fatos descritos na denúncia, porém discordam, com dados precisos, da data do fato, alegando que o mesmo ocorrera em 30/01/00 e não 15/01/00. Praticados os demais atos do processo e juntados documentos comprovadores de que o fato ocorrera, realmente, em 30/01/00, pergunta-se:

O juiz está autorizado a pronunciar o acusado pelo crime descrito na denúncia sem que o Ministério Público adite a denúncia, alterando a data do fato?

Resposta:

A resposta só poderá ser negativa. O réu se defendeu, exercendo o contraditório, de fato ocorrido no dia 15/01/00 e não de fato ocorrido na data de 30/01/00. Perceba o leitor que o *álibi* alegado vem de encontro com a data descrita na denúncia e, portanto, se não houver o aditamento impróprio de retificação a denúncia, não poderá Tício ser pronunciado, pois naquela data (15/01/00), efetiva e realmente, não se encontrava no local do crime. O fato é o mesmo e sob o ponto de vista penal material a alteração da data é irrelevante, porém sob o ponto de vista penal processual há profunda repercussão no direito de defesa.

Destarte, independentemente de haver alteração fática ou aumento de pena, sempre que a mudança for de encontro ao direito de defesa deve a denúncia ser aditada.⁴⁶

⁴⁶ O leitor não pode deixar de conhecer a brilhante obra do Prof.º Gustavo Badaró denominada *"Correlação entre Acusação e Sentença"* (São Paulo, RT, 2000, p. 130/131) onde o autor defende que: *"A relevância ou não de um determinado aspecto do fato imputado é determinada pela defesa apresentada pelo imputado. Em outras palavras, se as regras da correlação entre acusação e sentença têm em vista preservar o princípio do contraditório e, em um determinado aspecto, evitar prejuízos e surpresas para o acusado, os fatos trazidos ao processo pela defesa são fundamentais para delimitar a relevância ou não da mutação do fato processual. Sempre que a mudança do fato processual resultar em alteração de um elemento do delito, ao se ter em vista o fato penal, haverá relevância processual e o prejuízo causado à defesa é evidente"*.

6º caso: Tício é processado pela prática do crime de homicídio culposo, na direção de veículo automotor (art. 302 da Lei 9.503/97), por ter, agindo imprudentemente, excedido a velocidade normal (80 km/h) estabelecida pelas regras de trânsito, naquela via pública descrita na denúncia. No curso da instrução descobre-se, através das provas carreadas para os autos, que Tício deu causa ao resultado morte porque ingressou, na mesma via pública, pela contra mão de direção e não porque se excedeu na velocidade.

Pergunta-se: pode o juiz condenar Tício pelo crime do art. 302 do CTB sem que haja aditamento a denúncia para descrever a conduta correta de Tício?

Resposta:

A resposta é negativa. Sem o aditamento a denúncia não pode o juiz condenar Tício por que não houve imprudência na modalidade descrita na denúncia (excesso de velocidade), mas sim por ter Tício ingressado na contra mão de direção. Vejam que nesse caso há flagrante violação ao contraditório exercido por Tício, pois é cediço, e repetimos, que o réu se defende dos fatos descritos na denúncia e não da capitulação penal dada ao fato. Tício não está se defendendo do art. 302 do CTB, mas sim da conduta descrita na denúncia que se amolda ou não ao tipo penal.

Assim, é imperativo garantidor da ampla defesa o aditamento a denúncia.

7º caso: Tício é processado e julgado pelo crime de roubo simples (art. 157, *caput*, do CP) sendo absolvido. A sentença absolutória transita em julgado. A autoridade policial, através do depoimento de várias pessoas que não prestaram depoimento nos autos do inquérito e muito menos no processo, porém compareceram a delegacia, espontaneamente, verifica que, na verdade, houve emprego de arma de fogo por parte de Tício, inclusive, logrando êxito em localizar a arma que foi escondida por ele em um terreno baldio. Diante dessas peças de informação remete as mesmas para a vara criminal onde Tício foi julgado e o juiz dá vista ao Promotor de Justiça para que adote as providências que entender cabíveis.

Pergunta-se: pode o Promotor de Justiça oferecer denúncia, pelo mesmo fato, em face de Tício, porém imputando o emprego de arma de fogo, ou seja, roubo com emprego de arma de fogo?

Resposta:

A resposta é negativa. Tício já foi julgado por aquele fato ocorrido no mundo, por aquele pedaço da vida não podendo ser julgado, duas

vezes, pelo mesmo fato, sob pena de afrontarmos a coisa julgada. Não se pode confundir o tipo penal com o fato praticado que já foi objeto de julgamento. Se o Ministério Público (Estado-administração) não apurou o fato com todos os seus elementos que lhe integram não faz sentido, agora, com o trânsito em julgado da decisão, chamar Tício para responder por um pedaço do fato. Muito menos por porte de arma que foi absorvido pelo crime de roubo. O fato é um só. Do contrário, se assim não pensarmos, não haverá a segurança jurídica necessária à manutenção da paz e da segurança social.

Se é na sentença que o Estado, substituindo a vontade das partes, faz valer a lei e, portanto, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas (cf. art. 468 CPC), tal decisão tem proteção constitucional nas cláusulas pétreas, pois “a lei não prejudicará ... a coisa julgada” (cf. art. 5º, XXXVI da CRFB).⁴⁷

Há nesse caso identidade da *eadem causa petendi* (a mesma causa de pedir); identidade sobre o fato sobre o que decide a sentença e aquele sobre o que se quisera acionar: *eadem res* (a mesma coisa) e; por último, identidade também de pessoa: *eadem persona* (a mesma pessoa).

8º caso: Tício, Caio e Mévio são processados e julgados pelo crime de latrocínio tentado (subtração patrimonial tentada e homicídio tentado) sendo condenados no 1º grau de jurisdição. Apela da sentença alegando, primeiro, inépcia da denúncia e, segundo, atipicidade do fato. O Tribunal de Justiça, por maioria de votos, nega provimento ao recurso, porém um voto vencido dava provimento para absolver os acusados.

A Defensoria Pública interpõe recurso de Embargos Infringentes com base no voto vencido e o Grupo de Câmaras absolve os acusados alegando que o fato era atípico e determina a remessa dos autos à comarca de origem para que o Ministério Público ofereça denúncia pelo crime de homicídio tentado que, na opinião do Tribunal, era o crime remanescente.*

Pergunta-se: está correta a decisão do Tribunal em absolver pelo latrocínio tentado e entender que havia crime de homicídio tentado determinando o oferecimento de denúncia em face dos acusados por este crime?

⁴⁷ Confronte para tanto esta passagem lúcida feita pelo Dr. Marcelo Abelha em sua obra “Elementos de Direito Processual Civil”, 1 edição, São Paulo, RT, 2000, v. 2, p. 279, afirmando que “Por intermédio desse preceito fica extremamente clara a opção política do legislador, de que, ‘com a sentença definitiva não mais sujeita a reexames recursais, a res in iudicium deducta se transforma em res iudicata, e a vontade concreta da lei, afirmada no julgado, dá ao imperativo jurídico, ali contido, a força e autoridade de *lex specialis* entre os sujeitos da lide que a decisão compôs’.

* Este fato é verídico e foi vivido pelo autor na comarca de Cachoeiras de Macacu no Interior do Estado do Rio de Janeiro em 1996.

Resposta:

A negativa se impõe. Quanto a absolvição pelo crime de latrocínio tentado o Tribunal agiu dentro de sua esfera de competência e a decisão deve ser (como foi) cumprida. Porém, determinar que se instaure contra os réus processo por crime de homicídio tentado foi um equívoco, para não dizer um *error in iudicando*. Até porque, o recurso foi exclusivo dos réus não sendo admissível uma reforma que não seja aquela pedida. Ou dá o que os réus pediram ou deixa como está, porém, jamais piorar de qualquer modo, sua situação jurídica (cf. art. 617 do CPP). Na medida em que dá provimento aos embargos infringentes, porém manda processar os réus por outro crime, julga *ultra petita*.

Os réus já foram absolvidos pelo fato ocorrido na vida e que foi objeto do processo, fazendo operar, assim, a coisa julgada. Dar uma nova roupagem jurídica ao fato é criar uma instabilidade social aos acusados, agora absolvidos pelo Tribunal, deixando-os na eterna incerteza de quando aquele conflito terá fim. No mesmo sentido não cabe ao judiciário determinar ao Ministério Público que ofereça denúncia por esse ou aquele fato, em verdadeira afronta ao sistema acusatório e, principalmente, a característica *mor* da jurisdição que é a imparcialidade do órgão jurisdicional. Na medida em que assim age, compromete sua posição de sujeito processual imparcial.

9º caso: Tício é processado e julgado pelo crime de roubo simples (art. 157, *caput*, do CP) sendo absolvido. A sentença absolutória transita em julgado. A autoridade policial, através do depoimento de várias pessoas que não prestaram depoimento nos autos do inquérito e muito menos no processo, porém compareceram a delegacia, espontaneamente, verifica que, na verdade, houve emprego de arma de fogo por parte de **Caio** que ameaçou a vítima enquanto Tício subtraía a *res*, inclusive, logrando êxito em localizar a arma na residência de **Caio**, sendo este reconhecido pelas testemunhas.

Diante dessas peças de informação a autoridade policial remete as mesmas para a vara criminal onde Tício foi julgado e o juiz dá vista ao Promotor de Justiça para que adote as providências que entender cabíveis.

Pergunta-se: pode o Promotor de Justiça oferecer denúncia, pelo mesmo fato, em face de Tício e **Caio**, porém imputando aos mesmos o crime de roubo com emprego de arma de fogo e mediante concurso de agentes (art. 157, §2º, I e II do CP)?

Resposta:

Quanto a Ticio nada mais se pode fazer, já há o trânsito em julgado e não pode ser ele chamado para responder pelo mesmo fato. O fato é um só. Se o Estado não identificou e apurou o fato corretamente, estando a decisão acobertada pelo trânsito em julgado, Ticio está livre das garras da justiça. Do contrário, seria estabelecermos o *bis in idem*⁴⁸.

Entretanto, quanto a Caio nada impede que seja chamado para responder pelo crime de roubo com emprego de arma de fogo e mediante concurso de agentes, na medida de sua culpabilidade. A sentença fez coisa julgada entre as partes as quais foi dada, ou seja, o Estado-administração (Ministério Público) e Ticio, mas não para Caio. Nesse caso, Caio teve o componente subjetivo necessário da co-autoria, qual seja: a resolução comum de realizar o fato, o atuar de cooperação consciente e querida⁴⁹. Portanto, deve responder na medida de sua culpabilidade. Entender que Caio não pode ser processado pelo crime que cometeu é garantir sua impunidade, fim este não visado pela coisa julgada. A coisa julgada é medida de garantia e não de impunidade àquele que não foi julgado (cf. nota n.º 38, *supra*).

10º caso: Ticio é investigado em regular inquérito policial pela prática do crime de furto qualificado mediante rompimento de obstáculo, porém não há o laudo de exame de corpo de delito, mas sim os depoimentos do lesado e de três testemunhas comprovando o rompimento. Concluído o inquérito o Ministério Público denuncia Ticio pelo furto simples entendendo que o exame de corpo de delito, comprovando o rompimento, era indispensável, e, portanto, nada menciona quanto a qualificadora. O juiz recebe a denúncia e silencia quanto a qualificadora. No curso da instrução o laudo chega aos autos comprovando o rompimento de obstáculo.

Pergunta-se: pode o Ministério Público aditar a denúncia para incluir a qualificadora do rompimento de obstáculo, considerando ser o laudo prova nova?

Resposta:

A resposta é negativa. Não há no processo penal hierarquia entre as provas, ou seja, uma prova não vale mais do que a outra. O Ministério

⁴⁸ A expressão *bis in idem* não pode autorizar o entendimento de que deve sempre haver punição (condenação) no primeiro processo para evitar o segundo, mas sim, a impossibilidade de novo processo pelo mesmo fato, independentemente do resultado do primeiro.

⁴⁹ Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – parte geral*. 4 edição, Espanha, Comares, 1993, p. 618.

Público tinha em mãos provas que autorizavam o oferecimento de denúncia pelo furto mediante rompimento de obstáculo e não utilizou, acarretando, assim, o arquivamento implícito objetivo do tipo derivado (rompimento de obstáculo) do inquérito policial. O laudo, surgido no curso da instrução, não é considerado *substancialmente* prova nova, mas sim, *formalmente*, o que significa dizer: não altera o quadro probatório do processo a ponto de ser considerado prova nova. A prova da qualificadora já constava do inquérito e não foi utilizada.

O princípio reitor para o Ministério Público oferecer denúncia é o do *in dubio pro societate*, ou seja, na dúvida, diante das provas contidas no inquérito, deve resolvê-la em favor da sociedade denunciando o indiciado.

Assim, houve o arquivamento implícito objetivo do elemento derivado do tipo e o laudo constitui prova nova formal e não substancial⁵⁰.

Do contrário, havendo prisão em flagrante delito pela prática do crime de homicídio e não havendo, ainda, laudo nos autos do inquérito, não se poderia oferecer denúncia com base nos outros elementos de prova constantes dos autos, o que constituiria verdadeiro absurdo.

XI. CONCLUSÃO

É chegada a hora de fazermos uma conclusão do trabalho apresentado com o escopo de sintetizarmos nossa posição.

1. O processo penal moderno tem uma função nitidamente garantista visando assegurar ao acusado todos os direitos previstos na Constituição, não havendo mais espaço, dentro do Estado Democrático de Direito, para o processo punitivo exclusivista, ou seja, àquele que a todo custo procurava um culpado, fosse ele quem fosse, visando segregar-lhe a liberdade sem assegurar-lhe os direitos fundamentais.

2. O sistema acusatório é a base de todo o sistema processual penal democrático onde o juiz é afastado da persecução penal, sendo-lhe vedado agir *ex officio*. Portanto, qualquer alteração na peça exordial,

⁵⁰ Cf. para melhor esclarecimento sobre o conceito de prova substancial e formalmente nova a obra do autor citada na nota n.º 5 em sua p. 117.

seja de fato, do sujeito, ou de elementos agregadores do fato (tempo, lugar, horário, data), somente poderá ser feita pelo titular privativo da ação penal pública: o Ministério Público. Trata-se de uma garantia do acusado que visando resguardar a imparcialidade do órgão julgador.

3. O ônus da prova no processo penal, diante da regra inserta no art. 5º, LVII da CRFB, é exclusivo do Ministério Público, ou seja, o fato ocorrido no mundo dos homens deve ser trazido em sua integralidade para o objeto do processo, sob pena do réu, se absolvido for com trânsito em julgado, não poder ser chamado novamente para responder pelo mesmo fato. Se algum pedaço do fato for excluído na denúncia, somente poderá ser trazido para os autos mediante provas novas e o ônus é todo do Ministério Público.

4. O princípio da correlação entre acusação e a sentença é regra que deve ser observada a fim de impedir que o juiz julgue *ultra, citra* e *extra petita* respeitando, assim, o direito ao contraditório e a ampla defesa. O réu não pode ser surpreendido com condenação por fato diverso do que constar na denúncia.

5. O direito de defesa deve ser efetivo, ou seja, a defesa técnica é irrenunciável e isto significa que o defensor não pode ser privado do exercício pleno dos direitos previstos na Constituição, assegurando ao acusado que o juiz não conhecerá de fatos que não constem da peça exordial, pois se o réu não exerceu o contraditório sobre aqueles fatos discutidos na instrução, porém que não constam da denúncia, o defensor deve impugnar o *decisum* através da medida judicial cabível, inclusive, contra a própria vontade do réu. O contraditório é sobre os fatos contidos na denúncia e não sobre os fatos discutidos na instrução.

6. O objeto do processo penal é a pretensão processual penal que veicula a acusação, traduzida esta na imputação + pedido. O fato que serve de suporte a imputação, ou o fato que é imputado, é o fato da vida, o acontecimento histórico e que deve estar devidamente individualizado na denúncia, sob pena de não poder ser objeto da sentença sem o aditamento a denúncia.

7. A coisa julgada é um instituto de garantia de todo e qualquer indivíduo processado de que, uma vez decidido o litígio pelo Estado-juiz,

o mesmo não poderá mais ser discutido, assegurando assim a paz e a tranquilidade social. O *no bis in idem* é medida de garantia do acusado.

8. As regras previstas nos arts. 384 e seu parágrafo único e 385, ambas do CPP, são inconstitucionais, pois permitem que haja acusação implícita e que o juiz conheça de circunstâncias que aumentam a pena sem que constem da acusação.

Assim, havendo alteração fática face a presença de elementos que integram o fato, porém que não constam da denúncia, deverá a mesma ser aditada pelo órgão acusador fique a pena menor, igual ou maior. Não importa. O réu tem o direito de se defender dos fatos descritos na denúncia e não da capitulação jurídico penal dada aos fatos.

Obs.: O trabalho acima apresentado está sujeito a alterações pelo simples fato de seu autor continuar estudando a matéria e, principalmente, por estar aberto as críticas construtivas que possam ser feitas pelos leitores.

Rio de Janeiro, 03 de novembro de 2000.

20:30 h.

prangel@connection.com.br

** Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mestrando em Direito Processual Penal e Criminologia da Universidade Cândido Mendes – Professor de Direito Processual Penal da Universidade Cândido Mendes, da Escola da Magistratura e do CEPAD; autor da obra Direito Processual Penal, editora Lumem Juris, 3ª edição e diversos artigos de doutrina.*

BIBLIOGRAFIA:

1. **Abelha, Marcelo.** *Elementos de Direito Processual Civil*. 2 edição, São Paulo, RT, 2000, Vol. I.
2. **Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy.** *Correlação entre Acusação e Sentença*, São Paulo, RT, 2000.
3. **Barroso, Luis Roberto.** *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3 edição, Rio de Janeiro, Saraiva, 1999.
4. **Beling, Ernest.** *Derecho Procesal Penal*. 1 edição, Argentina, DIN, 2000.
5. **Carnelutti, Francesco.** *Las Miserias Del Proceso Penal*. Buenos Aires, EJE, 1959.
6. **Carvalho, Amilton e Salo de.** *Aplicação da Pena e Garantismo*. 1 edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.
7. **Colomer, Juan-Luis Gomez.** *El Proceso Penal Aleman Introduccion y Normas Basicas*. 1 edição, Barcelona, Bosch, 1985.
8. **Fausto, Boris.** *História do Brasil*. 6 edição, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1999.
9. **Ferrajoli, Luigi.** *Derecho y Razón*. 3 edição, Madrid, Trotta, 1998.
10. **Grinover, Ada Pellegrini.** *Eficácia e Autoridade da Sentença Penal*. 1 edição, São Paulo, RT, 1978.
11. **Isasca, Frederico.** *Alteração Substancial dos Fatos e sua Relevância no Processo Penal Português*. 2 edição, Coimbra, Almedina, 1999.
12. **Jardim, Afrânio Silva.** *Direito Processual Penal*. 8 edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999.
13. **Jescheck, Hans-Heinrich.** *Tratado de Derecho Penal – parte geral*. 4 edição, Espanha, Comares, 1993, p. 618.

14. **Lassalle, Ferdinand.** *A Essência da Constituição*. 4 edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998.
15. **Leone, Giovanni.** *Tratado de Derecho Procesal Penal*. 3 edição, Buenos Aires, EJE, 1989, Tomo III.
16. **Liebman, Enrico Tulio.** *Eficácia e Autoridade da Sentença*, 3 edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984.
17. **Manzini, Vincenzo.** *Tratado de Derecho Procesal Penal*. 3 edição, Buenos Aires, El Foro, 1996, Tomo IV.
18. **Mittermaier, C.J. A.** *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, 3 edição, São Paulo, Bookseller, 1997.
19. **Olmedo, Clariá.** *Derecho Procesal Penal*. Argentina, Cordoba, 1984.
20. **Rangel, Paulo.** *Direito Processual Penal*. 3 edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.
21. **Rangel, Rui Manuel de Freitas.** *O ônus da Prova no Processo Civil*. 1 edição, Coimbra, Almedina, 2000.
22. **Rossi, Vázquez.** *Derecho Procesal Penal*. Argentina, Rubinzal Culzoni, p. 106, Tomo I
23. **Roxin, Claus.** *Derecho Procesal Penal*. 25 edição, Buenos Aires, Del Puerto, ano 2000.
24. **Schmidt, Eberhard.** *Los Fundamentos Teóricos Y Constitucionales Del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957.
25. **Tourinho Filho, Fernando da Costa.** *Processo Penal*. 18 edição, São Paulo, Saraiva, 1987, v. 4.

***Falta de Legitimidade de Delegado de
Polícia para Requerer Cautelares***

FALTA DE LEGITIMIDADE DE DELEGADO DE POLÍCIA PARA REQUERER CAUTELARES

Alonso Gomes Campos Filho
Promotor do Júri em Aracaju/SE

Já é por demais sabido que o PROCESSO, como instrumento compositivo de litígio, é um só, pois é por seu intermédio que o Estado desenvolve a atividade jurisdicional. Assim, Direito Processual Civil e Direito Processual Penal são ramos de um mesmo tronco. Ambos têm a mesma finalidade (atuação dos órgãos jurisdicionais), condicionando-se a intervenção do Poder Judiciário ao exercício da ação. É claro que não existe absoluta identidade entre eles e não se pode confundi-los, porém suas pilastras são comuns e muitos dos seus institutos são idênticos. Por fim, pode-se dizer que, não obstante exista afinidade entre Direito Processual Civil e Direito Processual Penal, há autonomia entre ambos.

Feita esta introdução, torna-se necessário que se vá, então, ao ponto central do tema.

Na estrutura do atual (?) Código de Processo Penal, pode o Delegado de Polícia requerer algumas providências cautelares **diretamente** ao Juízo. Dentre elas existem as de requerer a instauração de incidente de insanidade mental (art. 149 §1º CPP), buscas e apreensões domiciliares (art. 240 §1º CPP c/c art. 5º, XI, CF) e representar pela prisão preventiva do indiciado (art. 311 CPP) e pela prisão temporária (art. 2º da Lei 7.960/89).

Outrossim, tais dispositivos têm que ser lidos e interpretados à luz da **atual** (esta sim, atual) Constituição Federal, notadamente através do que está contido em alguns dos incisos do art. 129.

Mas, para ser mais contundente, atente-se apenas ao comando do art. 129, I, que diz que **compet**e, **PRIVATIVAMENTE**, ao **Ministério Público promover a ação penal pública**. De logo, este dispositivo Constitucional não recepcionou alguns outros do Código de Processo Penal, destacando-se os artigos 26 e 531 e seguintes. Vejam bem, é incontroverso que o dispositivo Constitucional não recepcionou quase todo um capítulo do CPP (o capítulo V, do Título II, do Livro II). Reparem: acabou com todo um procedimento previsto no CPP, qual seja o famoso “processo judicialiforme”, onde a iniciativa da ação penal cabia ao Delegado de Polícia

ou ao Juiz. Embora inúmeras críticas existissem ao procedimento, as contravenções penais e os crimes de homicídio e lesões corporais culposos (Lei 4.611/65) eram apurados na forma estabelecida pelo Código de Processo Penal. No entanto, o golpe de misericórdia foi desfechado pela Constituição atual. Seu artigo 129, I, consagrou o sistema processual penal **acusatório**, onde os sujeitos processuais ficaram bem definidos: **um julga, outro acusa e um outro defende**, cujas posições não podem se confundir.

Bom, o Ministério Público é, dessa forma, o *dominus litis* na ação penal pública, **exclusivamente**, salvo, lógico, na hipótese de negligência, quando o ofendido pode lançar mão da ação penal privada subsidiária (arts. 5º, LIX, CF, e 29 CPP).

Assim, no campo penal, como o titular do *jus puniendi* é sempre o Estado, este é que possui *legitimatio ad causam* ativa ordinária. Quando ocorre uma infração penal, somente os titulares da relação jurídico-material (o titular do direito violado e o seu transgressor) é que têm **interesse na lide**, quais sejam o Estado e o infrator da ordem pública. Em vista disso, a relação processual se estabelece entre o Estado (titular do *jus puniendi*) e o infrator (titular do *jus libertatis*). Porém, para tanto, o Estado atua através de um dos seus órgãos: o MINISTÉRIO PÚBLICO, **exclusivamente**.

Por isso, como o Ministério Público é o titular da ação penal pública, somente ele tem legitimidade para ir a juízo requerer qualquer **cautelar** para viabilizar a ação principal. Daí ser fácil concluir que o Delegado de Polícia não pode requerer nenhuma **cautelar em nome do titular da ação penal**, uma vez que a legislação não o autoriza (pelo menos à luz da ordem jurídica atual). Como admitir a presença de uma outra pessoa que não é parte, em Juízo, para requerer **cautelar** em nome desta? Seria o delegado um substituto processual (onde há autorização para tal)? O Delegado procurou saber da “futura parte” se esta acha necessária ou conveniente a providência cautelar que está requerendo, para tentar satisfazer o direito da parte na ação que futuramente irá desencadear?

Detenha-se, então, sobre a possibilidade de o Delegado representar pela prisão preventiva de indiciado. Não é mais possível fazê-lo. Alguém poderia dizer que existe contra este posicionamento o disciplinamento do art. 311 do CPP. Mas ele está revogado, em parte, mormente na parte que prevê a **representação** para a prisão preventiva. Ora, se o artigo 129, I, da Constituição Federal, não recepcionou quase todo um capítulo do Código de Processo Penal, por que não admitir, também, que não tenha recepcionado o art. 5º, II, primeira parte, o 10 §§1º e 3º, o 13, IV, o 16, o 23, o 268 e seguintes, o 311, o 384, *caput*, dentre outros?

A essa altura, cabe a seguinte indagação: qual a natureza jurídica da prisão preventiva? Seria prudente responder como o jurista Afrânio Silva Jardim, e afirmar que se trata de execução provisória da pena? Claro que não, pois pode o réu vir a ser absolvido, além de a pena só poder ser executada após a decisão transitar em julgado (art. 105 da Lei 7.210/84). Ou seja, só existe execução definitiva.

Não resta, então, outra resposta: **o pedido de prisão preventiva é um processo cautelar** (Fernando da Costa Tourinho Filho, in Processo Penal, Vol. I, 20ª edição, 1998, p. 316. Também nas págs. 424/5, 476 e 484, vol. III, 19 edição). É cautelar, sim, pois, para decretá-la, o Juiz deve Ter como fundamento maior a **necessidade** retratados pelo "*fumus boni juris*" e "*periculum in mora*".

Onde, então, buscar-se o disciplinamento para o processo cautelar, já que o Código de Processo Penal não o fez? No Código de Processo Civil (arts. 796 e seguintes), por força do artigo 3º do Código de Processo Penal. E por que não? O CPP também não prevê o procedimento para o pedido de explicações em Juízo (art. 144, CP), e ele é feito na forma do artigo 867 e seguintes do CPC. Também não prevê a alegação de motivo de foro íntimo e o motivo pode ser levantado, na forma do artigo 135, parágrafo único, do CPC. Da mesma forma o art. 423 do CPP admite a justificação, não dando nenhuma regulamentação sobre o assunto, cabendo ao intérprete buscar no CPC (art. 861 e seguintes) as disposições orientadoras da matéria.

O artigo 796 do CPC diz que o processo cautelar é dependente do principal. Por sua vez, o artigo 800 informa que as medidas cautelares serão requeridas ao Juiz competente para conhecer a ação principal. Conclui-se, conseqüentemente, que somente o titular da ação penal pode requerer qualquer cautelar para viabilizar a ação principal, que se inicia com a **denúncia ou queixa**. Portanto, somente o Ministério Público ou o ofendido têm interesse de agir e legitimidade para requerer cautelares, a exemplo da decretação da prisão preventiva.

Cabe ao processo cautelar a função de auxiliar e servir à tutela do processo principal, garantindo a este o seu eficaz desenvolvimento e seu profícuo resultado. Com o processo cautelar o que se procura obter é a prevenção contra o risco de um dano imediato que afeta o interesse litigioso da **parte**. Por isso, toda e qualquer medida cautelar pressupõe um processo principal. É dizer: para a decretação de uma prisão preventiva é de presumir-se uma **denúncia ou queixa**.

Consequentemente, ao analisar um pedido de prisão preventiva, deve o Juiz verificar se o requerente tem ou não legitimidade para deflagrar a ação penal. Se não, deve indeferir o pedido, por manifesta ilegitimidade da parte (art. 43, III, CPP, c/c 796 e seguintes do CPC). É o autor **carecedor da ação**.

À luz da atual Constituição, o que autoriza o Delegado de Polícia ir a Juízo requerer cautelares em nome de quem, às vezes, não é sequer ouvido a respeito do seu deferimento? O Delegado não tem **legitimidade** e muito menos **capacidade postulatória**. Onde está previsto essa “substituição processual”? E se o Juiz indeferir seu pedido de prisão preventiva, pode o Delegado fazer uso do recurso previsto no artigo 581, V, do CPP? Claro que não, pois não tem legitimidade para tanto. Só quem pode recorrer dessa decisão é o Ministério Público ou o querelante, pois possuem legitimidade. Aliás, em várias passagens (arts. 271, 577, 598,...) o Código enumera as pessoas que têm interesse na via recursal. Nenhuma referência faz à autoridade policial.

Alguém poderia afirmar, então, que o pedido preparatório de decretação da prisão não é processo. É claro que é, pois é registrado, autuado e decidido (art. 93, IX, CF) e dessa decisão cabe recurso (art. 581, V, CPP). Se não é processo, estaria o Juiz exercendo jurisdição sem ação (art. 2º CPC)? E já é por demais sabido de todos que o Juiz desenvolve a relevante e importantíssima função de dizer o direito e, por isso, deve ser imparcial e inerte. Da mesma forma a autoridade policial não tem, pela natureza de suas funções típicas, o *jus postulandi*.

Logo, as cautelares devem ser deduzidas pelo *dominus litis* da ação penal, pois no interesse da futura instrução criminal em juízo. Por conseguinte, somente o Ministério Público, nas ações penais públicas, tem o poder exclusivo sobre as cautelares, medidas acessórias da ação penal pública. Ora, já que somente as partes têm o direito de provocar a jurisdição, se o delegado de polícia (que não é parte) entender necessária uma prisão provisória, deve submeter sua pretensão ao Promotor de Justiça, titular da ação penal pública e detentor do *jus postulandi*, para que este, ao seu convencimento, provoque o Juízo. Não sendo assim, não pode o Juiz, a requerimento do delegado, decretar uma custódia cautelar, sem que o titular exclusivo da ação penal pública tenha sido consultado sobre sua necessidade, ou, até mesmo não sendo favorável a ela, em flagrante prejuízo de sua liberdade de convicção na *opinio delicti* e indo de encontro ao princípio *ne precedat judex ex officio*, posto que o Juiz estará agindo ao ter sido provocado por parte ilegítima, por quem não tem interesse de agir e por quem não possui *jus postulandi*.

A permanecer como está, ou seja, permitindo que o delegado de polícia peticione em Juízo, é fazer tábula rasa do artigo 129, I, CF, e conferir ao órgão policial uma prerrogativa que não lhe pertence, usurpando do Ministério Público a condução da ação penal pública, **com exclusividade**, indo de encontro também ao princípio do **devido processo legal**.

Este signatário não está sozinho no pensamento agora exposto, pois a orientação da doutrina é no sentido de que o artigo 129, I, CF, provocou verdadeira revolução no Direito Processual Penal. Recentemente (em junho do ano corrente), a Comissão nomeada pelo Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça para reforma do Código de Processo Penal, tendo na presidência a professora Ada Pellegrini Grinover, além de outros juristas do Instituto Brasileiro de Direito Processual/SP (Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Rene Ariel Dotti, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, dentre outros não menos ilustres), apresentou propostas, constando dentre elas as seguintes:

“Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial:

.....
IV- representar ao Ministério Público para requerimento, ao Juiz competente, de medida cautelar prevista em lei.”

“Art. 311- Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá prisão preventiva decretada pelo Juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou do querelante.”

Verifica-se, então, que a douta Comissão quer corrigir a distorção ou o descompasso que existe entre o artigo 129, I, CF, e o art. 311 do atual (?) Código de Processo Penal, e, com isso, chega a dizer que a razão está com este Promotor de Justiça.

Por tudo o que foi exposto, pode-se **concluir**, então, que a autoridade policial, à vista do comando do art.129, I, da Constituição Federal, não pode mais representar diretamente à autoridade judiciária para o fim de decretação de prisão preventiva ou temporária ou com finalidade de requerer qualquer outra medida cautelar. Se, na condução de um Inquérito Policial, o Sr. Delegado de polícia sentir necessidade das cautelares referidas, deve dirigir-se ao ofendido (nos crimes de ação penal privada, já que deu autorização para início do procedimento administrativo)

ou ao Ministério Público (nas demais hipóteses) para que estes, dentro de seus convencimentos, provoquem ou não o órgão jurisdicional.

Estes, sim, podem fazê-lo, porque têm interesse de agir (têm o *jus accusationis*), legitimidade para agir (têm *legitimatío ad causam* ativa, ordinária e extraordinária) e capacidade postulatória. O delegado de polícia, por outro lado, não tem interesse de agir, não tem legitimidade para agir e não tem capacidade postulatória.

Aracaju, Julho de 2000.

ALONSO GOMES CAMPOS FILHO
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Habeas-Corpus

HABEAS CORPUS

A justa causa como fundamento e causa de pedir para a impetração da ação constitucional com a finalidade de preservar os direitos do nascituro.

Rogério Ferreira da Silva

Promotor de Justiça

O instituto do habeas corpus, lançado tradicionalmente no capítulo que trata dos recursos no Código de Processo Penal, na verdade constitui verdadeiro remédio jurídico com sua matiz no Direito Constitucional.

Constituiu-se o habeas corpus na primeira das garantias constitucionais que foi posta à disposição do cidadão para coibir os abusos da Administração Pública. A segunda foi o mandado de segurança, e, afinal, com a Constituição Federal de 1988, foram inseridos no ordenamento jurídico pátrio o mandado de injunção e o habeas data, fechando assim o rol das ações constitucionais que podem ser utilizadas para inibir os abusos do poder público.

Nascido no direito inglês, o instituto do habeas corpus vem sendo prestigiado, em nosso direito, desde 1891, mediante sua inclusão em regra jurídica de natureza constitucional, sendo sistematizado em diversos ordenamentos jurídicos desde então e aperfeiçoado até a atual carta constitucional onde assumiu a roupagem atual. Diz o texto constitucional: “art. 5º, Inc. LXVIII – *conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*”. A aplicação do instituto é ampla, todavia sofre auto-limitação do próprio texto constitucional, pois foi fincada a regra de que o instituto não pode ser aplicado aos casos de punições disciplinares, art. 142, § 2º, da CF/88: “*não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares*”.

A “concessão” ou “dação” do habeas corpus pelo órgão competente do Poder Judiciário, Juiz singular ou Tribunal, será efetivada sempre que uma pessoa física, terminologicamente identificada como paciente, ingressar em juízo e demonstrar que está sofrendo uma coação

ou violência no direito ou liberdade de se locomover, seja por uma ilegalidade ou abuso de poder.

Por ser um ato necessário ao exercício da cidadania, a ação de habeas corpus é gratuita (Constituição Federal de 1988, art. 5º, LXXVII). Aqui não aprofundaremos a discussão sobre a natureza jurídica do instituto, se ação ou recurso, pois esse não é o objeto de nosso arrazoado, mas tão somente nos limitaremos a informar que nos filiamos à corrente que sustenta ser o habeas corpus um instituto de Direito Processual Constitucional.

Apesar de o habeas corpus ser de matiz constitucional, projeta-se com mais força nos meandros do processo penal, nas relações jurídicas ali desenvolvidas e, via de regra, quando houver necessidade de se tutelar a liberdade de locomoção. Entretanto, o instituto assumiu grandes proporções e, atualmente, também tutela outros casos dentro do processo penal, não se limitando somente a simples apresentação do paciente.¹

É o habeas corpus, um instrumento rápido e eficaz para a garantia da liberdade de locomoção, assim sendo, seu pedido visa, de forma imediata, à tutela jurisdicional dessa garantia diante de uma violência ou coação ilegal, real ou iminente.

O artigo 648 do Código de Processo Penal elencou os casos em que a coação é considerada ilegal e, logo em seu primeiro inciso, traz a figura da justa causa. É preciso que o motivo gerador do cerceamento à liberdade individual seja legítimo e encontre fundamento ou justificação no ordenamento jurídico.

No entanto, essa causa legal, motivadora da revogação de uma medida restritiva da liberdade individual, não pode ser mensurada em valores absolutos e em contornos precisos. Cabe ao magistrado, diante do caso concreto, examinar todos os elementos ensejadores da prisão, seus reais motivos determinantes, para, afinal, declarar a justiça ou injustiça do constrangimento ou da ameaça de constrangimento corporal.

¹ José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, vol. IV, p.342.

Via de regra, a “justa causa” apresenta-se em sua forma mais básica, quando é observada uma violação aos preceitos legais, e isto ocorre quando o intérprete ou o aplicador da lei atuam contrariamente, porém não só aí ela poderá ser encontrada.

O conceito de “justa causa” é aberto e, mesmo estando presentes todas as formalidades legais e respaldado no ordenamento jurídico (não ser contra a lei), o ato pode ser considerado ilegal, por carência de justa causa, se violador de qualquer princípio geral estabelecido na ordem jurídica.

É mister analisar possíveis hipóteses em que as autoridades agem dentro dos limites legais, mas em que pode ser identificada a presença de “justa causa” ensejadora de uma ordem de habeas corpus.

A mulher gestante que cometer um fato típico e que, eventualmente, seja presa em flagrante delito, ou mesmo atendendo ao comando de um decreto de prisão preventiva, ou temporária, teria direito a uma ordem de habeas corpus, somente em virtude de estar grávida? Ou seria possível impetrar o *writ* em favor do próprio nascituro? A situação merece uma análise mais cautelosa.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,² instituída pelo povo francês, levando em consideração que a ignorância, o enriquecimento e o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveu declarar, de forma solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem. Logo no seu artigo 1º, relata: “*Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais não podem fundar-se em nada mais do que na utilidade comum*”. (grifo nosso)

A Declaração Universal dos Direitos do Homem,³ datada de 10 de dezembro de 1948, fazendo várias considerações referentes à dignidade da pessoa humana, a inalienabilidade dos direitos fundamentais, o desprezo

² Aprovada pela Assembléia Nacional nas sessões dos dias 20, 21, 22, 24 e 26 de agosto de 1789, assinada pelo Rei Luís XVI, em 05 de outubro de 1789 e incluída no cabeçalho da Constituição Francesa de 1791.

³ Aprovada na Resolução da III Sessão Ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas.

e o desrespeito aos direitos do homem, a necessidade de combate à tirania e opressão, a necessidade de melhorar as condições de vida em uma liberdade mais ampla, declarou em seus trinta artigos um ementário de princípios que devem ser empregados para promover o respeito aos direitos e liberdades do cidadão, em caráter nacional e internacional. Ressalte-se que esta Declaração foi proclamada com o apoio do Brasil.

Em vários dos seus artigos, podemos identificar princípios que podem dar sustentação ao direito aqui alegado. O seu Artigo I diz: *“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidades e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação, uns aos outros, com espírito de fraternidade”*. No Artigo VII, podemos ler: *“Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”*. Logo no dispositivo seguinte, qual seja, o Artigo VIII, a Declaração assegura foro competente para a efetivação de tais direitos: *“Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”*. (grifo nosso)

Os povos das Nações Unidas, reafirmando a fé nos direitos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano, resolveram promover uma liberdade mais ampla e, tendo em vista que a criança precisa de cuidados especiais e proteção integral, antes e depois do nascimento, proclamou a Declaração Universal dos Direitos da Criança,⁴ e fez constar no Princípio 2º o seguinte:

“A criança gozará de proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando esse objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança”.

⁴ Texto proclamado pela Assembleia Geral da ONU, em 21 de novembro de 1959.

Vários Estados, em 1966, na cidade de Nova Iorque, reconhecendo a dignidade inerente a todos os membros da família humana, resolveram estabelecer diretrizes econômicas, sociais e culturais, com a finalidade de criar condições para que o ideal do ser humano livre fosse atingido. Para tanto, firmaram o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,⁵ acordando, em especial em seu Artigo 5º, n.º 2): "*Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtudes de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau*". Esse Pacto recebeu a adesão do Brasil em 24 de janeiro de 1992.

Poderíamos encerrar aqui o catálogo de instrumentos internacionais e documentos diversos que nos legitimariam a sustentar a tese aqui esposada, mas esse rol estaria incompleto, sem a exploração do riquíssimo texto produzido pelos Estados americanos que tutelam, de forma ampla, os direitos e as garantias do cidadão. Refiro-me à Convenção Americana sobre Direitos Humanos "PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA".⁶

No capítulo destinado ao **Direito à vida**, logo em seu primeiro inciso, ocorre o reconhecimento dos direitos do nascituro, nos seguintes termos: "*Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente*". Aqui ocorre o verdadeiro reconhecimento dos direitos do nascituro e, como o Brasil é signatário dessa Convenção, tal norma serve de reforço à existente no art. 4º do Código Civil Pátrio.

Outra questão interessante é a abordagem que se pode fazer em relação ao princípio constitucional da individualização da pena, ex vi, Artigo 5º, inciso XLV:

⁵ Adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 – Resolução n.º 2.200 (XXI).

Aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12 de dezembro de 1995 (DO de 13 de dezembro de 1991).

Promulgado pelo Decreto n.º 591, de 1992 (DO de 07 de julho de 1992).

⁶ Celebrada em São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, na forma do segundo parágrafo do seu artigo 74.

Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 27, de 1992 (DO de 28 de maio de 1992).

Promulgada pelo Decreto n.º 678, de 1992. O Governo brasileiro depositou a carta de adesão em 25 de setembro do mesmo ano.

nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (grifo nosso)

Esse mesmo princípio acha-se estampado no Artigo 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sendo abordado o direito à integridade pessoal.

O encarceramento de uma mulher gestante não iria interferir diretamente na formação do nascituro? E essa interferência não poderia alterar seu desenvolvimento regular. Está provado que, na fase de gestação, o feto em formação absorve as emoções, angústias, traumas, perturbações e quaisquer outros tipos de anormalidades vividas pela gestante, mesmo o fumo e o álcool são vícios que comprometem a gravidez. Essa preocupação com os direitos do nascituro não é regra nova, pois toma assento no Código Civil, cuja vigência remonta ao ano de 1926, e ali no seu artigo 4º podemos ler: *“A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”*. (grifo nosso)

No próprio texto constitucional, encontramos dispositivo que traduz todo esse pensamento.

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Podemos ainda encontrar outros dispositivos legais, garantidores dos direitos do nascituro, em especial no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Depois da análise dos soberbos dispositivos legais retrocitados, podemos concluir que qualquer tipo de violência real ou presumida, física ou psíquica, atual ou iminente, constitui verdadeira ofensa aos direitos do nascituro e, assim sendo, deve ser objeto da tutela do remédio jurídico posto à disposição de qualquer cidadão em casos desse jaez.

Se a lei garante o direito à vida, à liberdade, à igualdade, ao meio ambiente sadio, se considera a criança e o adolescente como prioridade absoluta, não pode permitir que todos esses direitos sejam vilipendiados antes mesmo do nascimento de um novo ser.

Todavia, a jurisprudência pátria ainda não alcançou a extensão desse direito tão sublime, pois dos julgados encontrados, ainda não prevaleceu os direitos do nascituro.

**HABEAS CORPUS - ROUBO - QUALIFICADO
TENTATIVA - PRISAO EM FLAGRANTE -
ENCERRAMENTO DA INSTRUCAO CRIMINAL -
GRAVIDEZ - DIREITO DO NASCITURO -
ILEGALIDADE NA MANUTENCAO DA PRISAO -
INOCORRENCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL
INEXISTENCIA - ORDEM DENEGADA**

HABEAS CORPUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. A gravidez da paciente - presa em flagrante por infringência do art. 157, § 2º, I e II c/c art. 14, II, do CP - não autoriza a revogação de sua custódia, no entendimento de ser necessária para garantir os direitos do **nascituro**, ainda mais se concluída a instrução criminal, a autoridade impetrada apresentará a prestação jurisdicional. Inocorrência de constrangimento ilegal de que cuidam os arts. 5º, LXVIII, da CF e 647, do CPP. Ordem denegada. (SIC)

**GRAVIDEZ - ABORTO - DIREITO DO NASCITURO -
HABEAS CORPUS - ORDEM CONCEDIDA**

"Habeas-Corpus". Concessão. Os abortos eugenico e o economico nao sao reconhecidos pelo Direito patrio, que considera impuneis apenas os abortos necessario e o sentimental, "ex-vi" art. 128, I e II do C.P. Ordem concedida em favor do feto em gestacao para que nao seja dolosamente inviabilizado seu nascimento. (SIC!)

Qual a regra jurídica que o nascituro teria violado para já nascer encarcerado? Qual a ofensa praticada em face do grupo social?

BIBLIOGRAFIA:

ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais: "habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "habeas data"*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*: Promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto Juarez Oliveira. São Paulo: Saraiva, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Os "WRITS" na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Forense universitária, 1989.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, V. 4, São Paulo: Bookseller, 1997.

SENADO FEDERAL. *Direitos Humanos: instrumentos internacionais documentos diversos*. 2 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997.

VIANA, Jorge Cândido. *A mulher grávida e os direitos do nascituro*. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=523>

***O Poder Constituinte Entendido como
Expressão da Vontade Suprema do Povo
Social e Juridicamente Organizado***

O PODER CONSTITUINTE ENTENDIDO COMO EXPRESSÃO DA VONTADE SUPREMA DO POVO SOCIAL E JURIDICAMENTE ORGANIZADO

Introdução

O poder constituinte, entendido como poder novo, contrapondo-se ao poder da divindade, ou da pessoa sobrenatural, ou de determinada classe, tem sua base histórica no século XVIII, trazendo como alicerce a soberania nacional e a soberania popular .

No tempo hodierno, é pacífico o entendimento de que o poder constituinte deve ser entendido como expressão máxima da soberania nacional, em que o próprio povo alicerça e caracteriza juridicamente a ordem política, para distinguir com precisão um poder constituinte elaborador das leis fundamentais e um poder constituinte que elabora as leis, hierarquicamente inferior .

Embora não se credite a autoria da expressão “poder constituinte” ao eminente filósofo John Locke, registra-se que este estabeleceu nítida distinção entre *poder constituinte do povo reconduzível ao poder de o povo alcançar uma nova forma de governo, e o poder ordinário do governo e do legislativo encarregado de prover à leitura e à aplicação das leis*”, apontando como principais pressupostos teóricos os seguintes: estado de natureza (state of nature), em que os indivíduos possuem direitos naturais que antecedem e preexistem à formação do governo; o poder supremo tem como titular a sociedade; o contrato social consiste em concessão ao legislador de um poder limitado, específico e não arbitrário; só o povo tem autoridade política para elaborar a constituição política da sociedade.

Se todo desenvolvimento teórico de John Locke se deu sob influência das dissidências políticas e religiosas do radicalismo inglês, encontramos no desenvolvimento do abade Emmanuel Sieyès, considerado o mais expressivo teórico sobre a matéria, a base para toda sustentação, a luta contra a monarquia absoluta, podendo destacar como marco indelével sua obra, “Que é o terceiro Estado?”, estopim revolucionário nas reivindicações da burguesia contra o privilégio e o absolutismo.

Podemos frisar , com base nos ensinamentos do Prof. J. J. Gomes Canotilho, que o momento fundamental da teoria do poder constituinte de Siey  s   o" *recorte de um poder constituinte da na  o, entendido como poder originário e soberano e plena liberdade da na  o para criar uma constitui  o, pois a na  o ao .fazer uma obra constituinte não está sujeita a formas ,limites ou condições preexistentes"*.

Conceito

O Ilustre Professor Pinto Ferreira, ao conceituar poder constituinte o faz nos seguintes termos: *'E o poder de elaborar uma constitui  o. Ea expressão da vontade suprema do povo social e juridicamente organizado"*, ou, na visão de Pontes de Miranda, citado pelo mesmo autor, *E o poder de construir e reconstruir o Estado.*

Alguns publicistas costumam estabelecer dois conceitos para o poder constituinte: o político e o jurídico. Sob a   tica da primeira posi  o, entendem eles que, sob o prisma político, o poder constituinte   aquele que faz a Constitui  o e não está sob a égide de qualquer controle -  essencialmente político ou extrajurídico -caracterizando-se como inicial, absoluto, soberano, ilimitado, incondicionado. Sob a égide da segunda posi  o, afirmam que sob este prisma o poder constituinte seria um órgão constitucional, com limitações tácitas e expressas, que tem por objetivo a reforma da constitui  o, sendo taxado como poder de segundo grau, secundário, relativo, limitado.

Cft. Obra de J.J.Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constitui  o, pg. 67, 2   edAlmedina, 1988 2 Cfr. Pinto Ferreira, Curso de Direito Constitucional, 8a ed., São Paulo Sanava, 1996.

Em síntese, podemos afirmar que o primeiro, poder constituinte originário ou de primeiro grau, é um poder de fato, com objetivo de instituir a Constituição; o segundo, poder constituinte derivado ou de segundo grau, é um poder de direito, com função pré estabelecida na constituição de revisá-la, emendá-la ou reformá-la.

Como afirma o ilustre Prof. Paulo Bonavides, o poder constituinte como poder jurídico *e o poder do Direito Constitucional*", o poder constituinte, como podeiextrajurídico, *é o poder constituinte da ciência política*

Natureza

A posição enciclopédica da natureza do poder constituinte tem sido matéria de insuperável controvérsia, ensejando discussões voltadas a situar a exata caracterização do poder constituinte como um poder de fato *-sendo, pois, força e, como tal, se impondo* " -ou se é um poder de direito *-provinho, assim, de noção jurídica anterior ao Estado que estrutura*.

Os autores que defendem a tese de que o direito só pode ser entendido como tal quando positivado, assumem a posição de que o poder constituinte "é um poder de fato", fundamentando-se em si mesmo, não tendo como base nenhuma regra jurídica anterior, sendo conhecidos como 'juspositivistas radicais'.

Em sentido contrário, para os que defendem a existência de um direito anterior ao direito estabelecido pelo Estado, o poder constituinte .. é um poder de direito", fundado num poder natural, entendendo que o direito não se traduz, tão somente, em termos positivos, pois anterior a esta positivação, existe em todo povo uma idéia sobre o direito.

Há inegavelmente um direito natural que antecede e assume posição hierárquica superior ao direito estatal -positivo. Portanto, dificuldade nenhuma existe em se considerar o poder constituinte como um fato interno ao mundo jurídico.

Cfr. Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 7-ª ed. -São Paulo, Malheiros, 1998, pag. 128 Russomano, *Curso de Direito Constitucional*, Freitas Bastos, 5a ed., pag. 28.

Titularidade

A problemática da titularidade do poder constituinte, ou seja, a de se saber a quem pertence esse poder, tem avançado no tempo e ensejado significativa controvérsia.

Segundo Carl Schmitt *apud* Paulo Bonavides, a concepção política da Idade Média e da Reforma girava em torno do poder constituinte de Deus, consubstanciado no pressuposto *omnis potestas a Deo*. Na era das monarquias absolutas, a titularidade do poder constituinte girava em torno do monarca. Durante a Revolução Francesa houve nítida duplicidade de titularidade, quando o poder constituinte coube à Nação ou ao povo, sendo certo que, de modo efetivo, o exercício pertencia a uma classe determinante - a burguesia.

Por força disso, “casuística de titularidade”, Sanches Viamonte, citado por Paulo Bonavides, afirma que *‘h titular do poder constituinte é produto das circunstâncias históricas e aparece sempre condicionado por ela’*. No mesmo sentido está a posição de G. Burdeau, quando afirma que *‘Um poder abstrato, mas sempre preso a um indivíduo, a um grupo ou a um povo’*.

Legitimidade

Podemos afirmar que a legitimidade do poder constituinte deriva do *consensus* das opiniões predominantes na sociedade, num determinado momento, fundado na aceitação dos que vão ser por ele governados. E por isso que não se deve confundir legitimidade com legalidade, pois o fato de o governo ter se estabelecido com base no ordenamento jurídico vigente na época, pode ser ilegítimo, em face destas leis não possuírem o *“consensus”* popular.

Dessa situação - “cristalização de *consensus*” - defluiu a distinção estabelecida entre poder constituinte de fato e poder

~ Cfr. Paulo Bonavides. Curso de Direito Constitucional, Malheiros Editores. 7^{ma} ed. Ed. Pag. 136. constituinte de direito. Considera-se de fato o poder que, embora coberto pelo manto da legalidade, é despojado de legitimidade, ao passo que, em presença desta, fala-se em poder de direito.

Conclusão

Há um consenso, por parte dos estudiosos consagrados, que, por impulso natural, os indivíduos buscam agrupar-se, tendo como ponto inicial vinculações pela identificação de características comuns, estabelecendo local próprio e permanente para manter a desejada proximidade. A seguir, há a livre manifestação de desejo das pessoas, em nome do coletivo, para abrir mão de interesses pessoais, consistindo na opinião do ilustre Professor R. Friede, *caracterização última do elemento abstrato da soberania, como, sinérgico mecanismo de organização político-jurídica da nação*. “ E com base nesses fatores povo, território e soberania -que se dá a formação do Estado.

Essa organização político-jurídica -O Estado -tem como fonte criadora o denominado poder constituinte, elaborador da Constituição, que ao traçar suas características fundamentais, reflete a expressão da vontade suprema do povo social e juridicamente organizado.

José Ronaldo V. derAlmeida
Mestrando em Direito Público -Ordem Jurídica Constitucional -
UFC Coordenador do Curso de Direito da UNIT

6 Cft. R. Friede, *Lições Objetivas de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado*, São Paulo Saraiva 1999, pag. 77.

O Casamento e o Novo Código Civil

* O CASAMENTO E O NOVO CÓDIGO CIVIL

Adélia Moreira Pessoa *

01 – O presente artigo analisa as principais inovações a respeito do casamento no Novo Código Civil – Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

A posição inicial do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) foi contra a inclusão do Livro de Família no Projeto de Código Civil, entendendo que já passara o tempo das grandes codificações. No II Congresso Nacional de Direito de Família, realizado em outubro de 1999, em Belo Horizonte, aprovou-se conclusão no sentido de que fosse excluído do Projeto de Código Civil o Livro de Família.

No entanto, *habemus legem*: o projeto foi aprovado, incluindo o Livro IV – Do Direito de Família – sancionada a Lei 10.406 de 10/01/2002 e publicada no Diário Oficial da União de 11/01/2002, com prazo de *vacatio legis* de um ano. Cuida-se agora de conhecer e, se possível, melhorar o Novo Código Civil, antes de sua vigência.

02 – Para que melhor se aprecie o Novo Código, é preciso lembrar que teve sua gênese em 1975 – Projeto de Lei 634/75, depois Projeto de Lei 118 do Senado (recorde-se que o anteprojeto fora feito por comissão presidida por Miguel Reale). O projeto fora aprovado, com emendas, em 1984, pela Câmara dos Deputados, portanto, antes da Constituição de 1988. Remetido para o Senado recebeu várias emendas e, após a promulgação da nova Constituição, foi constituída Comissão para reapreciá-lo, tendo como relator-geral o senador Josaphat Marinho. No Senado, recebeu 332 emendas, sendo 140 delas referentes ao Livro de Família, tendo sua redação ali aprovada publicada no respectivo Diário de 11/12/1997. Retornando à Câmara dos Deputados, foi nomeada Comissão Especial, sendo designado Relator-Geral o deputado Ricardo Fiúza e

* Adélia Moreira Pessoa é Promotora de Justiça aposentada, Professora de Direito de Família e Presidente do IBDFAM/SE (Instituto Brasileiro de Direito de Família)

Relator-Parcial para o Livro de Família o deputado Antônio Carlos Biscaia. A rigor, a Câmara só poderia modificar aqueles artigos que sofreram mudança no Senado. Mas, com a alteração do Regimento Interno, foi editada a Resolução número 1/2000 permitindo que se adequasse o texto do projeto às leis já vigentes, publicadas após 1988, evitando-se uma brutal disparidade entre o Novo Código Civil e o que já se encontrava assente no Direito de Família Brasileiro, especialmente após as Leis 8069/90, 8560/92 e 9278/96. Assim, o projeto foi bastante melhorado, na Câmara dos Deputados, no último ano de tramitação.

03 – O Livro IV do Novo Código Civil – Do Direito de Família – compreende 4 Títulos; I – Do Direito Pessoal (casamento e relações de parentesco); II – Do Direito Patrimonial (Regime de Bens; Usufruto e administração dos bens de filhos menores, Alimentos e Bem de Família); III – Da União Estável; IV – Da Tutela e da Curatela. Por ora, cuidaremos apenas do subtítulo I – Do Casamento.

04 – Pelo Novo Código Civil, o casamento estabelece plena comunhão de vida com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (art. 1511), caindo por terra qualquer tratamento diferenciado entre marido e mulher, isonomia, aliás, já assegurada na Constituição Federal de 1988 (art.226 § 5º). A igualdade de direitos e deveres entre cônjuges aparece em vários artigos na nova lei. Assim, cabe ao marido e à mulher a direção da sociedade conjugal (art.1567), sempre no interesse do casal e dos filhos. Compete a ambos o exercício do poder familiar – antigo pátrio-poder – e o usufruto e administração dos bens dos filhos menores (arts. 1634 e 1689), cabendo-lhes conceder autorização para o casamento dos filhos menores de 18 anos (art.1517). Não mais prevalece a vontade paterna, podendo qualquer deles recorrer ao Juiz em caso de divergência (art.1631). Inovação decorrente da isonomia entre os cônjuges é a permissão a ambos os nubentes (e não só à mulher), de acrescentar ao seu o sobrenome do outro, por ocasião do casamento (parágrafo único do art.1565). Vale lembrar, ainda, que, não havendo acordo na separação judicial, a guarda dos filhos será atribuída a **quem revelar melhores condições de exercê-la**, seja o pai ou a mãe ou mesmo terceira pessoa (art.1584). No capítulo referente à eficácia do casamento, desaparecem as diferenças entre Direitos e Deveres do Marido e Direitos e Deveres da Mulher como constava no Código de 1916, prevalecendo os Deveres de ambos os cônjuges, conforme artigo 1566 (art.231 do Código de 1916):

fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, acrescentando-se, agora, respeito e consideração mútuos. Marido e mulher são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e rendimentos para as despesas da família, qualquer que seja o regime de bens (art.1568). O domicílio conjugal é escolhido por ambos os cônjuges (art.1569). Não mais se considera erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, como causa de anulação de casamento, o defloramento da mulher, ignorado pelo marido, como constava no art.219, IV do Código Civil de 1916.

05 – A nova lei inova ao preceituar que a habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de quaisquer custas para as pessoas que se declararem pobres, sob as penas da lei. Gratuita é sua celebração, aliás, como já expressamente previsto na Constituição de 1988, art. 226 § 1º.

O NCC incorpora o que já existia em leis anteriores (Lei 1110/50 e Lei 6015/73, artigos 71 a 75), estabelecendo efeitos civis ao casamento religioso desde que inscrito no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data do ato religioso. A habilitação, nesses casos, pode ser processada no Cartório Civil competente, prévia ou posteriormente à celebração religiosa.

Realiza-se o casamento no momento da manifestação da vontade livre e espontânea dos nubentes e da declaração do juiz, na dicção do art. 1514 . Dirimiui, assim, a nova lei as controvérsias doutrinárias sobre o momento em que se considera realizado o casamento: se após o sim dos nubentes ou com a declaração solene da autoridade celebrante. Sem dúvida, optou a nova lei por considerar o casamento um ato jurídico complexo que se aperfeiçoa não só com a manifestação dos nubentes, mas também, com a da autoridade celebrante.

06 – De forma mais técnica, o Novo Código Civil distingue impedimentos, incapacidades e causas suspensivas para o casamento. Assim, com redação mais pertinente, são impedimentos os que hoje chamamos de impedimentos absolutos ou dirimentes públicos que tornam nulo o casamento,. Podem decorrer do parentesco – ascendentes com descendentes (consangüíneos, afins ou por adoção), irmãos (consangüíneos ou por adoção) e tios com sobrinhos. Prevê o impedimento por existência de vínculo, impossibilitando novo casamento de pessoa já casada, enquanto não sobrevier extinção do vínculo do casamento anterior,

por divórcio, morte ou invalidade. Estabelece, ainda, o impedimento de crime, vedando o casamento do cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte. Excluiu-se, em boa hora, o impedimento relativo ao casamento do cônjuge adúltero com o seu cúmplice por tal condenado.

A capacidade para o casamento – idade núbil – foi estabelecida aos 16 anos, tanto para o homem como para a mulher, admitindo-se o casamento de menores de 16 anos para evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez da mulher. Exige-se autorização dos pais para o casamento de menores de 18 anos, podendo ser suprida pelo juiz se a denegação for injusta(matéria, aliás, já prevista no Código de 1916).

07 – Quanto aos atuais impedimentos impeditivos, previstos nos incisos XIII a XV do art. 183 do CC de 1916 – o viúvo ou viúva que tiver filho do cônjuge falecido enquanto não fizer inventário e der partilha aos herdeiros; a viúva ou mulher cujo casamento se desfez, no prazo de 10 meses; o tutor ou curador e seus parentes próximos com a pessoa curatelada ou tutelada, enquanto não cessar a curatela e não estiverem saldadas as contas – passam a chamar-se causas suspensivas, incluindo-se mais um: o caso do divorciado enquanto não fizer a partilha dos bens do casal. Foi excluído, em boa hora, o impedimento do casamento de juiz ou escrivão (e seus parentes próximos) com viúva ou órfão de sua jurisdição – dispositivo evidentemente ultrapassado no contexto de hoje.

A consequência da infringência às causas suspensivas acarreta o regime obrigatório de separação de bens (art.1641, inciso I do NCC)

08 – Os chamados impedimentos relativos, previstos no art. 183, IX a XII do Código de 1916 – que tornam o casamento anulável – saem do elenco dos impedimentos e passam a constituir causas de anulação do casamento (art.1550 NCC). Assim é anulável o casamento de quem não completou 16 anos ou de menor de 18 anos que não tenha autorização de seus representantes legais, salvo suprimento judicial. Englobou o inciso III do art.1550 do NCC, as causas de anulabilidade decorrentes de vício de vontade – erro essencial ao consentir ou coação – não se reportando mais a lei ao caso do impedimento de casamento de raptor com a raptada, como previsto no Código anterior. Prevê, ainda, o inciso IV do art. 1550 que é anulável o casamento do incapaz de consentir ou manifestar, de

modo inequívoco, o consentimento, repetindo o disposto na parte final do art. 183, IX, do Código de 1916.

09 – A habilitação para o casamento será feita perante o oficial de registro civil, estabelecendo o NCC a intervenção do Ministério Público, como já previsto na atual Lei de Registros Públicos – Lei 6015/73, art. 67 – mas inovando no que pertine à necessidade de homologação pelo juiz (art. 1526, parte final). Repetindo a lei vigente, o NCC admite que, havendo urgência, seja dispensada a publicação de editais.

10 – A celebração do casamento segue o mesmo procedimento do código vigente, prevendo o NCC a possibilidade do casamento nuncupativo ou *in extremis*, quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida e não puder estar presente a autoridade celebrante. O casamento poderá ser feito perante 6 testemunhas, devendo tais testemunhas comparecer perante a autoridade judicial mais próxima, no prazo de 10 dias (hoje 5 dias), para atender às formalidades legais.

11 – A nova lei prevê a possibilidade de casamento por procuração, estabelecendo expressamente que deve ser por instrumento público com poderes especiais, só podendo ser revogado o mandato também por instrumento público (art. 1542 e parágrafos). Dirimiu dúvidas, hoje levantadas pela doutrina, sobre as consequências da revogação do mandato antes do casamento sem que o mandatário ou o outro contraente tivesse ciência da revogação. Assim, permite tal revogação respondendo o mandante por perdas e danos e sendo anulável o casamento, se celebrado após revogado o mandato (art. 1550, IV).

12 – Inova a respeito das causas de nulidade de casamento, estabelecendo que é nulo o contraído pelo enfermo mental, sem o necessário discernimento para os atos da vida civil. Anteriormente, discutia-se, na doutrina, a inexistência do casamento quando não houvesse consentimento, pois, para o casamento seria indispensável: a diferença de sexos, celebração e consentimento. Outros entendiam que a incapacidade de consentir seria apenas causa de anulabilidade pois prevista como impedimento relativo no art. 183, IX, parte final (incapacidade de consentir).

Além disso, o NCC prevê a nulidade em caso de infringência a impedimento (recorde-se, com a nova lei, só os chamados dirimentes

públicos), legitimados quaisquer interessados ou o Ministério Público. Saiu do elenco das nulidades, a hipótese de casamento celebrado perante autoridade incompetente, passando a integrar o rol das anulabilidades (aliás, o Código de 1916 tinha criado uma nulidade *sui generis*, quando incompetente a autoridade celebrante, pois sanável em dois anos).

13 – Em relação à dissolução da sociedade conjugal, o novo Código admite a possibilidade de se intentar a ação de separação judicial consensual após 1 ano de casado (e não 2 anos, como atualmente). Prevê, ainda, a separação judicial litigiosa, nas três espécies: a) separação-sanção, quando um cônjuge impute ao outro ato que importe em grave violação aos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum, ripristinando o Código de 1916, derogado pela Lei do Divórcio, ao especificar, no art. 1573, quais os motivos – adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar por um ano(e não dois anos, como previa o CC de 1916), acrescentando-se, condenação por crime infamante e conduta desonrosa. Este rol não é taxativo pois o parágrafo único deste artigo permite que o magistrado considere outros fatos que tornem evidente a impossibilidade de vida em comum, deixando margem para grande discricionariedade do juiz; b) separação-falência, pedida por um dos cônjuges quando houver ruptura da vida em comum por mais de um ano, sendo desnecessário provar a culpa (igual ao parágrafo primeiro do artigo 5º da Lei do Divórcio); c) separação-remédio – quando o outro cônjuge tiver acometido de doença mental grave, de cura improvável, após duração de 02 anos (atualmente 05 anos).

14 – O NCC repete a Lei do Divórcio, prevendo o divórcio direto, após comprovação de separação de fato por 02 anos ou divórcio-conversão, após 1 ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos. Diferentemente da lei atual, admite expressamente que o divórcio possa ser concedido sem prévia partilha de bens (recorde-se que a Súmula 197 do STJ já dispõe nesse sentido).

15 – Pode-se afirmar que o NCC, na seara do casamento, não trouxe modificações significativas em relação ao direito hoje vigente. É claro que o Código de 1916, após a Constituição Federal de 1988, deveria ser submetido a uma releitura, especialmente quanto à isonomia entre os cônjuges, não mais se justificando capítulos diferenciados a definirem

direitos e deveres do marido e da mulher. É preciso ter em conta que, em função do princípio da isonomia conjugal, perderam sentido todas as normas diferenciadoras entre o marido e a mulher; assim, não mais a ascendência jurídica do marido na sociedade conjugal, com a chefia; a administração de bens; a representação legal, assumindo a mulher novas responsabilidades: de dividir com o marido os ônus; de participar nas decisões familiares; de contribuir financeiramente para a manutenção do lar, quando exercer atividade ou função própria; perdendo certos benefícios como a reserva de bens e outros decorrentes das regras de compensação. De qualquer forma, o NCC veio espantar quaisquer dúvidas quanto à isonomia entre os cônjuges.

Por outro lado, o novo código incorporou o que continham leis esparsas, quanto ao casamento religioso com efeito civil e, relativamente à separação e divórcio, muitos dispositivos da Lei 6.515/77. Dirimiu algumas dúvidas que se levantavam na doutrina quanto ao casamento por procuração e outros pontos polêmicos. É mais técnico, em alguns dispositivos.

No entanto, merece crítica o Novo Código Civil por ainda admitir a discussão de culpa na dissolução da sociedade conjugal. Entende uma corrente de vanguarda no Direito de Família (Rodrigo da Cunha Pereira, Berenice Dias, Edson Fachin, Paulo Lobo e outros) ser extemporânea a motivação de culpa na separação judicial. Por que levar ao judiciário a discussão de culpa? Orlando Gomes já dizia que “a afirmação de culpa é ignominiosa”.

Sob a lei anterior, na separação-sanção, apontava-se um culpado e, em consequência, perdia ele, inexoravelmente, o direito aos alimentos, e, se mulher, o direito ao patronímico do outro cônjuge (art. 17 LD) e, em regra, a guarda dos filhos (art. 10 LD). E com a nova lei? Discute-se a culpa, prova-se o culpado mas, mesmo assim, tendo ele necessidade, faz jus aos alimentos estritamente necessários à sua subsistência (art. 1694 § 2º). E mais: mesmo já separado judicialmente, na conformidade do parágrafo único do art. 1704, se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, no indispensável à sobrevivência.

A culpa ainda leva à perda do nome do outro cônjuge (art. 1578), mas agora, esta “condenação” condiciona-se à vontade do vencedor, pois requer pedido expresso neste sentido, podendo ser mantido o nome, nos casos assemelhados aos hoje previstos no parágrafo único do art. 25 da

Lei do Divórcio, se a alteração acarretar evidente prejuízo para sua identificação; manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos na união dissolvida ou dano grave.

Não há previsão no Novo Código de exclusão da guarda por motivação de culpa, como se encontra hoje no art. 10 da Lei do Divórcio, devendo ser atribuída àquele que tiver melhor condições de exercê-la.

Restaram abrandados, sem dúvida, os efeitos da culpa na dissolução da sociedade conjugal, mas o Novo Código Civil perdeu uma oportunidade de sintonizar-se com a visão mais moderna de direito de família, para a qual não há mais lugar para a discussão de culpa, nesta matéria. Afinal, se o casamento tem como matéria-prima o amor, por que procurar um culpado quando o desamor se instala?

***Reforma do Código de Processo Civil
Lei 10.352/01 - Implicações na
Devolutibilidade da Apelação***

REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

LEI 10.352/01 – IMPLICAÇÕES NA DEVOLUTIBILIDADE DA APELAÇÃO

Flávia Moreira Pessoa*

I – DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA LEVADA A EFEITO PELA LEI 10.352/01 NO CAMPO DA DEVOLUTIBILIDADE DO RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL

O presente artigo analisa o efeito devolutivo do recurso de apelação cível a partir da edição da Lei 10.352/01 que inseriu o §3º no art. 515 do Código de Processo Civil¹, procurando apontar o alcance da citada alteração normativa.

Muito embora a apelação seja o recurso mais antigo da história do direito processual civil, ainda não se encontrava pacificada a questão relativa à profundidade do efeito devolutivo da apelação. A matéria vinha disciplinada nos artigos 515 e 516 do Código de Processo Civil, de controvertida interpretação nos tribunais. A jurisprudência majoritária, entretanto, posicionava-se pela impossibilidade de a segunda instância prosseguir no julgamento do mérito de lides que foram encerradas, em primeiro grau, por sentenças terminativas² ou fundadas no acolhimento de prescrição ou decadência^{3 4}.

*Juíza do Trabalho, especialista em Direito Processual pela UFSC.

¹ art. 515, §3º: "Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento"

² Julgado extinto o processo, por ilegitimidade de parte, sem o exame do mérito, a apelação devolve ao tribunal apenas essa matéria, a impedir que seja julgada, pelo mérito, a causa, com supressão de instância (STJ – 3ª Turma, Resp 11747/SP, Rel. Min. Dias Trindade, j. 13.08.91, DJU 30.09.91). Apelação. Sentença Terminativa. CPC artigos 515 e 463. Limitando-se a sentença a extinguir o processo, por inépcia da inicial, posto que os pedidos seriam incompatíveis, não é dado ao tribunal, apreciando a apelação, desde logo pronunciar-se sobre o mérito (STJ – 3ª Turma, Resp 8123-RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 26.08.91, DJU 16.09.91.) A norma contida no art. 515, §1º do CPC não autoriza o tribunal a inobservar o princípio do duplo grau de jurisdição (STJ – 4ª Turma, Resp 2973/RJ, Rel. Min. Sérgio de Figueiredo, j. 29.05.90, DJU 18.06.90).

³ Esta questão foi exposta por Ada Pellegrini Grinover: "Para alguns, se o juiz não examinou o mérito da causa, reconhecendo a prescrição, afastada esta, o tribunal deve baixar os autos para que o mérito seja julgado em primeiro grau. Para outros, constituindo a prescrição preliminar de mérito e julgamento de mérito a sua decisão (a esse respeito é expresso o art. 269 IV do CPC) e tendo o juiz de primeiro grau já apreciado pelo menos uma questão de mérito, exauriu sua função jurisdicional, não sendo vedada ao tribunal a apreciação de novas questões de mérito e, consequentemente, do mérito propriamente dito. Tal julgamento nada mais representaria do que a aplicação do princípio da profundidade do conhecimento do tribunal, dentro da matéria impugnada (mérito da causa)" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998., p. 78).

Tais posições fundavam-se, principalmente, na crença de que o duplo grau de jurisdição seria princípio constitucional e, por isso, o julgamento único pelo tribunal ensejaria supressão de instância e conseqüente ofensa a direito fundamental das partes.

Entretanto, a alteração legislativa veio na esteira da tese de que o princípio do duplo grau de jurisdição não se encontra nem explícita nem implicitamente inserto na Constituição Federal. De igual forma, a alteração atendeu, em parte, aos reclamos da mais atual doutrina, no sentido da necessidade da observância do fator tempo de duração dos processos. É o que se verá nos tópicos seguintes.

II - DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO?

A constitucionalização ou não do princípio do duplo grau de jurisdição é um dos temas mais controvertidos na teoria geral dos recursos. É que acaso se entenda que o princípio não se encontra constitucionalmente assegurado, a legislação infraconstitucional poderá, validamente, produzir restrições ao duplo grau de jurisdição. Entretanto, caso se firme o entendimento de que o princípio do duplo grau de jurisdição encontra-se implicitamente assegurado na Constituição Federal, não poderão ser aceitas quaisquer limitações à revisibilidade das decisões.

Buscando-se o mencionado embasamento constitucional, procurar-se-á explicitar-se, nas linhas seguintes, as três principais linhas de pensamento desenvolvidas pela doutrina com esse objetivo, pelo princípio do devido processo legal, pela ampla defesa e pela competência recursal prevista na Constituição Federal.

Primeiramente, pode-se aduzir que o duplo grau de jurisdição é consectário do princípio constitucional do devido processo legal. Nesse

⁴ Este dissenso doutrinário se reflete na jurisprudência, inclusive entre as diversas turmas do Superior Tribunal de Justiça, conforme se confere nos julgados a seguir: Acolhida em primeiro grau, a alegação de prescrição, a decisão é de mérito. Superado o óbice, em segundo, devem os juízes do recurso prosseguir no exame da causa. Apenas quando terminativa a sentença reformada, deverão os autos tornar para apreciação da lide pelo órgão monocrático (STJ, 3ª Turma, Resp. 2306, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 23.08.91, DJU 9.10.91). Afastando o Tribunal a prescrição que justificou a extinção do processo, em homenagem ao princípio do duplo grau de jurisdição, não deve ser antecipado o julgamento da ação, pelo objetivo limite do recurso restrito àquele único fundamento (STJ, 1ª Turma, Resp. 6163, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 23.08.93)

sentido, manifestam-se Nery Junior e Lúcio Rodrigues de Almeida⁵. O primeiro doutrinador, aliás, considera o *due process of law* como princípio básico do processo, do qual derivariam todos os demais.

Trata-se de garantia inserta no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal, nos seguintes termos: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O assunto, contudo, não é pacífico. Entretanto, é necessário que se observe que a inserção do duplo grau de jurisdição no devido processo legal, pugnada por alguns autores, não está munida de sólido embasamento histórico e científico, baseando-se em observações de ordem pessoal e subjetiva.

Em relação ao entendimento de que a aspiração a uma sentença favorável constitui bem incorpóreo protegido pelo devido processo legal, o argumento levado ao extremo resultaria na conclusão de que a decisão final, já esgotados todos os recursos, ensejaria também lesão a esta “aspiração”. Se não bastasse, fundamentar o duplo grau de jurisdição na irresignação natural do homem com o que lhe é desfavorável, geraria o problema de que sempre ao final do processo existiria uma das partes cujos interesses teriam sido contrariados pelo poder jurisdicional e, dessa forma, não teria sido resolvida a questão da insatisfação das partes, mas aquele que teria razão, na ótica do judiciário, teria tido o seu direito à tempestiva tutela jurisdicional efetivamente violado em alto grau.

Para outros doutrinadores, o duplo grau de jurisdição está inserto na garantia constitucional da ampla defesa.

O art. 5º LV da Constituição Federal, ao estabelecer a ampla defesa, *com os meios e recursos a ela inerentes* formou forte controvérsia na doutrina a respeito da fixação do conteúdo do termo recurso ali apresentado.

Nesse ponto, houve quem entendesse que tal palavra estaria a se referir aos recursos processualmente previstos, sendo explicitado, então, o conteúdo do princípio como dupla garantia: “direito às provas

⁵ ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. *Recursos Trabalhistas*. 1. ed.. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

necessárias para a demonstração do direito alegado ou questionado (...) e direito aos recursos necessários, em sentido processual.”⁶

Nesse sentido, manifesta-se Angélica Arruda Alvim, entendendo que a palavra recursos constante no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal refere-se a recursos no campo do processo.

Tal entendimento, entretanto, não merece vingar. Inicialmente, porque parte do pressuposto, de ordem subjetiva, que a verdade será encontrada com a existência do duplo grau de jurisdição. Neste ponto, não há dúvidas de que com a ocorrência do duplo grau de jurisdição existirá o reexame da matéria em discussão. Entretanto, não se pode dizer “a priori” que o segundo pronunciamento judicial será melhor que o primeiro. Nos casos em que há necessidade de produção de prova em audiência, aliás, o julgador em segundo grau não terá os mesmos elementos que possui o juiz instrutor, sendo completamente inválido o argumento da busca da verdade neste caso. Em segundo lugar, porque pugna pela interpretação meramente gramatical do dispositivo, sem dar a devida importância ao método finalístico de interpretação. No caso da análise do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, o intérprete deve se ater à finalidade da norma, ou seja, perquirir se se justifica a previsão obrigatória de recursos em todos os procedimentos judiciais. E tal questionamento deverá ser feito em cotejo com outros valores igualmente constitucionais, como o direito de acesso à justiça, que compreende o direito à tempestiva tutela jurisdicional.

No sentido da não inserção do princípio do duplo grau de jurisdição na garantia constitucional da ampla defesa é a posição de Marinoni, que afirma que :

Quando a Constituição da República afirma que estão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, ela não está dizendo que toda e qualquer demanda em que é assegurada a ampla defesa deva sujeitar-se a uma revisão ou a um duplo

* RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Teoria da Jurisdição* (apostila). Florianópolis, 1998.p.116.

juízo. Os recursos nem sempre são inerentes à ampla defesa; nos casos em que não é razoável a previsão de um duplo juízo sobre o mérito, como nas hipóteses das causas denominadas de “menor complexidade” – que sofrem os efeitos benéficos da oralidade – ou em outras, assim não definidas, mas que também possam justificar, racionalmente, uma única decisão, não há inconstitucionalidade na dispensa do duplo juízo”⁷.

Finalmente, ao lado dos dois princípios anteriormente relatados, a consagração da competência recursal dos tribunais inserta na Constituição Federal é apontada por muitos como embasamento para o duplo grau de jurisdição. Nesse sentido, é a posição de Humberto Theodoro Junior, que coloca a necessidade de órgãos judiciais de competência hierárquica diferente como intimamente interligada ao instituto sob exame⁸.

Igualmente, aduz Ada Pellegrini Grinover que: “Pode-se afirmar, assim, que a garantia do duplo grau, embora só implicitamente assegurada pela Constituição brasileira, é princípio constitucional autônomo, decorrente da própria Lei Maior, que estrutura os órgãos da chamada jurisdição superior”⁹.

Sem sombra de dúvida, a consagração de competência recursal e a própria previsão de tribunais está a evidenciar a existência de recursos. Tais dispositivos, entretanto, não ensejam a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, mesmo porque o inciso III do art. 102 da Constituição Federal, ao prever as hipóteses de recurso extraordinário, consagra ser cabível o recurso de “causas decididas em única ou última instância”.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu neste sentido, consoante se vê na Ementa a seguir transcrita, que analisa tanto a questão de o duplo grau de jurisdição ser corolário do devido processo legal, quanto o ponto relativo à competência dos tribunais superiores previsto na Constituição Federal:

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz (coord). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 215.

⁸ Curso de Direito Processual Civil, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 29.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit. p. 65.

(...) JURISDIÇÃO - DUPLO GRAU – INEXIGIBILIDADE CONSTITUCIONAL. Diante do disposto no inciso III do artigo 102 da Carta Política da República, no que revela cabível o extraordinário contra decisão de última ou única instância, o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia constitucional¹⁰.

Pelo que ficou asseverado, os estudos mais atuais de teoria processual apontam para o fato de que as propaladas vantagens da garantia do duplo grau de jurisdição são de ordem subjetiva e não resistem a uma maior análise, o que lhe retiraria o caráter de garantia fundamental do cidadão. Além disso, o exame detalhado do conteúdo dos princípios processuais constitucionais não demonstra a inserção obrigatória do duplo grau de jurisdição em seu interior.

Com base em todas as considerações acima expostas, chega-se à conclusão de que o princípio do duplo grau de jurisdição não se encontra assegurado na Constituição Federal, nem em termos expressos e nem inserido obrigatoriamente em outros princípios processuais assegurados naquela norma.

III - O TEMPO ENQUANTO OBJETO DE ANÁLISE NO DIREITO PROCESSUAL

Ainda de relevante importância para a compreensão do alcance da alteração legislativa, é a análise do tempo no direito processual. Isso porque o acesso à justiça, enquanto objetivo do direito processual, abrange, em seu conteúdo o direito de acesso à tempestiva tutela jurisdicional. Tal idéia vem bem expressa nas seguintes palavras de Marinoni:

O direito à defesa, assim como o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, são direitos constitucionalmente tutelados. Todos sabem, de fato, que o direito de acesso à justiça, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição

¹⁰ STF, 2ª Turma, AGRAG-209954 / SP Relator Ministro Marco Aurélio, j. 15.09.98, DJU 04.12.98.

da República, não quer dizer apenas que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva¹¹.

Como contraponto a esta tempestividade, entretanto, existe a necessidade de segurança jurídica, razão pela qual na nossa tradição processual prevalece o procedimento ordinário, com todas as suas fases, bem como devem ser obedecidas todas as garantias constitucionalmente asseguradas.

Entretanto, mister ser ressaltado que não se pode entender tais garantias como fins em si mesmos. Elas existem para cumprir um objetivo, que é justamente evitar as arbitrariedades do Estado-Juiz. Entretanto, na realidade prática, a observância pura e simples da garantia pode gerar desvirtuamentos, os quais não podem ser aceitos sob a desculpa de se estar atendendo aos ditames constitucionais.

Dentro desta ordem de idéias, vale ressaltar, mais uma vez, Marinoni:

A concepção equivocada, mas difundida, do direito de defesa, também influenciada pela filosofia liberal, é outro monumento marcado pela falta de sensibilidade de juristas cegos para o que se passa na vida dos homens de carne e osso. Aqueles que conhecem a realidade da justiça civil brasileira podem perceber, sem grande esforço, que o direito à defesa - se concebido na forma como pretende parte da doutrina, ao mesmo tempo em que tutela o direito do réu à cognição definitiva, pode privar o autor de muita coisa. Imaginar, em uma concepção narcísica e romântica do devido processo legal – que as garantias nada retiram de alguém, é desprezar o “lado oculto e feio”¹².

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 2 ed. Rev e atual. São Paulo: RT, 1998, p. 18.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem.*, p. 15.

Assim, a análise do tempo no direito processual deve ser levada em consideração - em termos científicos, inclusive – porque a pacificação social com justiça, escopo social do processo¹³, somente pode ser obtida através da tempestiva e efetiva tutela jurisdicional.

Tal ordem de idéias, vem exposta nas seguintes linhas de Dinamarco:

De um modo geral, todo empenho em aperfeiçoar o conhecimento (contraditório, instrução, recursos) favorece o encontro da verdade e, com isso, é fator de fidelidade à vontade concreta da lei. Liga-se, portanto, ao escopo jurídico da atuação desta. De outra parte, as concessões feitas em detrimento desse ideal de fidelidade visam a acelerar o serviço jurisdicional e torná-lo aderente à realidade do conflito e do seu modo de ser; com isso, concorrem para eliminar logo e de modo conveniente o estado anti-social de insatisfação que deu causa ao processo. Troca-se a virtude interna da fidelidade pela virtude funcional da pacificação social, porque o valor daquela reside justamente na capacidade que tenha a ordem jurídica de promover a pacificação com justiça ; e, quando a justa pacificação puder ser alcançada independentemente da prevalência da vontade concreta do direito, que seja ela então obtida e esta esquecida¹⁴.

No presente artigo, a análise do fator tempo tem influência fundamental. Isto porque o tempo de duração dos processos é diretamente influenciado pelo entendimento que se adote acerca da profundidade do efeito devolutivo na apelação. A adoção do entendimento restritivo do efeito devolutivo contribui para um considerável atraso no andamento do processo, uma vez que a lide retornará a ser julgada em primeiro grau de jurisdição, podendo novamente voltar ao Tribunal. Tal ida e volta resulta em absoluto contra-senso quando não existe necessidade de nova instrução probatória, uma vez que a decisão prevalecente será sempre a do Tribunal.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, passim.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 236.

IV – DA MELHOR INTERPRETAÇÃO DO ART. 515 DO CPC

Explicitadas as questões anteriores, tem-se o substrato teórico para a melhor interpretação dos arts 515 do CPC¹⁵ que trata da devolutibilidade do recurso de apelação cível.

A principal questão sob o ponto de vista gramatical da análise dos dispositivos citados refere-se ao termo “questão” mencionado no §1º do art. 515. Segundo De Plácido e Silva o termo significa “ponto contestado, matéria de divergência ou motivo da demanda ou do litúgio, sob os quais deve se manifestar o julgador”¹⁶. Assim, o termo é equivalente de ponto controvertido, que pode ser de direito – *quaestio juris* – ou de fato – *quaestio facti*.

Assim, a teor do artigo 515 §1º do Código de Processo Civil, ficam submetidos ao tribunal julgador da apelação, todos os pontos controvertidos, suscitados no processo, ainda que a sentença não os tenha julgado por inteiro. Como, por seu turno, os pedidos fundam-se em causa de pedir, as quais, uma vez contestadas, formam os pontos controvertidos, então, indiretamente¹⁷ também a análise dos pedidos é devolvida ao tribunal, uma vez que o julgamento é realizado a partir dos pedidos e não puramente da causa de pedir.

De acordo com tal raciocínio, andou bem a Lei 10.352/01 ao prever que, nos casos de extinção sem julgamento do mérito, o tribunal poderá julgar desde logo a lide, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

¹⁵ Art. 515 - A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§1º - Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

§2º - Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

§3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

¹⁶ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v.4, p.11.

¹⁷ Atente-se à lição de Luiz Rodrigues Wambier: “Na petição inicial, a causa de pedir é elemento identificador da ação, mostrando-se como indispensável delimitador da atividade jurisdicional que se seguirá. Inobstante seja sabido que é o pedido que delimita a parte decisória da sentença, não se olvide que aquele decorre da exposição fática e da argumentação jurídica subsequente. Portanto, tanto o pedido quanto seu suporte fático é que se mostram como delimitadores da abrangência do provimento jurisdicional a porvir”. – WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord). *Curso avançado de processo civil*. vol. 1. São Paulo: RT, 1998, p. 295.

Assim fazendo, a alteração passou ao largo do caráter constitucional ou não do princípio do duplo grau de jurisdição, já que as questões exclusivamente de direito podem ser analisadas nos recursos especial e extraordinário. Teve, dessa forma, a grande virtude de evitar questionamentos acerca de sua constitucionalidade.

Contudo, perdeu o legislador uma ótima oportunidade para assegurar o mais profundo e amplo efeito da devolutibilidade do recurso de apelação. É que deveria ter incluído na previsão as lides extintas em primeiro grau com fundamento no art. 269, inciso IV do CPC¹⁸, bem como poderia ter previsto também o julgamento de plano em casos de matéria de fato, desde que o processo estivesse em condições de imediato julgamento.

Dessa forma, a melhor dicção seria a seguinte: “Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, ou reconhecimento da prescrição ou decadência do direito de ação, o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito, ou se versando sobre questão de direito e de fato, estiver em condições de imediato julgamento.”

Assim fazendo, estaria o legislador de acordo com as mais modernas teorias de direito processual que pugnam pela efetiva e tempestiva tutela jurisdicional.

Entretanto, ainda que não o tenha feito, pode o intérprete analisar o art. 515 em sua inteireza, da mesma forma que foi feito em linhas anteriores, entendendo que os pedidos são devolvidos ao tribunal, em razão de estarem contidos indiretamente no termo “questões” constante do §1º daquele mesmo dispositivo.

De acordo com esse raciocínio, deve prevalecer o entendimento de que o art. 515 do Código de Processo Civil permite que o Tribunal, quando da análise da apelação, evolua no julgamento do mérito das lides encerradas em primeira instância por sentenças terminativas ou definitivas fundadas em acolhimento de prescrição ou decadência, desde que nos autos se encontrem presentes todos os elementos de convicção necessários, ou seja, desde que já realizada a completa instrução probatória.

¹⁸ Art. 269 – Extingue-se o processo com julgamento do mérito: (...) IV – quando o juiz pronunciar a decadência ou prescrição.”

DIVERSOS

***Sergipe e o
Supremo Tribunal Federal***

SERGIPE E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Carlos Augusto Alcântara Machado (*)

1. Breve Histórico:

Na história brasileira, desde o período colonial, até os nossos dias, o Brasil conheceu três órgãos de cúpula do Poder Judiciário.

O primeiro deles foi instituído com a vinda da família real portuguesa para o Brasil, então colônia de Portugal. Com o Alvará Régio do Príncipe Regente D. João, de dia 10 de maio de 1808, transformando a Relação do Rio de Janeiro, surge a **Casa de Suplicação do Brasil**.

Proclamada a Independência e promulgada a primeira Constituição do Brasil Imperial, foi criado o **Supremo Tribunal de Justiça** (art. 163), composto de *Juízes Letrados tirados das Relações por suas antiguidades*. As Relações eram os órgãos do Poder Judiciário de segunda e última instância das Províncias do Império (art. 158). A instância máxima do Judiciário brasileiro foi instituída, concretamente, pela Lei de 18 de setembro de 1928, composta de **17 (dezessete) membros** os quais ostentavam o título de Conselheiros (condecoração). O primeiro Presidente foi José Albano Fragoso, nomeado pelo Imperador Pedro I, após a instalação do órgão de cúpula do Poder Judiciário em 09 de janeiro de 1829.

Instituída a República no Brasil, a 15 de novembro de 1889, o Marechal Deodoro da Fonseca, através de Decretos do ano de 1890 (nº 510 e nº 848), cogitou da criação e composição do STF e tratou da Justiça Federal.

Promulgada a primeira Constituição republicana, em 24 de fevereiro de 1891, o art. 56 referia-se ao **Supremo Tribunal Federal**, integrado por **15 (quinze) juízes**, nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação do Senado (art. 48, item 12). Instalado em 28 de fevereiro de 1891, foi eleito o seu primeiro Presidente, Ministro João Antônio de Araújo Freitas Henriques.

Pela Constituição de 1934, o órgão de cúpula do Poder Judiciário passou a denominar-se **Corte Suprema**. Era composta de **11 (onze) Ministros**, podendo esse número ser elevado para 16 (dezesseis) mediante lei (art. 73, § 1º). A forma de investidura foi mantida.

A Constituição de 1937, através do seu art. 97, não alterou a composição do agora denominado **Supremo Tribunal Federal**, mantendo-se a nomeação dos Ministros do STF pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal.

As Constituições de 1946, 1967 e a Emenda Constitucional nº 01/69 seguiram a tradição. Os Ministros do STF seriam nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal. O número de Ministros, no entanto, variou um pouco. O Supremo Tribunal Federal foi composto 11 (onze) Ministros, como preceituavam a Constituição de 1946 - art. 98 e a Emenda Constitucional nº 01/69 - art. 118, ou de 16 (dezesesseis) membros, na forma do Ato Institucional nº 02/65 e da Constituição de 1967 - art. 113. Após essa Constituição, por força do Ato Institucional nº 06/69 e antes da Emenda Constitucional nº 01/69, o número de Ministros do STF retornou para 11 (onze), sendo mantido pelas disposições constitucionais posteriores e permanecendo até os dias atuais.

No que pertine à composição e forma de investidura, a Constituição de 1988 não trouxe alterações.

É de se registrar que o Supremo Tribunal Federal permaneceu com sua sede no Rio de Janeiro até o dia 21 de abril de 1960, quando se transferiu para Brasília.

2. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal:

Antes da Proclamação da República e após a Independência, com a instituição do Supremo Tribunal de Justiça, foram nomeados 124 (cento e vinte e quatro) membros. Desses, 10 (dez) passaram, também, a integrar o Supremo Tribunal Federal (João Evangelista de Negreiros Sayão Lobato (Visconde de Sabará), João José de Andrade Pinto, Tristão de Alencar Araripe, Olegario Herculano d'Aquino e Castro, João Antônio de Araújo Freitas Henriques - Primeiro Ministro eleito do STF, Joaquim Francisco de Faria, Ignacio José de Mendonça Uchôa, Luiz Correa de Queiroz Barros, Antonio de Souza Mendes e Ovidio Fernandes Trigo de Loureiro).

Com a República e a criação do Supremo Tribunal Federal, até os dias de hoje, tivemos 153 (cento e cinquenta e três) Ministros nomeados.

Todos os Presidentes da República nomearam Ministros do Supremo Tribunal Federal, com exceção de João Café Filho. Destaque-se que outros,

também, na condição de substitutos, nomearam Ministros do STF: Manoel Victorino Pereira (3), José Linhares (3) e Nereu de Oliveira Ramos (1).

Dentre os Presidentes da República foi Getúlio Dorneles Vargas quem mais nomeou Ministros do Supremo Tribunal Federal: 21 (vinte e um) Ministros. Marechal Manoel Deodoro da Fonseca e Floriano Vieira Peixoto, cada um, nomearam 15 (quinze) Ministros.

Dos quatro últimos Presidentes ainda na vida política, José Sarney nomeou 09 (nove) Ministros; Fernando Collor, 04 (quatro); Itamar Franco, 01 (um) e Fernando Henrique Cardoso, 02 (dois).

No período republicano, ainda, uma curiosidade: Francisco Rezek foi nomeado para o Supremo Tribunal Federal, duas vezes: uma, a primeira, por João Baptista de Oliveira Figueiredo, em 1983 e a segunda, por Fernando Collor de Mello, em 1992.

3. Os Ministros sergipanos:

Das 27 (vinte e sete) unidades da Federação Brasileira (Estados e Distrito Federal) apenas filhos de 19 (dezenove) estados alcançaram a honra de pertencer à nossa mais alta Corte de Justiça. Originários do estado do Rio de Janeiro, tivemos 30 (trinta) Ministros, de Minas Gerais, 28 (vinte e oito) e de São Paulo, 22 (vinte e dois). Esses os estados campeões.

Sergipe gerou 04 (quatro) Ministros do Supremo Tribunal Federal, figurando na 10ª (décima) colocação, a frente dos estados de Alagoas, Amazonas, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Paraná, Rio Grande do Norte e Santa Catarina.

O primeiro dos Ministros sergipanos foi **PEDRO ANTÔNIO DE OLIVEIRA RIBEIRO**. Natural de Laranjeiras (08 de setembro de 1851), iniciou a sua vida pública ocupando o cargo de Promotor Público da sua cidade natal (1872). Exerceu o cargo de Juiz Municipal e de Órfãos de Montes Claros em Minas Gerais e de Cristina. Posteriormente foi nomeado Juiz de Direito de Cristina. Foi Deputado à Assembléia Legislativa da província de Sergipe e ainda 2º Vice-Presidente da mesma província.

Posteriormente radicou-se no sul de Minas Gerais, onde se estabeleceu como advogado.

Foi Chefe de Polícia da Capital Federal, após a proclamação da república. No estado de São Paulo exerceu os cargos de Procurador-Geral do Estado e de Ministro do Tribunal de Justiça.

Em 05 de outubro de 1903 foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Durante um pouco mais de quatro anos (outubro de 1905 a dezembro de 1909) exerceu as funções de Procurador-Geral da República, pois, o elevado cargo, por disposição constitucional (art. 58, § 2º - CF 1891) deveria ser provido por designação do Presidente da República dentre os Ministros do STF.

Faleceu no Rio de Janeiro no dia 29 de junho de 1917.

JOSÉ LUIZ COELHO E CAMPOS nasceu em 04 de fevereiro de 1843, no município de **Divina Pastora**.

Também como Pedro Antônio de Oliveira Ribeiro, iniciou a sua vida pública como Promotor Público, em 1863, na cidade de Capela. Elegeu-se Deputado à Assembléia Provincial de Sergipe em três biênios e à Assembléia-Geral Legislativa em três legislaturas.

Honrou Sergipe no Senado Federal, deixando uma tradição de orador e jurista de vasta cultura científica, notadamente como membro da Comissão de Legislação e Justiça, como registra o site do Supremo Tribunal Federal.

Por Decreto de 30 de setembro de 1913 foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Morreu em 13 de outubro de 1919, na cidade do Rio de Janeiro.

O terceiro sergipano na Corte Suprema foi **HEITOR DE SOUSA**. Nasceu em **Estância**, em 29 de maio de 1871.

Foi Promotor Público de Estância (SE), em 1889, e Juiz Municipal de Caconde e de Limeira no Estado de São Paulo (1890). Exerceu as funções judiciais, ainda, no estado do Paraná.

Anos depois transferiu-se para o Estado de Minas Gerais, exercendo a advocacia por muitos anos. No município de Cataguazes (MG) foi Vereador.

Elegeu-se Deputado ao Congresso Mineiro por duas legislaturas e também no Congresso Nacional, pelo estado do Espírito Santo, por nove anos.

Publicou uma série de artigos jurídicos, literários e parlamentares, tendo fundado dois jornais.

Alcançou o Supremo Tribunal Federal em 12 de junho de 1926, falecendo em 11 de janeiro de 1929, no Rio de Janeiro.

ANNIBAL FREIRE DA FONSECA é natural da cidade de **Lagarto**, onde nasceu em 07 de julho de 1884.

Radicou-se em Pernambuco, exercendo as profissões de Professor da Faculdade de Direito de Recife (Economia Política, Finanças e Direito Administrativo) e de Jornalista.

Ingressou na política, sendo eleito Deputado Estadual e Deputado Federal. Foi Secretário de Estado em Pernambuco e Ministro da Fazenda do Governo Arthur Bernardes, como também Consultor-Geral da República.

Em 17 de junho de 1940 foi nomeado por Getúlio Vargas Ministro do STF, afastando-se em 17 de maio de 1951.

Dirigiu o Jornal do Brasil e pertenceu à Academia Brasileira de Letras, eleito em 1948.

Faleceu no Rio de Janeiro em 22 de outubro de 1970.

Todos os Ministros sergipanos citados diplomaram-se na Faculdade de Direito de Recife.

Obs.: As informações constantes no presente trabalho foram extraídas das Constituições do Brasil e do site do STF (www.stf.gov.br).

(*) Promotor de Justiça de Sergipe e Professor de Direito Constitucional da UFS e UNIT em Aracaju-SE.

Novamente Mangueira

NOVAMENTE MANGUEIRA

A Estação Primeira de Mangueira não é novidade ser campeã do carnaval carioca, Mangueira é sempre Mangueira.

Desde a sua fundação nos idos de 1928 a verde-e-rosa sempre cultivou o samba autêntico e característico de uma comunidade que sabe preservar suas origens, a despeito da explosiva evolução que tomou conta dos arraiais das escolas de samba a partir do início dos anos 70 da centúria passada quando essas agremiações carnavalescas enveredaram pelo luxo das alegorias e adereços, esquecendo-se da motivação principal que é o samba. A imprensa passou a proclamar de forma insistente, que o favoritismo de qualquer escola de samba estava vinculado ao suporte financeiro do grande patrocinador geralmente conhecido contraventor. A Mangueira não lida com patrocinador exclusivo, mas tão-somente com colaboradores e parceiros em suas atividades. Os tempos aos poucos estão mudando com o advento de novos patrocinadores, mas permanecendo o luxo ainda mais crescente, inclusive com a participação mais acentuada de grandes figuras do mundo social brasileiro. Nos primeiros tempos, desfilar em escola de samba era sinônimo de vagabundagem e próprio de pessoas destituídas de nível social. Terreiro de escola de samba era ambiente perigoso. Poucos ousavam comparecer aos ensaios. Constatei isso no final dos anos 50 do século passado, quando passei a residir na zona norte do Rio freqüentando os ensaios das escolas de samba de Madureira sem o acompanhamento dos amigos mais chegados, que achavam isso uma temeridade. Na verdade, os freqüentadores dos ensaios naquele tempo não eram vagabundos, desordeiros ou delinqüentes, mas pessoas modestas e honradas que apreciavam com alegria o espetáculo do samba. Como Promotor de Justiça da Comarca de Simão Dias aqui de Sergipe aí por meados dos anos 70 do século findo presenciei em audiência dirigi da pela Juíza de Direito Marilza Maynard a tentativa de conciliação de um casal, quando o marido até se mostrou sensível a um entendimento, mas ponderou que isso era impossível porque a mulher “só vivia de samba em samba”. Era um preconceito que ainda existia naquela ocasião. Hoje freqüentar quadra de ensaio é o grande programa de final de semana até mesmo para turista estrangeiro, pois os grandes hotéis indicam como sendo a melhor opção.

Voltemos para a brilhante atuação da Mangueira no último carnaval, que tem sido minha escola de coração nos derradeiros três decênios,

A verde-e-rosa escolheu o enredo ideal para disputar o título de campeã na avenida. Só podia ser o Nordeste com sua vasta tradição cultural e seu heroísmo nas lutas pela consolidação da soberania do solo pátrio. Para o Brasil e para o mundo ficou por demais conhecida a lenda do nordestino “cabra da peste”. Foi na verdade um enredo que sacudiu o grande público não só na Sapucaí como em todos os segmentos da sociedade pátria, até mesmo nos ambientes mais requintados do carnaval carioca, a exemplo do suntuoso baile do Copacabana Palace que antevendo a vitória da Estação Primeira a orquestra formidável do maestro Formiga tocou o samba enredo da Mangueira por reiteradas vezes o que nunca aconteceu nos anos anteriores.

A vitória apertada na disputa com a Beija-Flor com certeza não retratou a realidade, pois em matéria de samba autêntico ninguém pode duvidar do desempenho da verde-e-rosa com aquela empolgação que bem define o verdadeiro sentido da inigualável agremiação carnavalesca. Essa jornada vitoriosa merecia ser mais folgada, diante da originalidade do enredo que agradou a todos os espectadores. Já é tempo do corpo de jurados repensar em seus critérios de avaliação no julgamento dos quesitos, deixando de enaltecer demasiadamente a beleza para prestigiar o objetivo principal do certame que é o samba e seus desdobramentos. Onde tem muita beleza tem pouco samba. Acho um erro imperdoável qualquer jurado tirar ponto da bateria da Estação Primeira porque é um quesito que a escola cultiva no melhor estilo e tradição. Ninguém põe dúvida nos conhecimentos dos jurados sobre a matéria, mas é preciso que seja respeitado o trabalho cultural que a bateria vem exercitando desde os seus primórdios. A bateria é a própria cara da Mangueira. Não resta dúvida que dependendo do enredo a beleza deve ser seu toque necessário, mas sem a ostentação que vem proliferando em certas e determinadas escolas de samba.

A Mangueira se destaca pela garra e pelo entusiasmo de seus componentes numa explosão de alegria que se coaduna com o pensamento de Cartola, Carlos Cachça, Nelson Cavaquinho e tantos outros que bem souberam imprimir na nação mangueirense a verdadeira cultura do samba. Enfim, a Estação Primeira é a essência do samba como tão bem proclamou o samba enredo do ano anterior.

Observo todos os anos o nosso Presidente da Ala dos Embaixadores o atencioso e devotado Brandão reclamando da indisciplina dos seus integrantes que nem sempre ficam atentos ao dispositivo, o que se torna quase impossível diante da incontida vibração e alegria dos participantes. Desfile de escola de samba não é desfile militar. São objetivos diversos.

O Nordeste está em festa e mais ainda o povão carioca em grande parte de origem nordestina pelo sucesso alcançado pela Mangueira no último carnaval. Com certeza as bênçãos do “Padim Padre Cigo” como disse o samba enredo fez chover alegria materializando essa vitória que era esperada por todo o país.

Parabéns ao Álvaro Luiz; Caetano, que no seu primeiro ano de mandato como Presidente da Escola não mediu esforços visando a conquista do título, bem como ao ex-Presidente Elmo José dos Santos, que na condição de Coordenador Geral também se desdobrou em intensa atividade diante de sua conhecida experiência e a todos os Diretores que irmanados bem souberam elevar mais ainda o conceito que desfruta a verde-e-rosa. Finalmente, ao conhecido e festejado carnavalesco Max Lopes, o grande artífice da noite da vitória. Foi na verdade um belo trabalho de e ui e. Que o sucesso seja repetido no próximo carnaval.

José Gilson dos Santos
Promotor de Justiça Aposentado

RECURSOS
RAZÕES E CONTRA RAZÕES

Razões de Apelação - Processo Criminal
Promotor de Justiça
Luiz Antonio Araújo Mendonça

RAZÕES DE APELAÇÃO

EGRÉGIO TRIBUNAL, COLEND A CÂMARA CRIMINAL,
DOUTA PROCURADORIA

*“É irrelevante que a ofensa não tenha ligação
com a função do funcionário, desde que em
razão dela tenha sido proferida”*

(TACrSP, Julgados 68/115).

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE

SERGIPE, representado por seu Promotor de Justiça que esta subscreve, no uso de suas atribuições legais, vem oferecer suas Razões, com fulcro no artigo 600 do Código de Processo Penal, em razão da **APELAÇÃO** interposta por este membro do Órgão Ministerial, face seu inconformismo com a sentença acostada aos autos e que absolveu o acusado **JOÃO DOS SANTOS**, de epíteto “**CORETO**”, alhures qualificado, das reprimendas insculpidas no artigo 331, do Código Penal Pátrio, aduzindo, para tanto, o que se segue:

Inicialmente, verifica-se que o fato em tela ocorreu no dia 11 de fevereiro do ano pretérito, por volta das 11 horas e 50 minutos, em via pública localizada na confluência da rua João Pessoa com a Praça Fausto Cardoso, nas proximidades do Edifício Walter Franco, onde se situa a Procuradoria de Justiça, Centro, nesta Urbe, quando o ora acusado, por meio de expressões ofensivas e ultrajantes, como por exemplo: “*que Promotor, porra nenhuma, para mim tanto faz e vocês deveriam prender era os ladrões que estdo por aí*”, afrontou de tal sorte a inditosa vítima, o agente público *Dr. Alonso Gomes Campos Filho*, Promotor de Justiça, *bem como a excelsa função exercida por este e, por via oblíqua, atingindo a própria Administração Pública e, consequentemente, o ESTADO*, configurando-se, dessa forma, o delito de Desacato.

Consta ainda dos autos que, na data e local antecitados, teriao ofendido secundário acabado de sair da Procuradoria de Justiça, domicílio

profissional do mesmo e, ao dirigir-se ao estacionamento existente no logradouro referido, no intento de adentrar em seu veículo e encaminhar-se para sua residência, fora obstado de exercer o seu elevado direito de locomoção, porquanto o seu automóvel encontrava-se com a saída do estacionamento citado obstruída por outro automotor. Após alguns instantes de espera, chegou à praça esposada o acusado e, de inopino, foi renitente em afirmar que não desobstruiria a passagem, evitando, assim, a saída do ofendido. Mesmo depois da argumentação por parte da vítima no sentido da impossibilidade em se realizar qualquer manobra, diante da disposição geográfica dos veículos e da ciência de que o sujeito passivo se tratava de um Promotor de Justiça, fato, aliás, também alertado pela testemunha Manoel Santos Silva (fls. 23), permaneceu o réu firme na sua decisão de manter seu automóvel inviabilizando a retirada do carro do Promotor de Justiça, tendo, ainda, proferido as ofensas antecitadas.

Visando colocar termo à situação conflituosa instaurada, o ofendido solicitou o auxílio de policiais militares, responsáveis pela manutenção da Ordem Pública, os quais exerciam sua labuta no Órgão do Ministério Público prefalado, retrucando o algoz à atitude do sujeito passivo mediato, de forma debochada, não só para com este, como também em relação aos policiais presentes, além de reiterar seu intento vexatório, proferindo novas expressões injuriosas e, posteriormente, evadindo-se do *locus delicti*, diante da iminência de ser preso em flagrante delito, em razão do ilícito penal aduzido.

Concluída a Instrução Criminal, restaram perfeitamente comprovadas a materialidade delitiva e sua autoria na pessoa do irrogado, não restando outra alternativa ao Ministério Público que não a ratificação da exordial, em sede de Alegações Finais, pugnando pela condenação do acusado nos termos antevistos (fls. 88/90). A Defesa, por seu turno, pugnou pela absolvição, alegando, insubsistente e falaciosamente, razões de ordem social e a não configuração do tipo penal, tanto do ponto de vista objetivo como subjetivo, porquanto, no seu entendimento, não se aperfeiçoou, *in casu*, respectivamente, a elementar típica da função pública ou in-ogação de ofensas em razão desta e devido a carência do elemento subjetivo do tipo, consubstanciado na não intenção de submeter o sujeito passivo ao menoscabamento e humilhação.

No laborioso decisório do Juízo *a quo*, motiva o Magistrado a questionada prestação jurisdicional na atipicidade fática, posto que, na ótica do Ilustre Julgador, encontrava-se a vítima na condição de particular, face não desempenhar no caso em tela nenhuma de suas funções institucionais, tipificadas, entre outras normatizações legais, nos artigos 127 *usque* 130, da Constituição Federal, artigos 25 *usque* 27, da Lei nº 8.625/93 e artigos 40 e 39 da Lei Complementar Estadual nº 02/90, *em razão da fl. inção pública afeta ao Promotor de Justiça*. No mesmo passo, aduz a inexistência do dolo específico, pela falta de ciência do acusado que a vítima era um “funcionário público”, além de referir-se, *com base em uma indução ilógica*, a total possibilidade de a última retirar seu carro sem avariar o automóvel daquele, vez que o indigitado autor manobrou o seu veículo sem lesar o bem móvel do Promotor de Justiça, *como se a situação se invertesse, ou seja, como se o automóvel que estivesse sendo obstruído e impossibilitado em sua locomoção fosse o do réu e não o da vítima*.

Não obstante o louvável esforço mental antevisto em revestir com uma nova roupagem o fato em tela, verifica-se, sobejamente, e de forma cristalina, pelo contido nos autos, a concretização do Delito de Desacato. Frisa-se, nesse aspecto, os uníssonos depoimentos e declarações colhidos tanto na fase inquisitorial, como em Juízo, cujas informações encontram-se plena e totalmente corroboradas pelas confissões presentes nos diversos interrogatórios dos réus. Veja-se, então, as transcrições de alguns dos depoimentos:

JAMISSON CARLOS DE JESUS FERREIRA, fls. 75/76:

“(...) foi chamado pelo Promotor e o Cabo Santiago para acompanhá-los até a Praça Fausto Cardoso para providenciar a retirada do carro do acusado que estava impedindo a saída do Doutor Alonso; que no local observou que o carro do acusado efetivamente estava impedindo a saída do carro do Doutor Promotor; que o depoente juntamente com o cabo pediram ao acusado que retirasse o seu veículo, e este ... ao passar pelo Promotor disse que o mesmo deveria era prender os bandidos ao invés de prender pessoas como ele

que estavam trabalhando, ..., tendo o acusado estendido os braços e exigido um mandado de prisão; que o Promotor informou ao depoente e ao cabo Santiago que o acusado tinha acabado de cometer os crimes de desacato a autoridade e constrangimento ilegal; *.. que o carro do Doutor Alonso estava estacionado no sentido da faixa de estacionamento e o carro do acusado estava estacionado ao lado do veículo do Promotor, no estacionamento, só que a trazeira de seu veículo estava na faixa de estacionamento do carro do Promotor.” (sem grifo no original)

GIL VAN PA 55 OS SANTIAGO, fls. 21:

“(..), quando foi solicitado pelo Dr. ALONSO(Promotor Público), juntamente com seu colega de farda SD FERREIRA,

onde a citada autoridade solicitava que o depoente e seu colega intercedessem junto a um dos lavadores de carro, conhecido pelo apelido de “CORETO” tendo este obstruído a passagem do veículo do referido Promotor de Justiça; ..., os quais aproximaram-se do “CORETO”, onde pediram ao mesmo que retirasse o seu veículo para dar passagem ao carro do Dr. Alonso; ..., o “CORETO” se dirigiu ao veículo e ao passar pelo Dr. ALONSO, que estava em pé na porta do seu veículo; virando o rosto e olhando para Dr. ALONSO, falou as seguintes palavras: “O senhor deveria estar prendendo os ladrões da rua, não eu que estou aqui trabalhando e sou pai de família!”; ... o agressor estendeu as mãos mantendo juntos os punhos disse: “Cadê! Mandado de prisão, pode mim prender”; ...; **Que percebendo a insistência do agressor em afrontar o Dr. ALONSO, com tais palavras; o depoente se dirigiu a sede da repartição e lá solicitou o auxílio do Comandante da Guarnição ..., que o agressor havia evadido-se do local (...)” (sem grifos no original)**

MANOEL SANTOS DA SILVA, fls. 23 e79:

“(...) que o declarante presenciou o Dr. ALONSO pedir ao lavador de carro JOÃO, conhecido pelo apelido de “CORETO”, que retirasse seu veículo pois o mesmo estava obstruindo a passagem de seu carro, mas ... “CORETO”, respondeu de maneira assintosa dizendo: “Que, não retiraria o carro!”, ..., mesmo sabendo tratar-se de uma Autoridade “CORETO”; se dirigiu dizendo: “Que, Promotor de Justiça! Porra nenhuma” diante de tais ofensas e desrespeito contra uma Autoridade, Dr. ALONSO, comunicou ao mesmo que iria chamar a Polícia. Que, nesse momento “CORETO”, respondeu: “Eu mesmo vou, não precisa o senhor ir não Que, ... ao notar a presença dos policiais proferiu as seguintes palavras: “Que, os marginais andam assaltando o senhor não quer prender! Fica só mandando prender os pais de família “. ...Informa o depoente que o espaço disponível para o carro do Dr. ALONSO, efetuar uma manobra ... era praticamente impossível motivo este que gerou o incidente ... Informa ainda que todos lavadores que ali labutam temem “CORETO”; por ter matado ali mesmo um outro lavador.”

na forma como estava estacionado o carro do acusado Doutor Alonso não podia sair com seu carro.”

(não há grifos no original)

JOSÉ RUBENS GUILHERME DOS SANTOS, fls. 80:

“Estava na Praça onde também lava carros e presenciou quando o Promotor chegou para tirar o carro do estacionamento e pediu ao acusado para tirar o seu carro que estava o impedindo de sair; ...; que o depoente trabalha há 30 anos na Praça Fausto

Cardoso como lavador de carro e como guardador; que ao começar trabalhar na praça o acusado também já trabalhava; ...; que sabe que o acusado é casado e tem de três há quatro filhos, e que os filhos estudam em escola particular; (..)“ (Sem grifos no original).

ALONSO COMES CAMPOS FILHO, vítima, fls. 16/17 e 63/66:

“Que, no dia 11/02/00, por volta das 11 horas e 50 minutos saiu da Procuradoria de Justiça e se dirigiu a Praça Fausto Cardoso, onde se encontrava estacionado o seu automóvel Que, não conseguiu retirar o mencionado veículo, uma vez que ele se encontrava obstruído por um automóvel DODGE Que na oportunidade o “CORETO” chegou e foi logo dizendo que não retiraria seu veículo e que o declarante se virasse. Afirmou também que se o declarante batesse em seu automóvel as coisas seriam deferentes. Com isso, o declarante informou a “CORETO” que, naquelas condições não conseguiria manobrar o seu automóvel. Vendo aquilo, o lavador de carros MANOEL, alertou a “CORETO”, que não fizesse aquilo, pois o declarante era Promotor de Justiça e estava saindo do seu trabalho. Incontinentemente, o “CORETO” respondeu-lhe ‘Que, Promotor! Que porra nenhuma. Prá mim tanto faz.’. O declarante vendo que foi desacatado e constrangido ilegalmente em sua liberdade de locomoção afirmou a “CORETO” que iria prendê-lo em flagrante. Ouvindo aquilo, o “CORETO”, sempre de forma ríspida e agressiva, respondeu ao declarante que não se preocupasse, pois ele mesmo iria chamar os policiais, no que se afastou O declarante ficou aguardando em seu automóvel, quando o “CORETO” voltou e de forma debochada, afirmou que os policiais não estavam lá. Com aquele quadro, o declarante se dirigiu a Procuradoria de Justiça e lá chamou os policiais SANTIAGO e FERREIRA para prende-lo.

Com a presença dos Policiais Militares, "CORETO" "ficou ainda mais possesso, tendo afrontado os policiais e desafiado a prende-lo. Na oportunidade, dentre outras coisas "CORETO" disse o seguinte: "Vocês, deveriam prender era ladrões que estão por aí", momento em que entrou em seu automóvel e saiu em disparada. Na oportunidade, o declarante observou que o para-choque traseiro de seu automóvel se encontrava arranhado, cuja parte do carro era a que se encontrava mais próxima do veículo de "CORETO" 'Ç cuja avaria não existia até aquele momento. **Que, no dia seguinte, ao se dirigir para o Clube da AABB, em seu automóvel e na companhia de seu filho de 8 anos e de um seu colega de 7 anos, observou quando emparelhou ao seu carro o elemento de nome "CORETO" na direção de seu veículo e mandou que o declarante encostasse para que acertasse uma COISA, proposta não aceita pelo declarante (...)**"

"(..); que ao se deparar com aquela situação, fez ver a "CORETO" que não havia a mínima condição do automóvel do declarante fazer qualquer manobra para sair daquele local; que na ocasião o lavador de carros de nome MANOEL ponderou com "CORETO" pedindo-lhe que retirasse o seu carro, ressaltando que o declarante era Promotor de Justiça e trabalhava logo ali na frente; que ao ouvir aquilo, "CORETO" respondeu. "Que Promotor porra nenhuma, prá mim tanto faz"; ...; que ao observar que estava sendo desacato e também constrangido ilegalmente, já que "CORETO" estava querendo lhe obrigar a fazer o que não era obrigado a fazer, ..., resolveu o declarante alertar para "CORETO" que iria prendê-lo em flagrante porque entendia com aquela prática ter havido o cometimento dos crimes de desacato e constrangimento ilegal; que diante disso, o "CORETO" respondeu de forma debochada e ameaçadora, que ele mesmo chamaria os policiais e dirigiu-se para o

prédio da Procuradoria de Justiça retornando imediatamente ..., o próprio declarante se dirigiu à Procuradoria de Justiça e chamou dois policiais para colocarem em termo aquele constrangimento ...; que quando os policiais se aproximaram de "CORETO ", este, continuando de forma acintosa, estendeu os dois braços para os policiais e falou: "estão aqui, podem me prender "; ...; que nesse ínterim, o acusado "CORETO" entrou em seu automóvel e saiu em disparada, porém antes afirmou o seguinte: "vocês deveriam ir prender era os bandidos que estão aí na rua ' dizendo mais alguma coisa que o declarante não lembra no momento; ...; que ao comentar o caso na Procuradoria de Justiça, os funcionários de nome Elito Vasconcelos e Ricardo, ambos lotados assessoria de comunicação social, informaram ao declarante que bem recentemente também tinham tido problemas com o cidadão de nome CORETO; que os demais lavadores de carro temem que ficam no local do evento, informaram ao declarante que todos temem o CORETO, porque este faz questão de alardear que já matou um; P. Por que o acusado se negou a tirar o carro? K Não tirou porque não quer L" (não há grifos no original)

JOÃO DOS SANTOS, de epíteto **"CORETO"**, acusado, fls. 13/14 e 40/42:

"(..)' tendo ainda afirmado ao Dr. ALONSO, que o mesmo deveria estar perseguindo bandidos, e não cidadãos trabalhadores como ele Informa ainda que o mesmo Dr. ALONSO é conhecido por todos dali como ótimo cliente, educado e simpático a todos, (..)"(Não há grifos no original).

"(...)" que conhece as testemunhas nada tendo a alegar contra elas, ..., foi chamado por um senhor que estava ao lado do seu Vectra que pediu para que

*retirasse o seu veículo para que o mesmo pudesse sair,
...; que o interrogado falou que não precisava ninguém
chamar os policiais que ele mesmo chamaria
resolveu tirar o carro, tendo dito ao promotor
somente que: “o senhor deveria estar prendendo os
ladrões que estão por aí e não
trabalhadores como eu que sou pai de família;
... Que nunca foi preso e nem processado (...).”*

Malgrado tenha a Defesa conferido total e única credibilidade à versão trazida aos autos pelo incriminado, não se deve prestigiar tais “informações”, pois desprovidas de veracidade, como por exemplo a afirmação, no seu interrogatório em Juízo ((is. 40/42), de que nunca fora preso ou processado, quando na verdade respondeu processo perante a Vara Criminal da Comarca de Aracaju, em razão do cometimento do crime de homicídio, perpetrado no mesmo logradouro público, palco do feito, sendo, no entanto, absolvido da aludida imputação, como se depreende das (is. 32/33, fato que lhe confere a característica de temeridade por parte dos demais colegas de labor ((is. 23), já apresentando, inclusive, problemas de natureza similar ao esposado com outros servidores da Procuradoria de Justiça (Ver fis.63/6).

Nessa mesma ordem de idéias se encontra o arrolamento pela Defesa da “testemunha” JOSÉ RLJBENS GUILHERME DOS SANTOS ((is. 80), como um dos possíveis presentes ao fato em *foco*. Porém, o aludido não se verifica por duas razões bem explícitas. Primeiro, em nenhum momento dos autos se vislumbra a alusão direta ou indireta, seja pelos declarantes ou testemunhas da presença de JOSÉ RUBENS no evento esposado. Segundo, pelo que consta das próprias Alegações Finais, da lavra do Nobre Causídico ((is. 94/99), que dão conta, apenas, da presença integral da testemunha MANOEL SANTOS SILVA. Ademais, vislumbra-se a total tentativa de desvirtuamento dos fatos e apego exacerbado ao intuito protetivo do réu, pelo “testemunha” expressada, porquanto a mesma nem ao mesmo manifestou a ciência do delito de homicídio perpetrado pelo incriminado, mesmo compartilhando com este o labor no espaço público manifestado há pelo menos 30 (trinta) anos.

Doutos Julgadores, observa-se que estão presentes, no caso em tela, todas as elementares do tipo penal do Desacato. Primeiramente,

porque há um princípio que dita que aos agentes do poder público são garantidos o prestígio e a dignidade de sua função. Ofensas a essas pessoas que estão no exercício da atividade funcional ou *em razão dela*, obviamente, atingem também a *Administração*. A tutela, assim, é exercida em relação à Administração Pública. Destarte, a lesão a tal bem jurídico ocorre, conforme dispõe expressamente a norma contida no artigo 331 do Código Penal Pátrio, não exigindo, portanto, maiores esforços exegéticos, não só quando o agente público age estritamente no exercício de sua função pública, como também em razão desse mister. É indubitável, para que o Estado alcance seu elevado e árduo desiderato, de promoção do bem-estar coletivo, que haja a necessária compreensão e auxílio por parte dos maiores interessados na consecução dessa tarefa, que é a própria população. Porém para tal, urge uma atitude de parceria que, de certa forma, também passa pela atenção, confiança e respeitabilidade por parte dessa mesma população nos órgãos e entidades estatais e, principalmente, nos seus agentes, ante a condição de ser jurídico e não natural do Estado. ***O Estado tutela o prestígio de seus agentes e o respeito devido à dignidade de sua função, isso porque a ofensa que lhes é irrogada, seja na presença dele ou no exercício de sua atividade funcional, ou ainda, em razão dela, atinge a própria Administração Pública.*** Aqui específico. Há um interesse no normal funcionamento da Administração Pública, motivo pelo qual se afasta qualquer possibilidade de atentado contra ela.

Como se infere dos autos, embora o ofendido mediato não esteja atuando de ofício, isto é, exercendo uma das suas funções institucionais, não se deve olvidar que a ofensa irrogada em razão de sua função pública, da mesma forma lesa o bom conceito que deve permear a Administração Pública. Para tal constatação, basta verificar o teor de uma das expressões ofensivas que lhe foram dirigidas: ***“que Promotor, porra nenhuma, para mim tanto faz e vocês deveriam prender era os ladrões que estão por aí”***. Veja-se que o indigitado autor busca ultrajar, submeter a vexame a condição do cargo Promotor de Justiça, justamente por meio da função imbuída de zelar e, particularmente, no cenário sergipano, efetivamente zela pela Defesa do Estado Democrático de Direito e por bens jurídicos da mais elevada dignidade constitucional, *ex vi* do artigo 127, *caput* e 129 da Carta Magna de 1988.

Particularmente interessante é a situação do Promotor de Justiça e dos demais ***Agentes Políticos*** que, devido a sua íntima atuação para a

consecução dos fins do Estado, está mais vulnerável a sofrer atos ofensivos, o que também lhe confere uma maior flexibilidade funcional. Dessa forma entende o ilustre administrativa Hely Lopes Meirelles, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, 26a. edição, Ed. Malheiros, São Paulo, SP, 2001, p. 72-73, *verbis*:

“(..). Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções Nesta categoria encontram-se os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); (..)”

Compartilha do mesmo raciocínio o insuperável jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, no seu compêndio intitulado *Curso de Direito Administrativo*, 10a. edição, Ed. Malheiros, São Paulo, SP, 1998, p. 151-152, *verbis*:

“Agentes políticos são titulares de cargos estruturais à organização política do País, ou seja, integrantes do arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do poder O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política& Exercem um munus público. Vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, mas a qualidade de cidadãos, membros da civitas e por isto candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade2’

Elucidativo, por demonstrar exemplificativamente a caracterização do ilícito em foco, *em razão da função pública*, é a lição do professor

Damásio E. de Jesus, em sua obra *Direito Penal*, vol. 4, 8~. edição, Ed. Saraiva, São Paulo, SP, 1997, p. 207, *in litteris*:

“(..). São duas modalidades de conduta típica: ... No segundo, o desacato está relacionado com o exercício da função, embora sujeito passivo, no momento da conduta não esteja realizando ato de ofício. ...; no segundo, é meramente causal (o sujeito passivo não se encontra exercendo a função, porém o fato é cometido por causa dela) Se, em uma audiência, alguém chama o Delegado de Polícia de ‘desonesto’, trata-se de desacato cometido contra a vítima no exercício da função. Se, entretanto, o mesmo fato vem a ser praticado em um teatro, onde se encontram os protagonistas, em razão do exercício do cargo de Delegado de Polícia, trata-se de crime cometido ‘em razão da função’”¹

Outrossim, não obsta o cometimento do crime de Desacato o possível estado de exaltação, incontinência por parte do sujeito ativo, devendo ser verificado sim, o intento de humilhar, ultrajar, vexar o agente público e, por via reflexa, a própria Administração Pública. Pensar de outra forma é praticamente inviabilizar a perpetração desse ilícito penal e deixar sem tutela o elevado bem jurídico, pelo tipo penal protegido. De fato, não há, na prática, com raríssimas exceções, situações concretas em que o agente, ao cometer esse delito, não esteja exaltado. A premeditação, ou seja, o agente, calmamente, dirigir-se a um funcionário com a transparente intenção de o ultrajar, é a exceção. Na grande maioria das vezes, quando se tipifica o agente no artigo 331, ele viveu situações em que a exaltação, o nervosismo, a deseducação se encontrava presente, não apresentando, no entanto, tais estados de espírito o condão de desnaturar o ilícito penal em foco.

Da mesma sorte, doutrinariamente, o crime de Desacato apresenta forma livre, podendo efetivar-se por diversos meios. Essa é a lição de Damásio E. de Jesus, obra citada, p. 206 e 208, *verbis*:

“O núcleo do tipo é o verbo desacatar, que significa ofender, humilhar, agredir, desprestigiar o

funcionário público. Crime de forma livre, admite diversos meios de execução: palavras, gritos, gestos, vias de fato, ameaças, agressão física com lesão corporal ou qualquer ato que signifique irreverência, menosprezo ou desprestígio para com o sujeito passivo.”

“(..). O desacato não exige ânimo calmo, pelo que estado de exaltação ou cólera não exclui o seu elemento subjetivo do tipo.

Essa corrente entende que a posição contrária é perigosa para os interesses da Justiça, uma vez que não existe acusado que não alegue exaltação de ânimo na prática do desacato. Além disso, o dolo é simplesmente genérico (maggiore, *Dirrito penale*, cit, v.2, ti, p. 208-9; Nino Levi, *Delitti*, cit, 1935, p. 430 e nota 3). Por último, o art 28, 1, do CP, determina a não-exclusão de culpabilidade pela emoção. (..)’.

Similar neste ponto o pensamento de Celso Delmanto, no seu *Código Penal Comentado*, 3º. edição, Ed. Renovar, São Paulo, SP, 1991, p. 501, *littens*:

“O núcleo desacatar traz o sentido de ofrnder, menosprezar, humilhar, menoscabar. Na definição de HUNGRIA, desacato é ‘a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, dWamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos, etc?, ou seja, ‘qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou vexame ou irreverência do funcionário’ (Comentários ao CP, 1959, b. Ou em razão dela (função). Nesta hipótese, embora o funcionário não esteja praticando ato de sua atribuição, o desacato é em virtude da função. (X.) ».

Portanto, não exige o tipo que o funcionário esteja apenas no exercício da função, mas também que, ao ser praticado o ato, esteja ele *“em razão dela”*, ou seja, o nexa aqui é causal. ***Basta, pois, que o motivo da conduta delituosa se relacione diretamente com o exercício da função. Além do mais, é bom lembrar que a vítima (o Promotor de Justiça) estava saindo do seu local de trabalho (a Procuradoria de Justiça).***

Por fim, não devem prosperar os argumentos de índole social aventados pelo Douto Defensor, o conhecido e respeitado Dr. CARLOS ALBERTO MENEZES, até porque não são inteiramente verídicos, vez que, conforme testemunho da própria Defesa, o acusado não se encontra em degradante estado social e, notadamente, financeiro, pois seus filhos estão matriculados em Escola Particular. Ademais, não é a atual conjuntura sócio-político-econômica justificativa plausível para que se autorize o vilipêndio da dignidade do agente público e da Administração Pública. Não é questão de demérito exercer um cargo público, mormente na seara jurídica. Muito pelo contrário, tem-se como de suma importância a investidura de profissionais altamente gabaritados em tais funções, sendo motivo para o respeito, o auxílio, a cooperação de todos para o alcance da promoção do bem-comum, não o temor reverencial. **Em meio a tal contextura fática, indaga-se qual será a próxima e provável vítima das, no mínimo, ações aviltantes perpetradas pelo indigitado autor? Será um outro Promotor de Justiça, um Juiz, outro Agente Público? Questiona-se também o fato de tal situação ter sido praticada contra um Promotor de Justiça, uma Autoridade, imagina-se o comportamento do acusado em relação ao particular? Não responsabilizar o réu pelo crime praticado, significa, além de aquiescer com a lesão do bom nome, do prestígio e da dignidade que devem pautar a Administração Pública, bem como tais atributos correlacionados às Funções e Agentes Públicos; atua, primordialmente, como um estímulo a que se adote práticas de igual índole, notadamente em relação aos Agentes Públicos que, devido às funções que exercem, estão mais intimamente sujeitos a toda sorte de descontentamentos e conflitos. Há de se sublinhar, em vários aspectos, a peculiaridade do caso em foco, talvez até pela condição pública do ofendido mediato, razão, talvez, da também peculiar e lapidar sentença absolutória, em total discrepância com as demais prolatadas pelo Insigne Magistrado, Dr. JOSÉ ANSELMO DE OLIVEIRA, pautadas estas em um tom de indisfarçável objetividade.**

Da mesma sorte, vislumbra-se que a decisão ora combatida não encontra guarida nos julgados do País, nesse sentido:

“É irrelevante que a ofensa não tenha ligação com a função do funcionário, desde que em razão dela tenha sido proferida” (TACrSP, Julgados 68/115). No mesmo sentido TJSP, RT 524/334).

“Desacato. Trancamento da Ação Penal. O riso pode encerrar escárnio, zombaria, mofa, capazes de desprestigiar, menosprezar ou humilhar a Autoridade. A inexistência de dolo só pode ser reconhecida quando resultar evidente dos elementos do processo, sem necessidade de cuidadosa incursão no campo probatório. Recurso de Habeas Corpus improvi do. “.(STF, RHC-54637/SP. Relator Mm. Cordeiro Guerra, RTJ Vol. 00078-03, p.007T7, v.u., J. 06/08/1976 -Segunda Turma).

“No delito de Desacato, o sujeito passivo é o Estado, não se admitindo que alguém destrata funcionário seu, no exercício do cargo, ou fora da função, mas em razão dela e na prática de ato que diz respeito ao interesse público” (TJSP - AC — Rei. Mendes França —RT 5 10/336).

DESACATO - FUNCIONÁRIO FORA DE SUAS FUNÇÕES NO MOMENTO DA INFRAÇÃO “Se a injúria se dirige não contra o homem mas contra a função que exerce, o crime é de desacato se ele é funcionário público, ainda que não esteja no exercício de suas funções, pois o delito não se dá apenas in officio, mas também propter officium” (TACRIMSP - HC — Rei. Adauto Suannes — JUTACRIM 68/115).

“O crime de desacato se configura por qualquer palavra que redunde em vexame, humilhação, desprestígio e irreverência ao funcionário público” (TACRIMSP - AC — Rei. Maríoei Pedro — RI 369/277).

“A intenção de ofender, de menosprezar a autoridade, caracterizadora do desacato, se infere não só das palavras ofensivas, mas também, das atitudes que resultam no desprestígio daquele
(TACRJMS - AC — Rei. Mendes Pereira — RI 50 1/277-278).

“O do/o, para a configuração do desacato, não é específico mas genérico. Não se exige um fim determinado de ofender, bastando a genérica volição de proferir a expressão m'i 1/ante. E o que se deduz da simples enunciação legal típica” (TACRLMSP - AC —Rei. Prestes Barra — RI 393/347).

“O estado de exaltação e nervosismo do réu não o exime da responsabilidade penal pelo desacato cometido, sendo, todavia, circunstância a ser considerada na aplicação da pena (TACRIMSP - AC — Rei. Paula Bueno — RI 417/285).

Pelo exposto, o **ÓRGÃO MINISTERIAL** requer que seja decretada a modificação do julgamento em apreço e, por fim, seja condenando o acusado **JOÃO VOS SANTOS**, de epíteto **“CORETO”**, alhures qualificado, nas reprimendas insculpidas no artigo 331, do Código Penal.

Aracaju (SE), 19 de julho de 2001.

LUIZ ANTÔNIO DE ARAUJO MENDONÇA
Promotor de Justiça

Contra Razões em Apelação Criminal
Promotores de Justiça
Eduardo Barreto D'Ávila Fontes e
José Elias Pinho de Oliveira

**JUIZO DE DIREITO DA 10ª VARA CRIMINAL DA COMARCA
DE ARACAJU/SE – SEGUNDO TRIBUNAL DO JÚRI**

Processo N.º. 070/2000

Espécie: Homicídio Qualificado

Recorrentes: Nilton Félix e Luiz Delfino de Souza

Recorrido: Ministério Público

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por intermédio do Promotor de Justiça com titularidade nesta Promotoria, e dos Promotores de Justiça designados para funcionarem nesse feito, nos termos do documento de fls. 3.416/3.418, vem termos do art. 600 do Código de Processo Penal e em face da interposição de **RECURSO DE APELO**, por parte dos condenados, que inconformado com a decisão de fls. 3.577/3.581 dos autos do processo em epígrafe, que condenou os Réus, após manifestação do Conselho de Sentença, na sessão popular a que foram submetidos, vem, apresentar as suas **CONTRA-RAZÕES**, de acordo com os fundamentos a seguir delineados.

J. aos autos,

Requer seja processado como de estilo.

Aracaju/SE, 21 de maio de 2001

JOSÉ ELIAS PINHO DE OLIVEIRA

Promotor de Justiça

EDUARDO BARRETO D'ÁVILA FONTES

Promotor de Justiça

ROGÉRIO FERREIRA DA SILVA

Promotor de Justiça

AUGUSTO CÉSAR LOBÃO MOREIRA

Promotor de Justiça

Processo N.º. 070/2000

Espécie: Homicídio Qualificado

Recorrentes: Nilton Félix e Luiz Delfino de Souza

Recorrido: Ministério Público

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE,
COLEND A CÂMARA CRIMINAL,
SENHORES DESEMBARGADORES,
SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR,
SENHOR PROCURADOR DE JUSTIÇA,

*“Esperamos que, um dia, a verdade e
a justiça voltem a ser a marca de toda
a palavra que sai da boca dos homens!”*

OS REPRESENTANTES DO MINISTÉRIO PÚBLICO, aqui recorrido, apresentam suas **CONTRA-RAZÕES DE RECURSO DE APELO**, interposto pelos Recorrentes, já devidamente qualificados nos autos, em virtude da inconformidade com a decisão dos autos em epígrafe, onde após a decisão Conselho de Sentença de fls. 3.570/3.572, que resolveu decidir pela condenação dos Réus, tendo ato contínuo a MM Juíza de Direito, lavrado a sentença penal condenatória de fls. 3.577/3.581, imputando ao Réu LUIZ DELFINO DE SOUZA uma pena de 19 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão a ser cumprida integralmente em regime fechado, como incurso nas iras do art. 121, § 2º, I, IV e V do Código Penal Pátrio e ao Réu NILTON FÉLIX uma pena de 19 anos e 11 meses de reclusão, como incurso nas iras do art. 121, § 2º, I e IV e 03 anos de reclusão pela prática do delito previsto no art. 211, todos do Código Penal Pátrio, a serem cumpridas integralmente em regime fechado.

O Réu NILTON FÉLIX, de forma tempestiva, recorreu sob os fundamentos do art. 593, Inc. III. alíneas, “c” e “d” do Código de Processo Penal. No prazo previsto em lei apresentou suas razões.

O Réu LUIZ DELFINO DE SOUZA, de forma tempestiva, recorreu sob os fundamentos do art. 593, Inc. III. alíneas, “a”, “c” e “d” do Código de Processo Penal. No prazo previsto em lei também apresentou suas razões.

Iniciaremos as contra-razões efetuando as considerações necessárias em relação ao que fora trazido aos autos pelo causídico do Réu Nilton Félix. Segundo a defesa o Réu fora condenado pelo Conselho de Sentença, sem nenhum lastro probatório existentes nos autos e que a pena aplicada foi injusta. De forma subsidiária, alegou que pairam nos autos dúvidas quanto a autoria do delito, em relação ao seu constituído, que o mesmo foi torturado pela Autoridade Policial, que ao tempo do crime estava no vizinho Estado de Alagoas, que o processo demorou 03 anos e 01 mês para a sua conclusão, sem ter conseguido juntar provas eficazes para uma condenação justa, divagou sobre outras possibilidades de autoria.

Ora, a argumentação da defesa é tão inconsistente, pois todos os fatos que aqui são aventados quanto a matéria de prova deveriam ser objeto de questionamento em sede de recurso da sentença de pronúncia, ali sim seria o momento de se questionar se existiam ou não elementos de prova para uma sentença que levasse o Réu às barras do Tribunal Constitucional do Júri. Não houve recurso da pronúncia, o que devemos considerar como concordante com tudo aquilo que ali fora dito, pelo MM Juiz Sentenciante.

A Constituição Federal reconheceu no seu art. 5º, XXXVIII, a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados a plenitude da defesa, o sigilo das votações, a *soberania dos veredictos* e a competência dos crimes dolosos contra a vida.

Senhores Julgadores, é o Júri Popular, o sistema que transfere a responsabilidade de um julgamento, em virtude da transgressão de uma norma penal, do Juiz de Direito, togado, e preparado para a arte de julgar, para o Conselho de Sentença, que são Juizes de fato. Esses Juizes, que em tese são despreparados juridicamente, vão julgar os fatos a partir das provas que foram colacionadas aos autos e apresentadas, no momento oportuno, tanto pelo Ministério Público, defensor da sociedade, quanto pela Defesa, defensor *particular*.

Como dizíamos, o Júri, como sistema de transferir aos representantes do povo a atribuição de proferir um veredicto numa contenda, existe desde os primórdios da humanidade e no Brasil o Júri foi instituído pela Lei n.º 18, de 1822, para julgar somente os Crimes de Imprensa. No entanto somente com o advento da Constituição Federal de 1946, art. 141, § 28, no Capítulo dos Direitos e das Garantias Individuais, assumiu os contornos atuais: a) número ímpar de jurados; b) sigilo das votações; c) plenitude da defesa do réu; d) competência obrigatória para julgar os crimes dolosos contra a vida. Ainda hoje encontra-se amparado por Norma Constitucional, prevista no art. 5º, Inc. XXXVIII, da CF/88. Essa prerrogativa democrática do cidadão.

O Júri é livre para manifestar sua opinião, decidindo pelo livre convencimento sem o dever de fundamentar suas conclusões.

O Júri é uma instituição controvertida, tem defensores apaixonados e opositores intransigentes. A esse respeito Carnelutti formulou a seguinte metáfora: “O juízo colegiado é comparado a uma visão binocular: se a natureza nos dotou de dois olhos, em lugar de um só, porque uma imagem única não basta para que seja visto o que deve ser completamente visto e o que devemos ver”.

Entretanto o jurados não são “onipotentes”, com o poder de tornar o quadrado redondo e inverter o ônus da prova. Julgam segundo os fatos que são objeto do processo, mas exorbitam se decidem contra a prova. Sendo o veredicto *manifestamente* contrário à prova dos autos, poderá o Tribunal de Justiça, em grau de recurso, reconhecer a incompatibilidade entre o veredicto proferido e a prova dos autos, determinando nova manifestação popular, com a conseqüente anulação da primeira.

Não foi o que se viu. O Conselho de Sentença pautou-se rigorosamente nos limites do processo, o que descredencia a defesa em querer um julgamento conforme as suas particulares intenções. Tanto é verdade que o veredicto não foi proferido por unanimidade, isso significa que alguns dos jurados acolheram a tese da defesa. Em assim sendo, como exigir que todos acolhessem a mesma tese. Agindo assim a defesa não estaria a ferir a norma constitucional, que confere soberania aos veredictos do Conselho de Sentença?

Lembro que essa garantia constitucional é tida como cláusula pétrea da Constituição Federal, sendo cerne inafastável do seio constitucional, é inalterável, por qualquer meio, nos termos do art. 60, § 4º. IV, da CF/88, já que está elencada no Capítulo DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

Com todo esse resguardo constitucional, desqualificada é a defesa para modificá-lo. Deve-se privilegiar o princípio constitucional. Ademais, a defesa sequer alegou em que ponto a prova desautoriza o julgamento da forma como se sucedeu. A simples assertiva de que o Réu não estava no Estado de Sergipe no dia do crime e sim no Estado de Alagoas, por testemunhas (de defesa) que foram ouvidas via carta precatória, na cidade de Penedo/AL e foram presas em audiência pela prática de falso testemunho se choca com as inúmeras testemunhas que presenciaram o Réu na cena do crime em reuniões ocorridas logo após a consumação do delito na Fazenda Monte Verde, de propriedade do também Réu Francisco Melo de Novaes. Os jurados optaram pela verdadeira tese apresentada pela defesa da sociedade (Ministério Público), decisão essa baseada nas provas apresentadas.

MÉRCIA OLIVEIRA COSTA DE MELO – fls. 1705/1707

- Saiu de casa as 5:20 da manhã em companhia de Nadja e Nena;
- Que avistaram dois homens em uma cancela existente ao lado da pista, sendo que um estava sentado sobre a cancela e o outro estava agachado no chão.
- Que existia um balde de plástico próximo a ambos.
- Que em conversa com Nadja está lhe contará que o homem que estava na cancela era branco, estava com uma camisa cumprida de manga amarela e usava boné. O segundo homem usava uma camisa de manga curta cinza e um boné e era moreno.

NADJA SILVA CRUZ SANTOS – fls. 1708/1710

- Que viu dois homens na imediação da cancela, sendo que um estava agachado e o outro em cima da cancela.

- Que os homens eram morenos baixos e magros, os quais estavam usando chapéu, não sendo possível reconhece-los.
- Ao lado da cancela havia um balde cor cinza.
- Acrescentou que o homem que estava em cima da cancela usava uma camisa amarela de manga cumprida abotoada até o punho.
- Que nenhum dos homens possuía barba.
- Que o homem mais claro era que estava com a camisa amarela de manga cumprida (mesma camisa que compareceu à audiência no dia em que a testemunha fora ouvida).

FRANCISCO MELO DE NOVAES (RÉU) – fls. 488/496 EM 26/05/98

- *Que é amigo de Nilton Félix, o qual é pistoleiro de aluguel autor de 02 homicídio no povoado Tapera/AL;*
- *Que Nilton Félix frequenta sua fazenda no Estado de Alagoas;*
- *Que pelo que conhece de Nilton Félix o declarante afirma que o mesmo possui disposição para cometer um crime deste nível, ou seja, o assassinato de Dr. Valdir de Freitas Dantas, e o mesmo é endeusado na região como corajoso, pois assassinou o pior bandido depois de Lampião conhecido como Zé Coiter, acerca de 04 anos passados. Que por esse crime Nilton Félix jamais chegou a ser incomodado pela polícia alagoana circulando livremente;*
- *10. Que Nilton Félix sempre usou um revólver calibre 38;*
- *13. Que não tem dúvidas de que Nilton Félix participou deste crime como também um pistoleiro da região da Serra da Maraba do Município de Igreja Nova/AL cujo o nome não sabe informar;*
- *15. Que o declarante afirma que o valor que fora pago pela prática do crime foi de R\$ 10.000,00;*
- *16. Esse depoimento foi prestado no dia 26 de maio de 1998.*

ERIVALDO DOS SANTOS EMPREGADO DA FAZENDA
MONTE VERDE– fls. 1185/1186

- *Que é primo de Nilton Félix, sendo que este sempre aparecia na fazenda como motorista de Novaes;*

- *É conhecedor que Nilton Félix já praticou 03 homicídios, 02 no povoado Tapera e 01 na cidade de Penedo;*

JOSEVALDO DA SILVA EMPREGADO DA FAZENDA
MONTE VERDE– fls. 1187/1188-1203/1204

- *Que trabalha a 08 anos como caseiro e cozinheiro da Fazenda Monte Verde;*
- *Que por várias oportunidades observou a presença dos Réus Zé Neto e Nilton Félix na fazenda de Novaes;*
- *Que Nilton Félix passou a freqüentar a Fazenda de Novaes após haver praticado um duplo homicídio no povoado Tapera;*
- *Que Nilton Félix costumava freqüentar a Fazenda em média 03 vezes por semana onde costumava passar as noites;*
- *Que por volta das 18 horas do dia 19 de março de 1998 reuniram-se na Fazenda Nilton Félix, Zé Neto e Dr. Novaes, quando Zé Neto perguntou a Nilton Félix se o mesmo tinha conhecimento do crime;*
- *Em relação a reunião acima especificada complementou que ocorreu uma discussão entre Zé Neto e Nilton Félix, com acusações mútuas entre ambos em relação ao crime de Dr. Valdir, chegando inclusive a dizer que estavam arrombados, os ânimos só foram acalmados com a interferência do Dr. Novaes, tendo inclusive sugerido a Nilton Félix que fugisse já que a situação dele era difícil, embora a sua não fosse por ser Juiz;*
- *Que antes de ser preso Dr. Novaes disse ao declarante (Josevaldo) que quando a Polícia fosse a fazenda não dissesse que Zé Neto e Nilton Félix andavam por lá.*

JOSÉ APARECIDO LIMA TRATORISTA DA FAZENDA
MONTE VERDE– fls. 1189/1191-1205

- *Que no dia 19 de março de 1998 observou uma conversa entre Novaes, Zé Neto e Nilton Félix no interior da sede da fazenda onde Zé Neto teria dito a Nilton que este estava “arrombado”, por haver matado o Promotor de Cedro, tendo*

Nilton respondido quem estava arrombado era Zé Neto, por haver sido ele o real responsável pelo homicídio. Que no meio da discussão Novaes entrevistou e orientou Nilton Félix a fugir, alegando que Juiz não ia preso;

- *Que Nilton Félix já lhe confidenciou que Novaes já lhe ofereceu R\$ 3.000,00 para eliminar o amante de sua esposa.*

HERMÂNIO LIMA – fls. 3060

- *Que a testemunha confirma a participação de Nilton Félix como sendo o autor do homicídio e Luiz Delfino como mandante, pois tomou conhecimento deste fato em conversa que teve com o próprio Nilton Félix, realizada no dia 20 de março, no bar do genitor da testemunha na cidade de Propriá, pois Nilton era muito seu amigo.*

*NILTON FÉLIX (RÉU)
NO INQUÉRITO – fls. 1114/1115*

Dados colhidos do depoimento prestado em 04 de junho de 1998, antes da soltura de Novaes.

- *Que iniciou uma grande amizade com Novaes a partir de 1994, surgindo grande confiança entre ambos ao ponto de que Dr. Novaes pedir-lhe para que executasse o companheiro de sua amante para que ficasse sozinho com esta, oferecendo-lhe a quantia de R\$3.000,00;*
- *Como não aceitou a empreitada Zé Neto ficou chateado, chamando-o de frouxo e covarde tendo o interrogado dito a Zé Neto que covarde era ele pois é acostumado a matar pelas costas e a traição, como no caso do filho da servente do Fórum de Propriá;*
- *Que Novaes sempre apoiou estas atitudes de Zé Neto;*
- *Que Zé Neto usava motos roubadas que ficavam a disposição do Fórum de Propriá para cometer homicídios no sertão;*
- *Que Zé Neto lhe disse que usava roupa da SUCAM para praticar crimes e que todos eram a mando de Dr. Novaes;*

- *Que Zé Neto juntamente com Enoque assassinaram um rapaz dentro do hospital de Propriá;*
- *Que no dia posterior ao assassinato do Promotor dirigindo-se a fazenda de Dr. Novaes encontrou Zé Neto e o próprio Novaes tendo o Zé Neto lhe confidenciado que estava muito nervoso;*
- *Que Zé Neto demonstrou preocupação com Enoque;*
- *Que Novaes disse a Zé Neto para ficar tranqüilo na fazenda dele, pois embora não pudesse advogar iria contratar um advogado para defende-lo;*
- *Que Novaes é um homem frio pois diante de todos os crimes praticados nunca demonstrou arrependimento;*
- *Que Novaes lhe ofereceu dinheiro para viajar, porém não aceitou ir até a sua propriedade apanhar o dinheiro pois ficou receoso de ser executado pelo grupo de policiais da pesada de Novaes;*
- *Que após o crime de Dr. Valdir, o Zé Neto foi correndo para a sua própria Fazenda onde estava o pistoleiro Enoque e mandou que este saísse imediatamente pois a coisa ia apertar;*
- *Que certa feita Zé Neto lhe disse que ainda arrancaria a cabeça da Juíza de Propriá pois esta estava descobrindo muita coisa;*
- *Que em certa oportunidade Dr. Novaes apreendeu um veículo gol de cor vinho, passando a fazer uso desse veículo juntamente com Zé Neto e seu filho até destruí-lo;*
- *Que confirma a gravação feita com seu advogado, e que pediu ainda que este entrega-se a gravação às autoridades e a imprensa;*
- *Que os crimes de Zé Neto lhe renderam muito dinheiro;*

Depoimento prestado em 05 de junho de 1998, antes da soltura de Novaes;

- *Que no dia 19 de março de 1998 esteve na Fazenda Monte Verde de propriedade de Novaes, oportunidade de que foi informado da morte do Promotor pelo policial Zé Neto. Nessa oportunidade Zé Neto estava muito nervoso, pois seu nome tinha sido envolvido no crime chegando a solicitar um advogado ao Dr. Novaes, alegando que não sairia do Estado pois tinha emprego fixo;*

- *Que Zé Neto confirmou que uma moto havia sido usada na parada confirmando a participação de Enoque que estava escondido na propriedade de Zé Neto;*
- *Em determinada oportunidade no início do ano 1998 estava apresente na fazenda de Dr. Novaes ouviu Zé Neto dizer o seguinte: "pronto Dr. Novaes, matei o homem dentro do hospital com Enoque, foi quando Dr. Novaes disse: foi bom só assim limpa a cidade, aquele vagabundo tinha que morrer";*
- *Que viajou para a cidade de Águas Formosas no Estado de Alagoas, no final do mês de abril de 1998, acatando determinação de Dr. Novaes. Que nessa oportunidade Novaes lhe disse o seguinte: "Nilton saia do Estado, pois a polícia vai lhe prender, dizendo que Juiz não vai preso";*
- *Que tem medo de revelar algo que seja contrário a vontade dos Réus, pois corre o risco de ser eliminado;*
- *Já presenciou Novaes fazendo propostas criminosas a Zé Neto, na sua fazenda, oferecendo dinheiro para matar ladrões de gado no sertão sergipano;*
- *Que Zé Neto usa um revólver calibre 38.*

EM JUÍZO – fls. 1341/1344

Esse depoimento foi prestado no dia 01 de junho de 1998, um dia após a soltura de Francisco Melo de Novaes, via Habeas Corpus expedido pelo TJ/SE, conforme fls. 1569 / 1575;

- Depoimento prestado no dia 01 de julho de 1998, um dia depois do deferimento do pedido de Habeas Corpus impetrado pelo Réu Novaes.
- Negou que Novaes tivesse lhe contratado para matar o marido de sua amante;
- Que não teve nenhuma conversa com Zé Neto após o homicídio do Promotor;
- Negou que Zé Neto estivesse cometido homicídio com a farda da SUCAM;
- Negou que Zé Neto estivesse muito nervoso após o crime;

- Negou que Enoque estivesse na fazenda de Zé Neto após o crime;
- Negou que tenha gravado qualquer conversa com Dr. Balbino;
- Negou que em certa oportunidade Zé Neto teria lhe dito que arrancaria a cabeça da Juíza de Propriá;
- Negou ter dado qualquer entrevista a imprensa sobre esses fatos (ver fls. 1236 a 1237);
- Embora tenha negado todo o conteúdo do seu interrogatório que prestou na polícia não soube informar como o conteúdo sobre aqueles fatos foram parar no seu interrogatório, **pois alegou em Juízo que não foi espancado para prestar aquelas declarações.**

MM Julgadores, acreditamos que após a leitura desses depoimentos, não restam dúvidas de que o Réu NILTON FÉLIX era homem de confiança do também Réu Francisco Melo de Novaes. Logo, em assim sendo, a própria defesa alegou em sua manifestação, em fls. 3.594, que se Novaes tivesse interesse em mandar matar a vítima, teria ***“uma guangue de militares ao seu alcance, já que eram capangas do Dr. Novais, tais como: RUI OLIVEIRA DOS SANTOS, (sic) ENOCK PEDRO DA SILVA, JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES NEO (sic) (ZÉ NETO), que mesmo Novais já aposentado, viviam a seu serviço, matando gente, e ele apadrinhando-os. Jamais o apelante!***

Faltou algum capanga a ser elencado? Qual a diferença entre os acima citados e o Réu NILTON FÉLIX? Por que a exclusão do Réu NILTON FÉLIX do elenco acima citado? Será que não existia laços de amizade de companheirismo entre Novaes e NILTON FÉLIX?

A defesa está correta quando diz que Novaes tinha um efetivo altamente qualificado para levar a cabo essa empreitada, só esqueceu-se de incluir um dos seus principais colaboradores, qual seja o Réu NILTON FÉLIX.

A alegação de que o Réu apanhou em juízo é despidiende de fundamentação, pois o próprio Réu alegou como acima visto, que não apanhou para prestar os seus depoimentos.

Alegou ainda que o processo é muito volumoso e que em meio a milhares de folhas, não foi o Ministério Público capaz de produzir prova

bastante para a condenação. Esse argumento é perdoável, pois como declarou o próprio defensor no Plenário do Júri, não lera o processo. E quanto ao tempo para a conclusão do feito, tenho que um processo dessa envergadura, com oito Réu, com a tomada de mais de setenta depoimentos, alguns em duplicidade, não poderia, sob pena de irresponsabilidade, ser concluído nos 81 dias que a lei processual, em tese, preconiza.

Não podemos olvidar da tática da defesa, que simplesmente para procrastinar o feito arrolou testemunhas em diversos Estados da Federação, tais como o Distrito Federal, Bahia, Paraíba, Alagoas e em diversas cidades de Sergipe, que em nada contribuíram para o deslinde do feito, ou seja, eram testemunhas meramente de bonificação.

Justa foi a decisão do Conselho de Sentença.

Os argumentos trazidos pela defesa do Réu LUIZ DELFINO, da lavra do culto, competente, inteligente, astuto, arguto, laborioso e também falacioso advogado de defesa, isto, porque só um dos advogados teve coragem de assinar tão falaciosa peça. Nossos elogios ao advogado que manteve a ética.

De pronto, temos a dizer que de fato os elogios são merecidos, mas apesar de tanta competência, conseguiu produzir o nada jurídico. Essas razões de recurso falam por si só, todavia, ninguém conseguirá ouvir sua voz, pois são mudas. Tão mudas quando o silêncio dos mortos, que estão com suas almas no plano celestial a apreciar a infâmia que os mortais rogam na terra, para tentar simplesmente a glória pessoal, nem que para isso tenham que pisar nos mais sagrados dos princípios éticos-religiosos, qual seja, a VERDADE.

O fim de Antíoco Epífanês.

“Por aquela época, Antíoco teve de voltar desordenadamente das regiões da Pérsia. Entrara na cidade chamada Persépolis e tentara pilhar o templo e apoderar-se da cidade. A multidão, porém, sublevou-se e recorreu às armas. Antíoco foi posto em fuga pelos

habitantes do país e teve que bater em retirada vergonhosa. Encontrando-se perto de Ecbátana, soube do que acontecera a Nicanor e ao exército de Timóteo. Arrebatado pela cólera, pensou em vingar nos judeus a injúria dos que o tinham obrigado a fugir. Ordenou, por isso, ao cocheiro que tocasse o carro sem interrupção, para apressar a viagem. Era o julgamento do Céu que o impelia, pois dissera em seu orgulho: “Logo que eu chegar, farei de Jerusalém a vala comum dos judeus”. Foi quando o Senhor que tudo vê, o Deus de Israel, atingiu-o com um mal incurável e invisível: apenas proferira aquelas palavras, foi atacado de intolerável dor nas entranhas e tormentos atrozes no ventre. E com justiça, pois ele torturara as entranhas dos outros com tormentos numerosos e inauditos! Apesar disto, não se abateu sua arrogância. Ainda cheio de orgulho, exalava contra os judeus o fogo de sua cólera e ordenava que se apressasse a marcha. Subitamente, caiu da carruagem que rodava em grande velocidade. Com a violência da queda, todos os membros de seu corpo foram afetados. E ele que, pouco antes, em sua jactância sobre-humana, se considerava senhor das ondas do mar e se imaginava pesando na balança os cimos das montanhas, viu-se estendido por terra e depois transportado em padiola, tornando evidente a todos o poder de Deus. Tanto mais que dos olhos desse ímpio começaram a sair vermes em abundância e, embora ainda vivo, suas carnes caíam aos pedaços no meio de dores atrozes. O cheiro de podridão, que dele se desprendia, molestava o exército. E aquele que, pouco antes, imaginava atingir os astros do céu, agora ninguém agüentava carregá-lo, por causa do peso insuportável do seu odor fétido. Ali mesmo, profundamente abatido, começou a perder seu imenso orgulho e a voltar-se para o conhecimento da realidade, impelido pelos golpes do castigo divino que, a cada instante, lhe aumentavam as dores. Não podendo ele mesmo suportar o cheiro repugnante, disse: “É justo submeter-me a Deus. E não pretenda, o simples mortal,

igualar-se à divindade". Orava, pois, o celerado, àquele Soberano que não mais iria ter compaixão dele. Prometia declarar livre a Cidade Santa, para onde ainda há pouco estava dirigindo-se a toda a pressa, com o intento de arrasá-la e transformá-la em cemitério; tornaria iguais aos atenienses todos os judeus, que ele antes considerara indignos de sepultura e merecedores, ao contrário, de serem expostos às aves de rapina e atirados com seus filhinhos às feras; ornaria com as mais belas oferendas o sagrado santuário que ele antes despojara; restituiria, em quantidade ainda maior, todos os vasos sagrados; e proveria, com seus próprios rendimentos, às despesas exigidas pelos sacrifícios. Além disso, ele mesmo se tornaria judeu, e percorreria todos os lugares habitados, proclamando o poder de Deus".

Inicialmente alegou a defesa que o Ministério Público atentou contra uma garantia constitucional, qual seja, a da ampla defesa, pois além de espalhar cartazes pela cidade, às vésperas do dia do julgamento, subtraiu prova dos autos. Disse ainda que o Ministério Público, produziu prova sem que fosse observado o princípio do contraditório, pois juntou aos autos uma fita de vídeo e um depoimento escrito, que veio aos autos em fls. 3.060, onde constam a assinatura de um Promotor de Justiça, de um Delegado de Polícia, de um Advogado e da própria testemunha.

Quanto essas alegações, cremos que só a má fé as justificam, pois temos certeza que não é a falta de conhecimento jurídico, que levaria o tão inteligente causídico, que até domina a língua latina, a esquecer-se das regras de processo que regem a matéria, previstas no Código de Processo Penal *Pátrio*.

Art. 231 - *Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.*

Art. 232 - *Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.*

Art. 234 - *Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.*

Art. 400 - *As partes poderão oferecer documentos em qualquer fase do processo.*

Art. 406 - Terminada a inquirição das testemunhas, mandará o juiz dar vista dos autos, para alegações, ao Ministério Público, pelo prazo de 5 (cinco) dias, e, em seguida, por igual prazo, e em cartório, ao defensor do réu.

§ 1º - Se houver querelante, terá este vista do processo, antes do Ministério Público, por igual prazo, e, havendo assistente, o prazo lhe correrá conjuntamente com o do Ministério Público.

§ 2º - *Nenhum documento se juntará aos autos nesta fase do processo.*

Ao juntarmos os documentos o Ministério Público deixou de observar alguma dessas regras processuais? Obviamente que não. Mas poderia a defesa se insurgir contra o documento juntado? Claro que sim. E qual seria o meio idôneo para impugná-lo? A resposta está na própria lei processual penal.

Art. 145 - Argüida, por escrito, a falsidade de documento constante dos autos, o juiz observará o seguinte processo:

I - mandará autuar em apartado a impugnação, e em seguida ouvirá a parte contrária, que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, oferecerá resposta;

II - assinará o prazo de 3 (três) dias, sucessivamente, a cada uma das partes, para prova de suas alegações;

III - conclusos os autos, poderá ordenar as diligências que entender necessárias;

IV - se reconhecida a falsidade por decisão irrecorrível, mandará desentranhar o documento e remetê-lo, com os autos do processo incidente, ao Ministério Público.

A defesa lançou mão desse expediente. Não.

Existiam outros? Existiam. Quais? Façamos o que a defesa não fez. Abramos a Constituição Federal.

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (grifei)

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (grifei)

Ora, a defesa tomou conhecimento do conteúdo da fita de vídeo e do depoimento, de forma expressa, ao manifestar-se nos autos em 14 de março de 2001. O que fez? Tentou macular a prova juntado aos autos as declarações de três presos, conforme documentos de fls. 3.420/3.422, com a finalidade de anular o que ali estava dito. Nesse momento assentiu a prova, pois tentou rebatê-la ao seu modo.

Por que a defesa não utilizou nenhum dos expedientes acima mencionados? Falta de conhecimento? Decerto que não. A defesa até tentou utilizar proveito do que fora juntado, alegando que as declarações teriam sido obtidas por meios ilícitos, e com isso tentar desmoralizar o Ministério Público. Como não conseguiu o seu macabro intento, agora tenta, em sede de recurso, mais uma vez minar a prova.

Ademais, devemos lembrar que qualquer nulidade que ocorra, após a pronúncia, em sede dos processo afetos ao rito do júri, deverão ser alegadas no tempo oportuno, sob pena de convalidação.

Art. 571 - As nulidades deverão ser argüidas:

I - as da instrução criminal dos processos da competência do júri, nos prazos a que se refere o **art. 406**;

V - as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (**art. 447**);

VII - se verificadas após a decisão da primeira instância, nas razões de recurso ou logo depois de anunciado o julgamento do recurso e apregoadas as partes;

VIII - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.

Nulidade nenhuma ocorreu, e ainda que alguma tivesse ocorrido o prazo para a sua alegação já teria transcorrido. Nenhuma alegação, nenhuma palavra, nenhuma contrariedade, nenhuma insurgência contra a prova, nada, nada, nada.

Quanto a colocação de vários outdoors espalhados pela cidade, pela ASMP, (Associação Sergipana do Ministério Público), não pode ser atribuída aos Promotores de Justiça que atuaram no feito, pois dela não são associados, e tudo ocorreu à revelia dos mesmos. Se a defesa acreditava que essa atitude isolada poderia prejudicar o julgamento, deveria pedir o seu adiamento, da forma como pediu quando vários funcionários do Banese foram sorteados para a composição da relação dos 21 jurados, em sessão que seria realizada no dia 29 de março de 2001, sendo então adiada, em consonância com o pleito da defesa para o dia 26 de abril do mesmo ano, e aqui sequer havia impedimento legal.

A defesa fez uso dos cartazes colocados, e em plenário alegou que o Ministério Público estava apelando para o sentimentalismo popular.

Não conseguiu êxito. Ora, após utilizar todos os meios para a sua própria defesa em plenário, tenciona anular o julgamento.

Sustentou ainda que sem embasamento legal, que a prova que os jurados utilizaram para a condenação do Réu é contrária à prova dos autos, pois fundamentou-se em meros indícios. Diz o CPP:

Art. 239 - Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

A defesa alega que as provas colhidas durante a instrução probatória, não tem sustentação suficiente para condenar o Réu, mas sim exatamente o oposto, pois delas deveriam advir sua absolvição.

A defesa não explorou todos os aspectos da instrução processual, pois aqui não se pode analisar isoladamente qualquer elemento da prova, pois se assim o fizer corre-se o risco de não distribuir a justiça tal como ela deve ser distribuída.

Há perfeita adequação das provas dos autos com a decisão do Conselho de Sentença, pois decidiram analisando todo o conjunto probatório. As provas gozam de prestígio, pois são coerentes, coesas, harmônicas, racionais e lógicas, fundadas na sinceridade das testemunhas. São idôneas e trazem no seu bojo a convicção da verdade.

Diz MONTESQUIEU, em seu escrito, o Espírito da Leis, que: entre a última que afirma e o réu que nega há mister exsurja fato novo que faça pender a balança da Justiça.

Os antecedentes do Réu não fazem, isoladamente, prova contra ele, mas são tão fortes que não podem ser desconsiderados quando da avaliação da prova, pois não são fatos isolados e nem estranhos aos fatos apurados nesses autos. É prova idônea.

“inequívoca e capitalmente reforçam convicções, quando evidenciam que o ato incriminado nada mais é que simples rotina em seu proceder” (RT 484/320)

Quanto ao animus do agente, ficou patenteado pelas palavras de várias testemunhas.

A natureza subjetiva interna do agente foi totalmente demonstrada através das testemunhas ouvidas em juízo e fora dele. O labirinto da mente humana que conduz ao recôndito da alma, é mister de difícil constatação. Entretanto o dolo necessário a perfeita adequação da conduta ao tipo contido na exordial, é aferido através de elementos fáticos de índole objetiva. Logo, o elemento subjetivo do crime é comprovado através dos elementos e circunstâncias objetivas que circundaram e envolveram o episódio.

O *animus necandi* do agente pode ser aferido para mensurar o grau do seu *conatus*, através da potencialidade lesiva do ato praticado, a hostilidade física, a capacidade de reação da vítima, as possibilidades de defesa, a natureza do golpe e a região atingida.

Tais elementos devem ser cotejados com os elementos objetivos acima nominados, para afinal ser reconhecido a firmeza do descortino probatório do *animus*.

Disse ainda a defesa que a decisão que optou pela condenação do Réu baseou-se em indícios vagos e inidôneos, insuficientes para uma sentença desse jaez.

Disse **MITTERMAYER**:

“O indício é um fato com relação tão precisa com outro fato que, de um, o Juiz chega a outro por uma conclusão natural. É preciso, então, que haja na causa dois fatos, um verificado e o outro não provado, mas que se trata de provar raciocínio não conhecido para o desconhecido”. (Ob. cit. P. 361)

Através de um processo lógico construtivo alcança-se uma conclusão sobre o fato apurado. O fato que aqui restou provado foi

totalmente delineado através de uma silhueta lógica e com contornos precisos.

"Circunstâncias indiciárias veementes e conclusivas constituem prova hábil para a fixação dos elementos do delito."

"Suficiente à prolação de sentença condenatória a existência de prova circunstancial veemente, convergente e bem concatenada, desde que não neutralizada por contra-indícios."

"Um só indício pode ser decisivo; três ou quatro indícios podem não ter nenhuma força. O bom senso quer que.....os indícios sejam pesados, e não contados."

Os indícios aqui apresentados são tão fortes e suficientes para sustentar a decisão que levou o Conselho de Sentença a decidir da forma como decidiu, dando respaldo e embasamento técnico e fático para a decisão. A acusação foi convincente.

Vejamos os depoimentos:

KLEBER GONÇALVES DE MELO (RÉU)
NO INQUÉRITO – fls. 130/133

- Que no dia 24 de março de 1998, descobriu que o mandante do crime foi Luiz Delfino, tendo pago a quantia de R\$ 10.000,00.

- *Afirmou que Luiz Delfino é uma pessoa fria perigosa, perversa e ainda calculista.*
- *Alega que ao ler a reportagem do jornal Cinform sobre as irregularidades na administração de Cedro de São João, Luiz Delfino ficou revoltado com o Promotor, chegando ao ponto de empurrar a mesa da Prefeitura, dizendo assim: "É PODER DEMAIS QUE TEM ESSE MINISTÉRIO PÚBLICO, ESTA PORRA DESTE MINISTÉRIO PÚBLICO TEM MUITO PODER, TENDO DITO AINDA ESTE PORRA AINDA MIM PAGA (sic)";*
- *Que no dia do crime foi até a Prefeitura Municipal encontrando Luiz Delfino, que demonstrou muito nervosismo e insegurança.*
- *Que no dia do crime Luiz Delfino não conseguiu almoçar direito, ficando muito inquieto durante a refeição, não tendo encarado o declarante fato este que comentou com sua esposa "não ter dúvida de ser o Sr. Luiz Delfino autor do referido crime"*
- *Que na semana que antecedeu o crime Luiz Delfino fez vários saques, alguns de R\$ 3.000,00 outros de R\$ 4.000,00 com a finalidade de arrecadar dinheiro para pagar os pistoleiros.*

EM JUÍZO – fls. 1616/1324

- *Que Delfino pediu a Herbert Maia para interferir junto a Ivânia Noronha com a finalidade de intermediar um encontro entre Dr. Valdir, Luiz Delfino e o próprio Maia;*
- *Que elaborou um Projeto de Lei criando a Procuradoria Municipal constando os Cargos de Procurador e Procurador Adjunto, sendo que o primeiro seria preenchido por Kleber e o segundo por José Andrade Júnior conhecido por Batatinha;*
- *Que o motivo da nomeação de batatinha era para estabelecer um elo e apaziguar os ânimos entre Doutor Valdir e Luiz Delfino. Que batatinha chegou a atuar como Procurador Adjunto; (ver NE fls. 1771)*

ANGELA MARIA DE SOUZA FRAGA – fls. 160/162
(Esposa do Réu Luiz Delfino)

- *Que conheceu Ivânia Noronha aproximadamente 03 meses da data do fato, pois foi levada por seu esposo Luiz Delfino até a casa de Ivânia. O encontro tinha duas finalidades, a primeira conseguir emprego para sua filha e a segunda para que Ivânia intermediasse uma aproximação entre Delfino e o Promotor Dr. Valdir;*

IVÂNIA NORONHA – fls. 164/168

- *Que após Dr. Valdir assumir o cargo de Promotor de Justiça na Cidade de Cedro de São João, Luiz Delfino se reaproximou da depoente com a finalidade de fazer amizade com a depoente;*
- *Que diante de uma matéria que saiu no jornal Cinform, dando conta de irregularidades na Prefeitura de Cedro de São João, foi procurada por Herbert Maia que lhe pediu para procurar o Dr. Valdir para convence-lo a não apurar o caso;*
- *Que Delfino só queria sair com pessoas que tivesse contato com Dr. Valdir, para saber das conversas mantidas pelo Promotor com estas pessoas;*
- *Que Delfino não era muito chegado a sair com mulheres, pois tinha medo da esposa, mais que saia motivado pelo interesse de saber da vida particular de Dr. Valdir;*
- *E quem reaproximou Luiz Delfino da depoente foi Hebert Maia (ex-Prefeito de Jandaíra/BA), amigos de ambos;*
- *Que Dr. Valdir não queria receber Luiz Delfino no seu gabinete, mas tão somente a Prefeita;*
- *Que Luiz Delfino perguntou a declarante qual o grau de amizade que ela tinha com Dr. Valdir, pois queria falar com ele;*
- *Que Luiz Delfino lhe declarou que se sentiu contrariado ao ser rejeitado na porta do Fórum pelo Promotor;*
- *Que Delfino falou com a declarante aqui em Aracaju para não intima-lo para prestar declarações em relação ao problemas das Notas Fiscais referente a compra de material*

elétrico feita pela Prefeitura de Cedro de São João a empresa der Hebert Maia. Que Dr. Valdir lhe respondeu que intimidaria a todos. Com esta resposta Delfino ficou revoltado;

- Que marcou um encontro entre Dr. Valdir e Luiz Delfino em sua residência, objetivando a aproximação de ambos sendo que quando Dr. Valdir chegou na sua residência reagiu com energia posto que disse que não cumprimentaria Luiz Delfino e ainda saiu “cantando os pneus do carro”;
- Que Delfino ligou para a declarante: “O seu Promotor querido faz cooper todos os dias pela manhã”;
- Que ao ser contatado por Ivânia neste sentido, Valdir respondeu o seguinte: “Diga a Delfino que eu faço cooper, estou armado, e com segurança, e vou participar tudo à Procuradoria”;
- Que Luiz Delfino a muito tempo vinha observando os atos de Dr. Valdir;
- Que Luiz Delfino tinha raiva de Dr. Valdir, e costumava ofender o mesmo em conversas reservadas com a declarante;
- Que no dia 18 de março, na quarta feira anterior ao crime, Luiz Delfino ligou para a declarante, as 15:00 horas. Que nessa oportunidade Delfino perguntou pelo Dr. Valdir, tendo a declarante respondido o seguinte: “Por sua causa ele esta sem falar comigo, porque ele disse que eu queria pedir coisas impossíveis para você”. E nessa ocasião Luiz Delfino estava muito nervoso;
- Que no encontro do dia 18, Luiz Delfino a todo tempo enfatizou que gostava do Dr. Valdir, nada tendo com o mesmo, e seu grande desejo era se aproximar do Promotor;
- Que no dia 18, após deixar o apartamento da declarante Luiz Delfino saiu com sua amiga Joana Darc, para descansar em um motel, perto da exposição. E que estava com o carro da Prefeitura, um Santana verde, mais ao chegar no motel, não permaneceu por muito tempo pois estava muito nervoso, voltando inclusive a procurar a declarante, porém não encontrando;

EM JUÍZO – fls.2507/2510

- Que confirmou a ida de Delfino e Angela a sua residência para pedir que intercedesse junto ao Promotor;
- Que no dia 18 de março de 1998. Luiz Delfino saiu com Joana Darc, tendo tomado conhecimento através da mesma que Delfino estava com um pacote de dinheiro amarelo dentro do carro;

GENISSON MELO ROCHA – fls. 248/253

- *Que no dia da morte do Promotor os moradores da Cidade de Cedro de São João estavam chocados, sendo que por volta das 18:30 pode o depoente observar quando o filho do Senhor Luiz Delfino conduzia o veículo marca passat cor branca com o som ligado e o volume muito alto, pela cidade fato este que chamou a atenção dos moradores;*
- Que Delfino esquematizou um atentado contra sua pessoa;

ANTONIO ROBERTO ROCHA – fls. 254/256

- *Quem mandava na Prefeitura era Delfino;*
- *Afirma que em virtude das irregularidades nos empenhos da Prefeitura o Promotor convocou a Prefeita Ângela Maria mas foi Luiz Delfino quem procurou o Promotor para explicar as irregularidades, entretanto como o Promotor não lhe atendeu Luiz Delfino ficou revoltado;*
- *Que o comentário geral na cidade de Cedro de São João era de que Luiz Delfino havia sido o mandante do crime chegando inclusive a pagar a quantia de R\$ 10.000,00;*

JOSÉ JUAREZ DOS SANTOS – fls. 265/266

- *Confirma a chegada de Dr. Valdir na casa de Ivânia Noronha em um sábado pela manhã, estando presente na casa Ivânia, Luiz Delfino e Maria Rose (Rose). Que ao chegar no local e*

tomar conhecimento da presença de Luiz Delfino Valdir se retirou de imediato inclusive “queimando os pneus do veículo”;

- *Que passados alguns minutos da cena acima citado iniciou um diálogo com Luiz Delfino, tendo este declarado o seguinte: “TUDO TEM SEU DIA”;*
- *Que Dr. Valdir disse ao declarante ter recebido ameaças por telefone no mês de janeiro;*
- *Que Luiz Delfino comentou com o declarante que estava com mágoas com Dr. Valdir por causa do processo do filho, e também porque o Promotor só queria atendê-lo na Promotoria por ordem de chegada, por entender que era uma pessoa importante na cidade e assim deveria ser atendido primeiro;*

EM JUÍZO – fls. 1857/1858

- *Confirmou o item 1, acrescentando que posteriormente soube através de Ivânia que Dr. Valdir havia dito a Ivânia que iria embora porque na casa havia gente demais;*
- *Que a partir do dia em que ouviu Luiz Delfino disse a frase “tudo tem seu dia” passou a temer pela segurança do Dr. Valdir, inclusive se propôs a prestar segurança ao mesmo;*

GILVANEIDE FERREIRA ANDRADE – fls. 267/269

- *Que várias vezes viu o Sr. Luiz Delfino procurar sua amiga Ivânia com a finalidade de interceder junto ao Dr. Valdir, no sentido de que ele amenizasse ou mesmo deixasse de investigar as irregularidades da administração de sua esposa Ângela;*
- *Que Valdir tomou conhecimento dessa proposta através de Ivânia, tendo-lhe respondido que iria apurar todas as denúncias;*
- *Que tomou conhecimento através de Ivânia que Luiz Delfino estava averiguando a vida particular de Dr. Valdir, inclusive sabendo os dias, horários e o percurso do cooper que o mesmo fazia;*

- *Confirma a tentativa de uma aproximação ocorrida em um sábado pela manhã na casa de Ivânia oportunidade em que Valdir ao tomar conhecimento da presença de Luiz Delfino saiu nervoso e bruscamente da residência inclusive queimando os pneus do carro;*
- *Que Delfino ia à residência de Ivânia com o propósito de encontrar o Dr. Valdir;*
- *Que após a morte do Dr. Valdir algumas pessoas tentaram assediar Ivânia para que esta não contasse nada que tivesse ligação com o homicídio tendo inclusive Hebert Maia dito a ela que ela estava se metendo em um “rabo de foguete”;*

EM JUÍZO – fls. 1861/1863

- *Que escutou Ivânia conversando com Luiz Delfino e elogiando o fato de Dr. Valdir ter emagrecido e dizia que aquele fato era em virtude do mesmo estar chupando muito abacaxi. Que Luiz Delfino disse que Dr. Valdir estava emagrecendo porque estava fazendo cooper, inclusive escutou o Sr. Luiz Delfino dizer que sabia todos os dias e os horários que o Dr. Valdir fazia seu exercício físico;*

HERBERT MAIA – fls. 384/387

- *Que aproximadamente em julho de 1997 estava com o Sr. Luiz Delfino no restaurante do Jacks Hotel, onde ambos telefonaram para Ivânia Noronha, para que a mesma viesse ao encontro deles, oportunidade em que trouxe duas garotas. Nesse momento Luiz Delfino narrou as perseguições que vinha sofrendo por parte do Promotor de Justiça de Cedro. Como Ivânia Noronha disse ser muito amiga do Promotor ficou de marcar um encontro entre todos, entretanto o declarante não participou do encontro que ocorreu na residência de Ivânia no dia em que se comemorava o feriado;*
- *Que o encontro ajustado foi no ano de 1997 feriado na cidade de Cedro de São João, onde lá encontrava trios elétricos e autoridades, achando estranho o motivo pelo qual Delfino estava em Aracaju;*

- *Que esse encontro surtiu efeito contrário pois ocorreu uma discussão entre Luiz Delfino e o Promotor Valdir;*

ARIOSVALDO ALVES MELO – fls.1691/1693

- Que a cidade toda comentava acerca de divergências entre o Dr. Valdir e o Sr. Delfino, por conta das investigações que estavam sendo investigadas pelo Promotor sobre os problemas da Prefeitura.

ROBERTO ROCHA – fls. 448/450 - 1694/1697

- *Que Luiz Delfino era quem cuidava de toda a parte administrativa da Prefeitura.*
- Declarou que a Prefeita não tinha nenhuma autoridade sobre o setor financeiro da Prefeitura;
- Que tanto Luiz Delfino quanto a Prefeita estavam preocupados com a investigação do Promotor;

EVILÁSIO ARAÚJO CORREIA FILHO – fls. 1613/1617

- Que Valdir ligou para o depoente em um sábado muito nervoso ao telefone, dizendo que tinha marcado um encontro com uma garota e quando chegou encontrou no local Luiz Delfino, disse ainda que isso era “sacanagem”. Nessa mesma oportunidade conversou com o Dr. Odil pelo telefone, tendo o mesmo relatado que Valdir estava muito nervoso por conta da chantagem que estava recebendo;
- Que entre dois a três mês antes da data do crime, em uma audiência, Dr. Kleber fez um alerta ao Dr. Valdir para que tivesse cuidado por conta das caminhadas que o mesmo fazia, pois ali era deserto.

ODIL SILVA OLIVEIRA – fls. 2366/2371

- Que Valdir lhe declarou que a relação com Luiz Delfino era atritosa pois Delfino queria representar a Prefeita e os

Secretários Municipais junto a Promotoria nas questões do seu interesse. Inclusive em determinada oportunidade Dr. Valdir lhe telefonou dizendo que se Luiz Delfino insistisse em ser recebido seria obrigado a expulsá-lo da sala da Promotoria;

- Que Dr. Valdir insistiu que o declarante viabiliza-se a compra de um revólver até o valor de R\$ 300,00;
- Que Dr. Valdir relatou para o depoente que em um determinado sábado foi até a casa de uma mulher que se chamava concubina, e que ao lá chegar encontrou o Sr. Luiz Delfino que tentou conversar com ele sobre os problemas de Cedro de São João. Em decorrência deste encontro houve uma discussão, com agressões verbais, no que resultou na saída do Dr.. Valdir de forma apressada chegando inclusive "queimar os pneus do carro". Que nesse dia esteve na casa de Dr. Valdir onde este lhe relatou o fato e inclusive ligou para o Dr. Evilásio;
- Que tomou conhecimento após a morte do Dr. Valdir que Luiz Delfino foi procurar um Deputado para ver se arrumava uma requisição para que a esposa de Dr. Valdir saísse do Banese e fosse para a Assembléia;
- Que o responsável pelos serviços contábeis de Cedro de São João tentou persuadir o Dr. Valdir a desistis das investigações que realizava junto a administração municipal de Cedro de São João;
- Que em uma determinada noite, quando respondia pela titularidade da Promotoria de Cedro de São João estava no gabinete da Dra. Iolanda (Juíza de Direito), quando recebeu uma ligação através do telefone da Juíza, tendo o interlocutor dito o seguinte: "Você esta na minha terra se fizer qualquer coisa contra min, eu lhe arrombo";
- Que Dr. Valdir relatou que houve um atrito com Luiz Delfino em uma audiência para apuração de ato de infracional praticado pelo seu filho, porque Luiz Delfino queria intervir na audiência sendo necessário a retirada deste da sala de audiência pelo advogado que atuava no processo, Dr. Kleber;
- Que determinada oportunidade estava no escritório de Dr. Saulo Eloy juntamente com o Dr. Valdir, tendo este reclamado que o filho do Procurador Geral, Dr. José Andrade queria advogar no processo em que o Promotor apurava as

irregularidades da Prefeitura de Cedro de São João, sendo que o Dr. Valdir não admitia esta interferência;

Como se não bastasse trago várias passagens dos depoimentos do Réu LUIZ DELFINO, de substancial relevância e inclusive listo algumas contradições.

LUIZ DELFINO DE SOUZA (RÉU)
NO INQUÉRITO – fls. 186/191

1. *Que conheceu Dr. Valdir como professor na UNIT, pois era aluno desta instituição;*
2. Que nunca teve qualquer tipo de problema com Dr. Valdir;
 - 1 - A testemunha Kleber Gonçalves em fls. 1316/1324, declarou que tomou conhecimento através de Ivânia Noronha que ocorreu uma desavença verbal entre Luiz Delfino e Dr. Valdir em decorrência de um encontro marcado na casa da mesma
 - 2 - A testemunha Ivânia Noronha em fls. 2507/2510, declarou que Delfino se sentiu contrariado ao ser rejeitado na Porta do Fórum pelo Promotor;
 - 3 - A mesma testemunha revelou que Luiz Delfino tinha *raiva* de Dr. Valdir, pois costumava ofender o mesmo em conversa reservada;
 - 4 - A testemunha Antônio Roberto Rocha em fls. 1703/1704 declarou que Luiz Delfino teria ficado *revoltado*, em virtude de não ter sido atendido pelo Promotor para explicar as irregularidades nos empenhos da Prefeitura;
 - 5 - A testemunha José Juarez dos Santos em fls. 1857/1858 declarou que passados alguns minutos da cena em que Dr. Valdir saiu queimando pneu do seu veículo em virtude de ter encontrado Luiz Delfino na residência de Ivânia Noronha, em um sábado pela manhã. Que Luiz Delfino iniciou um diálogo com o declarante. Chegando inclusive a declarar “TUDO TEM SEU DIA”;
 - 6 - A testemunha Hebert Maia em fls. 384/387 disse que o encontro ajustado na casa de Ivânia Noronha, num sábado pela manhã, surtiu efeito comentário, pois ocorreu uma discussão entre Delfino e Valdir;

- 7 - A testemunha Ariosvaldo Alves Melo em fls. 1691/1693, testemunha arrolada pela defesa e amigo pessoal do Réu Luiz Delfino declarou que toda a Cidade de Cedro de São João comentava sobre as divergência entre o Valdir e o Luiz Delfino, motivadas pelas investigações que o Promotor estava realizando;
- 8 - A testemunha Roberto Rocha, Secretário Municipal, declarou que tanto Luiz Delfino quanto a Prefeita estavam preocupados com a investigação do Promotor;
- 9 - A testemunha Evilásio Araújo Correia Filho, Juiz de Direito da Comarca de Cedro de São João em fls. 1613/1617, disse que em determinada oportunidade o Dr. Valdir esteve em seu Gabinete dizendo que Delfino queria ser atendido para tratar sobre os assuntos ligados as investigações que estavam fazendo junto a Prefeitura, todavia, o Promotor Disse-lhe que não atenderia Luiz Delfino, mas tão somente a Prefeita;
- 10 - A testemunha Odil Silva Oliveira, em fls. 2366/2371, disse que a relação entre Dr. Valdir e Luiz Delfino era atritosa, pois Delfino queria representar a Prefeita e os Secretários Municipais nas questões de interesse do Município, sendo que Valdir lhe declarou que seria obrigado a expulsar Delfino se o mesmo insistisse em ser recebido;
- 11 - A mesma testemunha declarou que Dr. Valdir revelou-lhe que ocorreu um atrito com Luiz Delfino em uma audiência para apuração de ato infracional praticado pelo seu filho, porque Delfino queria intervir na audiência;
3. Que quanto a matéria publicada no jornal Cinform não se incomodou, e em momento algum teceu criticas ao Ministério Público e ao Promotor;
Réu Kleber Gonçalves de Melo declarou em fls. 1316/1324, que Luiz Delfino ao ler a reportagem do Jornal Cinform, sobre as irregularidades na Prefeitura Municipal de Cedro de São João, ficou revoltado com o Promotor, chegando inclusive a empurrar a mesa da Prefeitura, dizendo o seguinte: "É PODER DEMAIS QUE TEM ESSE MINISTÉRIO PÚBLICO, ESTA PORRA DESTE MINISTÉRIO PÚBLICO TEM MUITO PODER, TENDO DITO AINDA ESTE PORRA AINDA ME PAGA;

4. Que não compareceu no local onde foi encontrado o corpo;
5. Que nunca procurou Ivânia Noronha como forma de aproximá-lo do Promotor vítima (fato confirmado pela sua própria esposa e por Ivânia);
- 1 - Este fato foi confirmado por Ivânia Noronha, Odil Silva, Gilvaneide Ferreira, José Juarez, Evilásio Araújo;
- 2 - ATÉ A TESTEMUNHA ANGELA MARIA FRAGA SOUZA, ESPOSA DO RÉU LUIZ DELFINO, EM FLS. 160 A 162, DECLAROU QUE TRÊS MESES ANTES DA DATA DO FATO, FOI LEVADO POR SEU ESPOSO LUIZ DELFINO ATÉ A CASA DE IVÂNIA, COM DUAS FINALIDADES, A PRIMEIRA PARA CONSEGUIR UM EMPREGO PARA SUA FILHA E A SEGUNDA PARA QUE IVÂNIA INTERMEDIASSE UMA APROXIMAÇÃO ENTE LUIZ DELFINO E O PROMOTOR;
6. Que também nunca solicitou a interferência de Ivânia junto ao Promotor para resolver questões de forma pessoal ou administrativa;
Vide informação anterior;
7. Que nunca ocorreu nenhum encontro entre o declarante e o Promotor na casa de Ivânia;
Vide informação n.º 9;
8. Que comentou com Ivânia que sempre via o Promotor fazendo sua física, ou seja um cooper no trevo que dá acesso a cidade de Cedro de São João;
9. Que nunca ofereceu emprego a esposa de Dr. Valdir;
A testemunha Odil Silva declarou que tomou conhecimento após a morte do Promotor que Luiz Delfino procurou um Deputado para ver se arranjava uma requisição para que a esposa de Dr. Valdir saísse do Banese e fosse para a Assembléia;

EM JUÍZO – fls.1310/1315

1. Que um dia procurou Dr. Valdir para falar sobre assunto da Prefeitura, tendo o Promotor dito que só atendia para falar de assunto particular, nunca assunto da Administração;

2. Que diante desta recusa mandou o seu assessor jurídico, Dr. Kleber conversar com o Promotor;
3. Que José Gomes de Andrade Júnior, também conhecido por Batatinha, foi nomeado procurador municipal nomeado por sua esposa. Que contratou seu amigo Batatinha em virtude da amizade e porque o declarante trabalhou para a campanha de seu tio Ulisses Andrade;
4. Que Batatinha alegou que era muito amigo do Juiz e do Promotor da Comarca respectivamente Dr. Evilásio e Dr. Valdir;
5. Que de forma contraditória alegou que quando encontrou Dr. Valdir num sábado pela manhã não houve discussão;

Como vimos vários elementos de prova foram trazidos aos autos de forma a embasar a decisão do Conselho de Sentença.

Mais uma vez de forma tendenciosa, após o julgamento, a Defesa, ao ver confirmada a derrocada dos seus argumentos, tenta encontrar nulidade onde não há, inclusive alegou que a Presidenta da sessão emocionou-se ao ler o veredito final, por isso não a poupou, lançou fartas contra a sua integridade, inclusive chamando a Magistrada de debochada.

Tenho que a MM Juíza Presidente da sessão conduziu de forma ímpar tão difícil julgamento, onde o que fora visto por todos àqueles que ali estiveram presentes foi um lançar de infâmias, por parte da defesa, em relação a Promotores, Juizes e Testemunhas. Talvez as lágrimas da Magistradas sejam justificadas pela emoção em ler uma sentença justa do ponto de vista técnico e justa do ponto de vista moral. A sociedade decidiu de forma coerente e sábia. Não podemos comparar a sensibilidade da Magistrada a insensibilidade dos Réus que de forma fria ouviram a justa sentença condenatória.

Teve fôlego ainda a defesa para alegar que o Ministério Público deixou de aprofundar a prova em relação a vários suspeitos, adredemente “plantados” pela defesa, nisso realmente ela é boa, em plantar provas, e assim não quis descobrir a verdade dos fatos.

Interessante é que enquanto o Ministério Público arrolou a testemunha Hermânio Lima para ir ao plenário do júri, e testemunhar na

frente do Conselho de Sentença a sua verdade, a defesa desistiu da testemunha William Sérgio Santos, que segundo ela tinha a chave para o descortino da verdade do crime.

Seria essa testemunha que sabia a autoria do crime? Por que a defesa desistiu na última hora dessa testemunha? Medo? Incerteza? Dúvida? Vergonha? Quem sabe não foram todas juntas. Uma testemunha dessas jamais poderia ter deixado de ser ouvida no plenário do júri, pois ela traria a verdade que o Ministério Público insistia em não ver. Que falácia, como o tudo mais dito. Se desistiu do seu depoimento é porquê não precisava do mesmo, bastando o que já estava nos autos.

Diz o CPP:

Art. 404 - As partes poderão desistir do depoimento de qualquer das testemunhas arroladas, ou deixar de arrolá-las, se considerarem suficientes as provas que possam ser ou tenham sido produzidas, ressalvado o disposto no **art. 209**.

Quanto a pena aplicada ao Réu, tenha que de forma desesperada a defesa pede o aumento da pena, como se fosse um direito do Réu. A dosimetria da pena é atribuição exclusiva do Juiz, não cabendo a defesa pleitear pena maior para ter direito ao protesto por novo júri.

Portanto, em face ao exposto, e pela clareza das declarações colhidas em juízo e no Plenário do Júri, acerca da conduta dos condenados, já que está provada a materialidade do crime e a sua autoria, da forma como está descrito na exordial e nas alegações finais do Ministério Público assim sendo, e por ter reconhecido o conselho de Sentença a culpabilidade dos Réus, onde após a decisão Conselho de Sentença de fls. 3.570/3.572, que resolveu decidir pela condenação dos Réus, mantendo a sentença **CONDENATÓRIA** que imputou ao Réu LUIZ DELFINO DE SOUZA uma pena de 19 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão a ser cumprida integralmente em regime fechado, como incurso nas iras do art. 121, § 2º, I, IV e V do Código Penal Pátrio e ao Réu NILTON FÉLIX uma pena de 19 anos e 11 meses de reclusão, como incurso nas iras do art. 121, § 2º, I e IV e 03 anos de reclusão pela prática do delito previsto no art. 211,

todos do Código Penal Pátrio, a serem cumpridas integralmente em regime fechado, tudo em conformidade com a decisão do Conselho de Sentença, que é soberano, para manter a decisão POPULAR.

São as nossas razões.

Aracaju/SE, 21 de maio de 2001

JOSÉ ELIAS PINHO DE OLIVEIRA
Promotor de Justiça

EDUARDO BARRETO D'ÁVILA FONTES
Promotor de Justiça

ROGÉRIO FERREIRA DA SILVA
Promotor de Justiça

AUGUSTO CÉSAR LOBÃO MOREIRA
Promotor de Justiça

AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

Aumento da Tarifa de Transporte Hidroviário

Pedro Iroito Dórea Leó

Procurador de Justiça

Maria LÍlian Mendes Carvalho

Promotora de Justiça

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR
JUIZ DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA
DE ARACAJU – ESTADO DE SERGIPE**

“Ao juiz não é mais dado o direito de simplesmente analisar os fatos apresentados na petição inicial e controvertidos na contestação, sem antes procurar estabelecer como seu objetivo fundamental, ao entregar a jurisdição aos destinatários das normas constitucionais, na qualidade de Estado interventor, a busca de uma sociedade livre, justa e solidária.”

O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, através dos seus Representantes subfirmados, com endereço para intimações na Praça Fausto Cardoso, s/n, Ed. Walter Franco, 4 ° andar, Centro, nesta Capital, no exercício de suas atribuições funcionais, com fundamento nos arts. 127 e 129,III da Constituição Federal, na Lei n.º 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, e na Lei n.º 8.078/90, que estabeleceu o Código de Defesa do Consumidor, vem perante Vossa Excelência propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA c/ PEDIDO LIMINAR**, contra o **ESTADO DE SERGIPE**, pessoa jurídica de direito público interno, CGC/MF n.º 13.128.798/0001-01, representado juridicamente nos termos do art. 12, I do CPC, e do art. 120 caput da Constituição Estadual, pelo Procurador-Geral do Estado, a **SERGIPORTOS-Empresa Administradora de Portos de Sergipe**, constituída sob a forma de empresa pública estadual, CGC/MF n.º 13.370.234/0001-01, com sede na Travessa Baltazar Góes, n.º 86, 8º e 9º andares, Centro, nesta Capital, e a empresa **H. DANTAS, – Comércio, Navegação e Industrias LTDA**, CGC/MF n.º 13.007.158/0012-98, Ins. Estadual n.º 27.068.810-5, com sede na Av. Rio Branco, 186 sala 807, nesta Capital, pelas razões de fato e de direito abaixo elencadas, dizendo de início para no final requerer o seguinte:

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ADMISSIBILIDADE EVIDENTE

Primeiramente, antes de adentrarmos no mérito da demanda, vale ressaltar, a título preventivo, a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da presente ação, que objetiva tutelar os interesses dos usuários do transporte hidroviário de passageiros e veículos, nas linhas Aracaju/Barra dos Coqueiros/Aracaju e Aracaju/Atalaia Nova/Aracaju.

A Carta Constitucional vigente no artigo 129, III, estabeleceu como uma das funções institucionais do Ministério Público o ajuizamento de Ação Civil Pública, visando proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos, atribuindo ao “Parquet”, com base em seu novo perfil institucional, a proteção de interesses públicos com reflexo social, tido como coletivos, sejam difusos, coletivos **stricto sensu**, ou individual homogêneo, ademais quando tais mandamentos são de ordem pública e interesse social, conforme estabelecido no art. 1º do Código Guardião do Consumidor.

Assim, com base no artigo 129, III da Carta Magna corroborado pelo artigo 1º da Lei n.º 7.347/85 e na Lei n.º 8.625/93 que dispõe sobre normas gerais, norteadoras da organização do Ministério Público por todos os Estados Brasileiros, além do disposto no art. 82, I, do C.D.C., não podemos duvidar que compete ao Ministério Público proteger interesses públicos e sociais, sendo a Instituição, por disposições legais, elevada à condição de guardião da coisa pública e da sociedade.

Nesse liame, vale transcrever o art. 25 da Lei nº 8.625/92, já mencionada, que amplia a legitimidade **ad causam** do Ministério Público, senão vejamos:

“Art. 25. Além das funções previstas nas Constituição Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

...

IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, e outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

....

Desse modo é dever institucional do Ministério Público, obrigado em razão de ofício, acionar os instrumentos jurídicos disponíveis por lei em defesa do interesse público, como no presente caso onde por deliberação do Conselho Estadual de Transporte, motivado em estudos e justificativas elaborados pela SERGIPTOS, com base em planilhas apresentadas pela H. DANTAS, empresa concessionária, as tarifas do serviço de transporte hidroviário, entre os Municípios de Aracaju e Barra dos Coqueiros, foram reajustadas em percentuais superiores aqueles que refletem os custos que compõem a prestação dos serviços, prejudicando os consumidores-usuários, pelo que se impõe a presente ação, estando evidente a legitimidade do Ministério Público, primitivamente destacada no intuito de evitar procrastinação na defesa dos direitos violados, de interesse público e social.

DOS FATOS

A Promotoria de Defesa do Consumidor e Serviços de Relevância Pública, recebeu a representação de fls. 03, do Procedimento Administrativo em anexo, questionando a Resolução n.º 02 de 09 de janeiro de 2001, do Conselho Estadual de Transportes, com vigência a partir de 22.01.01, que majorou os valores das tarifas do transporte hidroviário de passageiros e veículos, nas linhas Aracaju/Barra dos Coqueiros/Aracaju e Aracaju/Atalaia Nova/Aracaju, no que pertine a abusividade do aumento praticado, tendo recebido ainda o abaixo-assinado de fls. 05 a 17, e o expediente da OAB/SE, de fls. 28, os quais registraram o mesmo teor de irrisignação, solicitando providências da Promotoria predita, diante do percentual de aumento aplicado, registrando os interessados a abusividade do mesmo.

Em seguida, objetivando obter esclarecimento dos fatos e motivos que autorizaram o aumento das tarifas de transporte entre os Municípios nominados, através do Rio Sergipe, cujos serviços são prestados pela empresa H. DANTAS, na qualidade de concessionária, ora demandada, após registro dos expediente recebidos, conforme descrito anteriormente, foi designa audiência pública, com a notificação do Conselho Estadual de Transporte, da Sergiportos e H. Dantas, a fim de serem oitivados, e apresentassem as planilhas que serviram de base para a autorização do último aumento praticado, tudo conforme inserto no Procedimento Administrativo anexo.

Assim, após várias audiências, onde os demandados tiveram a oportunidade de efetivar os esclarecimentos que entenderam necessários, e análise técnica dos documentos apresentados, o Ministério Público verificou que o valor do percentual do reajuste aplicado estava superior em relação ao valor dos custos que compõem a prestação dos serviços ofertados aos consumidores-usuários, com base nos dados e documentos apresentados pela SERGIPORTOS e H. DANTAS, o que ensejou na formulação de proposta pela Promotoria de Defesa do Consumidor e Serviços de Relevância Pública, no sentido da redução dos preços atualmente praticados, a qual não obteve qualquer resposta plausível, no prazo estabelecido, pelo que se impõe a presente ação.

DOS VALORES DAS TARIFAS PRATICADAS INCOMPATIBILIDADE COM OS CUSTOS APRESENTADOS

Pretende a presente ação reduzir os valores das tarifas praticadas pela Empresa H. Dantas, junto ao consumidor final, pelos serviços ofertados na travessia de pessoas e veículos, através do Rio Sergipe, entre os Municípios de Aracaju e Barra dos Coqueiros, cujos valores foram majorados pela Resolução n.º 02 de 09 de janeiro de 2001, do Conselho Estadual de Transporte, atendendo solicitação da H. Dantas, empresa concessionária de transporte hidroviário, na forma do Contrato n.º 02/96, nas linhas já citadas, cuja deliberação do Conselho mencionado, foi baseada em análise e apreciação das planilhas de custos e tarifas efetivada pela SERGIPORTOS, conforme registrado na referida Resolução, e exposição de motivos elaborada também pela mesma empresa.

O cerne da presente demanda consiste no fato de que, após análise das planilhas de custos, que serviram de base para o cálculo do reajuste de preços repassados para o transporte fluvial de pessoas e veículos, através do Rio Sergipe, entre os Municípios supramencionados, incluída a localidade conhecida por Atalaia Nova, foi verificado que a diferença dos custos entre agosto/99, mês do penúltimo reajuste, e janeiro/2001, mês do último reajuste, variou na base de 11,2%, conforme planilha comparativa elaborada, às fls. 94, na avaliação técnica realizada, de fls. 92 a 95, onde dos itens que compõem os custos, apenas o quarto e o oitavo tiveram variação acima de 30%, percentual médio repassado ao consumidor-usuário, a partir de 22.01.01, sendo que vários itens não sofreram qualquer variação.

Vale ressaltar, que a primeira análise efetivada, através da Informação Técnica de fls. 92 a 95, foi realizada com base nos dados apresentados pela H. DANTAS e SERGIPORTOS, sem qualquer questionamento quanto a veracidade dos dados apresentados pelas próprias empresas mencionadas, a primeira interessada no aumento na qualidade de concessionária de serviço público de transporte hidroviário, e a segunda responsável pelo gerenciamento e fiscalização do serviço concedido.

Assim, como Vossa Excelência pode observar, sem que tivesse sido feita qualquer auditoria quanto aos dados e números apresentados, numa simples análise numérica, com aplicação de cálculos matemáticos, foi verificado uma diferença a mais, repassada para os custos, o que onerou o consumidor final, em percentual em torno de 20%.

Diante da evidente diferença entre o percentual de reajuste praticado, e o valor dos custos que compõem a prestação do serviço, verificados na análise técnica realizada, com base nos dados apresentados pela Empresa Concessionária e pela Empresa Pública responsável pelo gerenciamento da concessão, ora demandas, sem qualquer apuração quanto a realidade dos valores apresentados, o Ministério Público, através da Promotoria de Defesa do Consumidor, designou nova audiência com as partes envolvidas, ocorrida em 15.03.01, registrando a diferença encontrada, quando a SERGIPORTOS, face o questionamento, solicitou prazo para apresentação de explicações pelo responsável pela avaliação da planilha de custos apresentada pela H. Dantas, que resultou na

exposição de motivos encaminhada ao Conselho Estadual de Transportes, que serviu de base para a deliberação do reajuste, cujo prazo requerido foi concedido pela Representante do Ministério Público para a apresentação de explicações técnicas pela SERGIPORTOS, e juntada de documentos pela H. DANTAS, especificamente folhas de pagamento, guias de recolhimento de encargos sociais e comprovantes de aquisição de combustíveis, objetivando comprovar pelo menos alguns itens da planilha de custos, elaborada para composição do preço final dos serviços.

Ocorre que, nas explicações apresentadas pela SERGIPORTOS, que em nada alteraram as diferenças anteriormente encontrada na planilha de custos, pela análise técnica realizada, foi indigitado que os últimos reajustes ocorridos, em agosto/99 e janeiro/01, foram a quem dos valores solicitados pela H. Dantas, quando o Conselho Estadual de Transporte, no penúltimo reajuste reduziu em média 35,64% entre o solicitado e o atendido, fato também ocorrido no último reajuste, em janeiro do corrente ano, onde houve uma redução média de 26,92% entre o solicitado e o atendido, como se tal argumento justificasse o reajuste aprovado, quando se sabe que o custo de um serviço é composto pelos encargos e insumos necessários para a prestação daquele serviço.

Portanto, não existe nenhuma vantagem para o consumidor-usuário se ocorreu redução entre o percentual pretendido pela Empresa Concessionária, e o efetivamente autorizado pelo Conselho Estadual de Transportes, quando o reajuste não refletir a realidade dos custos do serviço. Assim, preço abusivo é todo aquele que é praticado acima do valor de tais custos, e preço aceitável é aquele calculado sob os custos reais, com o repasse das variações ocorridas nos itens que compõem a planilha do serviço majorado, apesar do não acompanhamento do poder aquisitivo da população em nenhuma das duas situações, seja o preço abusivo ou aceitável, quando a grande maioria não recebeu qualquer percentual de reajuste salarial.

Outrossim, os documentos apresentados pela H.DANTAS, a título de justificativa da diferença encontrada entre a planilha que autorizou o aumento e aquela elaborada pela análise técnica, implica num aumento desta diferença, uma vez que o número de funcionários registrado na planilha da H. DANTAS é de 131, naquela elaborada pela SERGIPORTOS é de 129, quando a folha de pagamento do mês de dezembro/00, mês

que antecedeu o último reajuste é de apenas 99 funcionários, o que implica em uma redução dos custos da empresa no item MÃO DE OBRA, no valor de R\$ 9.054,88, ver demonstrativo de pessoal na Informação Técnica Complementar, fls. 1050 a 1052, o que, conseqüentemente, reflete numa redução dos custos dos ENCARGOS SOCIAIS, no valor de R\$ 9.145,42, perfazendo um total de R\$ 18.200,30, sendo aquele e este item são os de maior impacto nos custos, o que repercutirá na redução dos mesmos, e no preço final da tarifa, sem esquecer a divergências de alguns cargos encontrados entre a memória de cálculo e a folha de pagamento, conforme explicitado na análise técnica referida, que resulta numa diferença a maior na planilha de custos na ordem de R\$ 20.465,02, em apenas três itens verificados, MÃO DE OBRA, ENCARGOS SOCIAIS e OUTROS CUSTOS ADMINISTRATIVOS com base nos documentos apresentados pela própria empresa concessionária, com a redução dos custos em apenas dois itens analisados, e majoração no último mencionado, como já dito, o que implicará na redução final da tarifa majorada.

Atrelado aos argumentos já efetivados, existe ainda a alegação realizada por integrante do DIEESE, conforme consta do termo da última audiência realizada, de que os encargos sociais, na ordem de 101%, registrado na planilha de custos, que serviu de base para a majoração das tarifas, são incompatíveis com os encargos de transporte público, quando o valor aceitável, dos encargos sociais, seria o percentual de 62,87%, ver demonstrativo adunado.

Ademais, outro questionamento a ser efetivado, consiste na aplicação de tarifa “especial” nos finais de semana e feriados, na linha Aracaju/Atalaia Nova/Aracaju, sem nenhuma razão jurídica ou fática plausível, apenas sob a alegação de que durante a semana os usuários estariam se deslocando por motivo de trabalho, e nos finais de semana para lazer, o que “justificaria” a cobrança de tarifa diferenciada, quando o lazer é um direito garantido na Constituição Federal, na forma do disposto nos arts. 6º e 7º, IV da Lei Maior, não podendo portanto ser restringido.

Assim, aos sábados, domingos e feriados, a tarifa na linha supramencionada, é elevada de R\$ 0,90 para R\$ 1,30, quando, na verdade, não existe qualquer motivação que justifique tal majoração, que penaliza o usuário com um aumento na ordem de 45%, violando frontalmente o disposto no art. 51, IV, que considerar abusiva a cláusula contratual que

“estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”, estando claro, no presente caso, o desequilíbrio contratual entre as partes.

DOS PEDIDOS LIMINARES

Estando evidente que as tarifas foram majoradas em valores superiores aos custos registrados na planilha elaborada pelos próprios demandados, com base nos dados por eles fornecidos, cujo cálculo, sem qualquer questionamento da realidade dos dados, já demonstram uma diferença aplicada a mais sobre as tarifas, na ordem de 20%, sem esquecer que os custos com mão de obra foram calculados para um universo de 130 funcionários, quando através da folha de pagamento adunada, ficou demonstrado que a empresa possui apenas 99 funcionários, o que implicará numa redução considerável dos custos de pessoal, e, consequentemente, dos encargos sociais, o que vem onerando os consumidores-usuários, pelo que é imperiosa a adoção de medidas urgentes.

Assim, ante o exposto, e com base na lei, na doutrina e no direito, estando presentes os pressupostos necessários: **“FUMUS BONI JURIS”** e **“PERICULUM IN MORA”**, vem o Ministério Público requerer liminarmente:

a) Com base no art. 12 da Lei n.º 7.347, a concessão de MEDIDA LIMINAR, atendendo o disposto na legislação vigente, determinando a redução das tarifas cobradas, no transporte de pessoas e veículos entre os Municípios de Aracaju e Barra dos Coqueiros, no percentual de 20% referente a diferença a maior aplicada no último reajuste, conforme evidenciado nos argumentos e documentos apresentados, nos dois itens analisados, sob os serviços de transporte público hidroviário, prestados pela empresa concessionária H. DANTAS, cuja concessão é gerenciada pela SERGIPORTOS;

b) Que seja determinado a suspensão da cobrança de tarifa “especial”, com valores diferenciados, na linha Aracaju/Atalaia Nova/Aracaju, aos sábados, domingos e feriados, para que seja cobrado o

mesmo valor praticado de segunda a sexta-feira, sem qualquer acréscimo, e que seja incidido ainda a redução requerida acima;

c) Requer ainda que seja amplamente divulgada a Medida Liminar nos termos em que for deferida, para que surta os efeitos necessários, principalmente para conhecimento dos consumidores-usuários do transporte em tela, determinado que seja a mesma afixada nos terminais de embarque e desembarque de passageiros;

d) Requer mais que seja cumprido o disposto no art. 94 da Lei n.º 8.078/90, com a publicação de EDITAL no Órgão Oficial do Estado, comunicando acerca da propositura da presente Ação Civil Pública, para que possam os interessados, querendo intervir no processo, sem prejuízo da completa divulgação pelos meios de comunicação social, por parte dos órgãos alternativos de defesa do consumidor e Ministério Público;

e) Requer por derradeiro que seja fixada multa em caso de descumprimento da Ordem Liminar a ser determinada por Vossa Excelência.

DOS PEDIDOS FINAIS

Diante das razões expositadas, requer o Ministério Público:

1) Citação das demandadas, através de seus representantes legais, para, querendo, responderem a todos os termos da presente ação, sob pena de revelia e confissão;

2) Que seja julgada procedente a presente ação, em todos os seus termos, declarando judicialmente a abusividade do último reajuste aplicado sob o transporte hidroviário, através do Rio Sergipe, de pessoas e veículos, entre os Municípios de Aracaju e Barra dos Coqueiros, nas linhas Aracaju/Barra dos Coqueiros/Aracaju e Aracaju/Atalaia Nova/Aracaju, com a redução das tarifas para percentuais compatíveis com os custos da execução dos serviços ofertados aos consumidores-usuários;

3) Requer mais que seja coibida a cobrança de tarifa diferenciada aos sábados, domingos e feriados, com preço superior aqueles praticados

de segunda a sexta-feira, na linha Aracaju/Atalaia Nova/Aracaju, ou em qualquer outra, uma vez que os serviços prestados são os mesmos, sem qualquer diferencial que justifique a majoração de preço, conforme já explicitado;

4) Requer ainda a intimação pessoal do Representante do Ministério Público, no endereço indigitado na presente peça, de todos os atos processuais, nos termos do art. 236, § 2º do Caderno Processual Civil;

5) Requer mais a condenação dos demandados no pagamento das custas e despesas processuais, relativas a presente ação, dispensando o Ministério Público do pagamento das custas, emolumentos e outros encargos decorrentes do processamento do feito, com base na legislação vigente.

Protesta por todos os meios de provas em direito admitidos, desde já requeridos, especialmente pelo depoimento pessoal dos representantes legais dos demandados, responsáveis pelos cálculos e deliberação que autorizaram o último aumento ocorrido nas tarifas do transporte hidroviário entre os Municípios mencionados, sob pena de confissão, perícia, oitiva de testemunhas, a serem oportunamente arroladas, dentre outras provas, tudo na forma da lei.

Dá-se a causa o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com base na legislação processual civil.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Aracaju, 14 de maio de 2001.

PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ
Coordenador-Geral do Ministério Público Estadual

MARIA LILIAN MENDES CARVALHO
Promotora de Justiça

Improbidade Administrativa
Promotora de Justiça Verônica de Oliveira

ESTADO DE SERGIPE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUIZA DE DIREITO DA
COMARCA DE LARANJEIRAS - SE.**

O MINISTÉRIO PÚBLICO, (1) (2) no uso de suas atribuições legais, como Curadora do Patrimônio Público da Comarca de Laranjeiras, por esta Promotora de Justiça que no final subscreve, vem a presença de Vossa Excelência, com supedâneo no art. 129, III, da CF, no art. 17, da Lei Federal nº 8.429/92, no art. 50, da Lei nº 7.347/83, e art. 44, IV da Lei Complementar nº 02/90, propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA** contra **CLODOALDO ANDRADE JUNIOR**, Ex-Prefeito do Município de Areia Branca-Se, brasileiro, solteiro, advogado, domiciliado à Rua Alagoas Loteamento do Sr. Olímpio, Município de Areia Branca, pelas razões fáticas e jurídicas a seguir aduzidas:

1- DOS FATOS

A Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Sergipe encaminhou a esta Promotoria de Justiça várias peças de informação, nas quais constavam contratações ilegais de servidores públicos concretizadas pelo Município de Areia Branca-Se, representado pelo Prefeito da época, no caso, o réu.

Recebidas essas informações, a Curadoria do Patrimônio Público requisitou cópias dos contratos efetivados entre o Município de Areia Branca e ex-servidores públicos, além de outros documentos e informações, no sentido de melhor analisar as supostas irregularidades.

Verificou-se, de logo, que nos anos de 1993 a 1996 o então Prefeito, Clodoaldo Andrade Junior, realizou inúmeras contratações ilegais como aconteceu nos casos dos servidores **José Oliveira**, **Alizete dos Santos**, **José Luiz Santos da Mota**, **Erasmão Carlos Oliveira**, **Valdice Cardoso de Santana**, **José Cabral do Nascimento** e **José das Neves Santos**, os

quais foram admitidos sem concurso público, durante o mandato do requerido, conforme atestam as folhas de pagamento anexas.

Após serem demitidos, já na gestão do atual Prefeito, os aludidos servidores ingressaram com uma Reclamação Trabalhista na 1ª Vara do Trabalho de Itabaiana contra o Município de Areia Branca, de cujas sentenças constam a seguinte fundamentação:

“CONCURSO PÚBLICO- Sustenta o reclamado, na defesa, que o reclamante ingressou no Serviço público após a Constituição vigente, sem prestar concurso público. Com efeito, de acordo com a Nova Constituição no seu art. 37, II, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Logo, qualquer assunção em cargo ou emprego público, de natureza efetiva ou permanente, precisa ser precedida por concurso público. Escapam da exigência constitucional os cargos ou empregos para postos de confiança. Conclui-se, por conseguinte, que a Constituição de 1988 não há que se falar em contrato de trabalho com qualquer Município se não forem observados os pressupostos do art. 37, inciso II. E, a consequência em caso de inobservância do disposto no referido inciso é a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei (art. 37, § 20 da Constituição Federal). *“A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público encontra óbice no art.37,II, da Constituição Federal de 1988, sendo nula de pleno direito, não gerando nenhum efeito trabalhista, salvo quanto ao pagamento equivalente aos salários dos dias efetivamente trabalhando. Recurso conhecido e provido. Determina a remessa de cópias ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas Estadual”*. TST RR 225.781/95.4 (Ac. 5ª T 2775/97) 20 Região - Rei. Mm. Armando de Brito, publicado no DJU nº 111 de 13/06/97, pág. 27206. (3)

Concluiu o decisório que os reclamantes, efetivamente, iniciaram prestação de serviço para o Município de Areia Branca no ano de 1993, em flagrante inobservância à Lei Maior, uma vez que não foram submetidos a qualquer, concurso público.

Á propósito trazemos à colação os seguintes arestos:

“São considerados nulos de pleno direito, ensejando apenas o deferimento dos salários retidos no valor pactuado, os contratos de trabalho de servidores públicos celetistas posteriores a 05.10.88, sem a prévia aprovação em certame seletivo, nos moldes do artigo 37, II, da Carta Magna. Entretanto, como na nulidade não se pode restituir a força de trabalho despendida pelo autor, deve ser deferido ao mesmo os salários correspondentes aos dias trabalhados e não pagos. Remessa Necessária e Recurso Voluntário parcialmente providos para restringir a condenação aos salários retidos, na forma pactuada”. (Tribunal Regional do Trabalho – 13ª Região, Acórdão nº 48932, Recurso Ordinário nº 4127/98).

ADMISSAO APÓS 05.10.88 SEM O REQUISITO DO ART. 37, INC. II, DA CF/88. NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO EFEITOS.

A partir de 05./10/88, a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público, nos termos do art. 37, II, da CF/88. A não observância de tal exigência implica na nulidade do contrato de trabalho, sendo devidos apenas os salários retidos, no valor pactuado. Recurso Ordinário a que se dá parcial provimento para restringir a condenação aos salários atrasados.” (Tribunal Regional do Trabalho – 13ª Região, Acórdão nº 48943, Recurso Ordinário nº 4323/98).

O juiz do trabalho, como não poderia deixar de ser, observando que havia flagrante descumprimento a mandamentos constitucionais, resolveu remeter cópias desses processos ao Procurador-Geral de Justiça para apuração da responsabilidade e **punição da autoridade que praticou o ato inquinado como ilegal.**

Cópias das reclamações trabalhistas e sentenças respectivas foram encaminhadas a Promotoria de Justiça de Laranjeiras para a adoção das providências cabíveis.

II- DO DIREITO

As ações do ex- Prefeito Clodoaldo Andrade Junior afrontaram a **Constituição Federal**, no tocante à investidura em cargo ou emprego

público, frustrando a licitude de concurso público de provas ou de provas e títulos.

A Carta Constitucional de 1988 traz a seguinte redação:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

1 -

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Como se vê das peças de informação anexas, as contratações dos servidores pelo então Prefeito não se enquadravam nas hipóteses legais. (4)

O ex-Prefeito admitia qualquer servidor sem processo seletivo, inclusive sem assinar as respectivas cadeiras de trabalho, tudo isso para frustrar a realização de concurso público violando, flagrantemente os princípios da *isonomia* e da *impessoalidade*.

Houve, indubitavelmente, *promoção pessoal* do Prefeito, *desvio de finalidade* e *frustração de concurso público*, que caracterizam improbidade administrativa.

Diz o art. 11 da Lei nº 8.429/92, "*in verbis*":

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:

1 — praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra da competência. (5)

.....

V — frustrar a licitude de concurso público;

Essas ilegalidades recebem o nome de “corrupção” no serviço público lamentavelmente praticadas por diversas autoridades brasileiras, em toda esfera de poder.

Nesse sentido, assim se manifestou um membro do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte:

“Num primeiro momento, seria oportuno destacar que improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo “tráfico de influência” nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos”. **(Paulo Roberto de Souza Leão, Procurador de Justiça, na ação que moveu, quando Promotor de Justiça, contra Baobá Distribuições, Empreendimentos e Participações Ltda., na Capital do Estado do Rio Grande do Norte)**

Marino Pazzaglini Filho e outros *in* Improbidade Administrativa (1997: 120), comentando a matéria, diz “que o arraigado mau hábito administrativo de trazer para os cargos e empregos públicos amigos, parentes e colaboradores, sob os mais diversos pretextos, faz do concurso público um mero ornamento legislativo”.

Para os referidos autores, “uma das formas mais usuais de se lesionar o patrimônio público é a contratação de agentes públicos para atender a finalidades menores, sem a realização de concurso público, pagando-os para que nada mais façam senão “política”, isto é quando não se caracterizam como autênticos “fantasmas” só materializados nos holerites mensais.

Na conjuntura atual, em que todos os administradores lamentam a escassez de recursos desembolsados para o custeio de pessoal, cresce em importância o combate aos eventuais “cabides de emprego”, posto onerarem indevidamente o tesouro, além de inobservarem os princípios antes aludidos.

A Lei 8.429/92 tem por escopo proteger a administração pública em seu sentido mais amplo possível; é ela, quase sempre o alvo de “corrupção”, de favoritismos, de má gestão enfim, de toda sorte de malversações e ilícitos. Remarque-se, novamente, a abrangência do que se entende por “administração”. Nota-se claramente que a “*ratio legis*” volta-se para o controle dos “dinheiros públicos” (bens, direitos, recursos, com ou sem valor econômico) *em* todo espectro da Federação Brasileira e em toda e qualquer categoria de empresas e órgãos públicos, entidades ou empresas particulares relacionadas na lei (v. arts. 1º, parágrafo único e 3º). (*Improbidade Administrativa, de Marcelo Figueiredo, Malheiros Editores, 1997, pág. 25*)

O art. 4º da Lei em comento, determina aos agentes públicos velarem pela observância dos princípios consagrados na Magna Carta:

Art. 4. Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

O réu, pelo que fez ilicitamente contra o patrimônio público, está passível, no que couber, às punições do art. 12, 111, da Lei de Improbidade Administrativa, *in verbis*:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I

II

III - na hipótese do art.11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos.

As sanções da Lei 8.429/92, segundo o *STJ*, são independentemente de outras medidas:

“Os atos de improbidade administrativa definidas nos arts. 9, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92, acarretam a imposição de sanções previstas no art. 12, do mesmo diploma legal, às quais são aplicadas independentemente das sanções penais, civis e administrativas.

Tais sanções, embora não tenham natureza penal, revelam-se de suma gravidade, pois importam em perda de bens e de função pública, ou em pagamento de multa e suspensão de direitos políticos, todos aplicados no âmbito de uma ação civil.. .“(REsp. 150329/RS - Relator Ministro **VICENTE LEAL** - Publ. no DJ de 05/04/1999, PG: 00156)”.

Destaque-se que, de acordo com o art. 21 da mencionada lei, a aplicação dessas sanções, independem da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público e da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal de Contas do Estado. Em outras palavras, tanto os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito do agente público, como os que atentam contra os princípios administrativos prescindem da verificação de dano material ou lesão ao patrimônio público. Mais importante que o dano material é o desfalque moral, a pura e simples violação dos princípios elencados no art. 37, caput da CF. O alcance aos cofres públicos só é imprescindível nas condutas catalogadas no art. 10 e seus incisos.

O legislador ordinário, como não poderia deixar de ser, seguiu fielmente a diretriz constante no mandamento constitucional que se segue:

Art.37.

§ 4º. atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

De outro lado, se o servidor contratado sem concurso público prestou serviços à Administração Pública, o enriquecimento ilícito fica afastado e não há dano ao erário público. Esta é a posição do ***Superior Tribunal de Justiça***, conforme as seguintes ementas:

“(. . .) Assim, se não obstante a contratação ilegal de servidor, este efetivamente prestou serviços à Administração, não caracterizam le-

são aos cofres públicos os vencimentos que lhe foram pagos. Se assim não fosse, haveria locupletamento da Administração, valendo-se da sua própria torpeza. Nem todo ato administrativo nulo é lesivo aos cofres públicos". (**Agravo de Instrumento nº 44.761—5 — RJ — DOU — 7.12.93**)

"Contrato irregular de servidor, sem prévia aprovação em concurso público, sob a égide da CLT, pela nulidade de que se reveste, não gera qualquer efeito jurídico, a não ser o pagamento dos salários como contraprestação laboral, dada a ausência de dano ao Erário Público Municipal e de enriquecimento ilícito por quem deu causa." (Súmula nº 1).

Mas não se pode esquecer que as contratações sem concurso público, mesmo sem prejuízo ao erário, macularam vários princípios que norteiam a administração pública, devendo o ato ser declarado nulo de pleno direito pelo Poder Judiciário.

Sobre a nulidade, ver os posicionamentos dos mestres administrativistas **Fábio Medina Osório (6)**, **Luiz Fabião Gusque (7)** e **Celso Antônio Bandeira de Mello. (8)**

O desvio de finalidade, a promoção pessoal, a quebra da isonomia e a frustração de concurso público maculam os princípios da administração pública e provoca dano moral, que deve ser ressarcido pelo infrator. (9) Não se pode olvidar que o art. 5º, da Lei nº 8.429/92, fala sobre lesão ao patrimônio público, que é mais abrangente do que lesão ao erário público. Este é espécie do gênero.

Ressalta **Fábio Medina Osório**, ao pontificar o dano moral do ente público, (10) (11):

"Ressarcimento do dano abrange, por ceto, dano moral, até porque a lei fala, no ad. 12, III, em ressarcimento do dano, se houver, nos casos em que a improbidade traduz mera agressão aos princípios. 1-lá quem sustente a viabilidade do ressarcimento do dano moral, sublinhando, todavia, que este estai-ia bem tutelado pela multa civil, veículo próprio e adequado a esse ressarcimento, submetendo-se aos prazos prescricionais, diferentemente do que ocorre com o dano material, que é irprescritível à luz do ad. 37, parágrafo 5º, da Carta Magna."

Ouso discordar do entendimento de que a multa civil basta para reparar o dano moral. Multa civil é consequência jurídica certa da improbidade, sancionamento autônomo que independe da comprovação de dano moral ou material, prevista a toda e qualquer modalidade de ato improprio, ao passo que o dano moral à entidade lesada, se houver, deve ser reparado à luz dos critérios que têm orientado os julgadores nessa seara, sem prejuízo da incidência cumulativa com multa civil e, mais ainda, sem submissão ao prazo prescricional, por força expressa do art. 37, parágrafo 5º, da Carta de 1988, aí residindo importância fundamental da norma jurídica em comento, dado que permite reparação de dano moral independentemente da multa civil. Aqui, visão sistemática permite tal conclusão, na medida em que a doutrina, de longa data, vem permitindo reparação de dano moral à pessoa jurídica, o que pode ocorrer com gravidade em se tratando de determinados atos de improbidade atentatórios aos princípios da administração pública.” (*Improbidade Administrativa*, Editora SINTESE, 1998, fls. 256 e 257)

Não se pode tirar da mente que a violação dos princípios administrativos provoca dano moral na pessoa jurídica de direito público e, consequentemente, nos indivíduos que são tutelados pelas normas de interesse difuso.

III - DO PEDIDO

Ante o exposto, o Ministério Público requer:

a) a citação do réu para, querendo, no prazo de lei, responder à presente ação, sob as cominações legais;

b) a citação do Município de Areia Branca-Se para, na pessoa de quem de direito, integrar a lide na qualidade de litisconsorte passivo necessário (art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92);

c) a procedência do pedido, para decretar ao réu, no que couber, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de 3 a 5 anos, a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de

3 (três) anos, o ressarcimento ao Patrimônio Público do Município de Areia Branca-Se, de valor a ser apurado em liquidação de sentença, a título de dano moral, corrigido legalmente, e a fixação de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo infrator (art. 12, inc. III da Lei nº 8.429/92), sem efeitos sucumbenciais. (12)

Protesta por todos os meios de prova permitidos em direito especialmente testemunhal, pericial e documental, requerendo, de logo, o depoimento pessoal do réu.

Valor da causa: R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Areia Branca, 28 de setembro de 2000.

~ ~ ~

VERÔNICA DE OLIVEIRA LAZAR AMADO
Promotora de Justiça

NOTAS

1. A Lei Federal nº 8.429/92 inexistência que a improbidade administrativa tipificada em seu ad. 100 advenha de sentença transitada em julgado, nem tampouco o disposto em seu ad. 17, torna obrigatória precedente ação cautelar, impondo-se reconhecer que o Ministério Público detém legitimidade para propor ação pelo rito ordinário de perda da função pública contra prefeito acusado de contratação irregular de servidores.

(ROMS. 62081SP— Relator Ministro ANSELMO SANTIAGO - Publ. no DJ de 15/03/1999, PG: 00287)

2. A Lei 7.347/85 deu legitimidade ativa ao Ministério Público e às pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais, assim como às associações destinadas à proteção do meio ambiente ou à defesa do consumidor, para proporem a ação civil pública nas condições que especifica (art. 5º). É evidente que o Ministério Público está em melhor posição para o ajuizamento dessa ação, por sua independência, institucional e atribuições funcionais. Além disso, está isento de custas e honorários no caso de improcedência da demanda. A prioridade do Ministério Público para a

propositura da ação e das medidas cautelares convenientes está implícita na própria Lei, quando estabelece que “qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção” (art. 6º). A mesma Lei determina, ainda, aos Juizes e Tribunais que se, no exercício de suas funções, “tiveram conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis” (art. 7º), e **finaliza concedendo ao Ministério Público a faculdade de “instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, 011 requisitar, de qualquer organismo”.** (RT 740/748).

3. Em resumo, o concurso público é um instrumento de realização concreta dos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. Fique perfeitamente claro que os dispositivos do art. 37 da Constituição Federal se aplicam ao gênero servidores, abrangendo funcionários estatutários e empregados celetistas, inclusive das empresas estatais que exercem atividades econômicas. (DALLARI, Adilson Abreu. **Regime Constitucional dos servidores públicos**, p. 37)

4. A contratação ilegal de funcionários, assim, traduz ofensa ao interesse público inerente à finalidade do ato, qual seja, proporcionar garantias legais de igualitário acesso ao serviço público a todos os cidadãos. Desrespeitar a exigência do concurso público, quando couber, implica improbidade administrativa, na exata medida em que se pratica um ato desprovido da finalidade intrínseca á forma prevista no sistema jurídico. (OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa**. Editora SÍNTESE, pág. 213)

5. O inciso 1 qualifica como ato de improbidade administrativa, assim, praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, a regra de competência. Trata-se do princípio da legalidade, segundo o qual o “administrador está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e delas não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal conforme o caso”, na lição de Hely Lopes Meirelles, na sua obra “Direito Administrativo Brasileiro”. Quem pratica, pois, ato administrativo objetivando um fim defeso em lei, ou em regulamento ou mesmo diverso daquele previsto na regra da competência está praticando a improbidade administrativa, está sendo, portanto, ímprobo. Afinal, mia Administração Pública o agente público somente pode fazer aquilo que lhe é permitido por lei. (MASCARENIIAS,

Paulo. Improbidade Administrativa e Crime de Responsabilidade de Prefeito, LED Editora de Direito, Ano 1999, págs. 40e41)

6. Eis que a improbidade administrativa, por regra geral, há de produzir nulidade absoluta do ato administrativo, retroagindo os efeitos invalidantes ao nascimento do ato, respeitando-se, evidentemente, os limites do razoável e da boa fé dos administrados, bem assim situações definitivamente constituídas perante terceiros. (**OSORIO, Fábio Medina. Improbidade Administrativa. Editora SÍNTESE, 2ª edição, pág. 229**)

7. Quando a Administração pratica atos externando atividades onde há flagrante interesse público e por consequência a indisponibilidade do mesmo, qualquer vício nos elementos essenciais como competência, forma, motivo, objeto e finalidade, determinarão sempre a nulidade (absoluta ou relativa), com as consequências já referidas. (**GUASQUE, Luiz Fabião. Direito Público — Temas Polêmicos. Editora FREITAS BASTOS, 1997, págs. 204/205**)

8. São Nulos: a) os atos que a lei assim os declare; b) os atos em que e racionalmente impossível a convalidação, pois se o mesmo conteúdo (é dizer, o mesmo ato) fosse novamente produzido, **seria reproduzida a invalidade anterior**. Servem de exemplo: os atos de conteúdo (objeto) ilícito; os praticados com desvio de poder; os praticados com falta de motivo vinculado (salvo superveniência dele); os praticados com falta de causa. (**MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. MALHEIROS EDITORES, 4ª edição, pág. 237**)

9. **Súmula 227—do STJ—** A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

10. **Lei nº 7.347/85. Art. 1º.** Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados; **IV—** a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

11. Na real verdade, a complexidade desses múltiplos interesses, não permitem sejam discriminados e identificados na lei. Os interesses difusos não comportam rol exaustivo. A cada momento e em função de novas exigências impostas pela sociedade moderna pós-industrial, evidenciam-se novos valores, pertencentes a todo grupo social, cuja tutela se impõe como necessária. Os interesses difusos, por isso mesmo, são inominados, embora haja alguns, mais evidentes, como os relacionados aos direitos do consumidor ou concernentes ao patrimônio ambiental, histórico, artístico, estético e cultural. (**FILHO, José Celso de Mello. Constituição Federal anotada. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 433-434**)

12.No que respeita ao Ministério Público, porém, não incide tal disciplina. Como parte autora, não terá adiantado qualquer valor correspondente a despesas processuais; assim sendo, o réu nada terá a reembolsar. Por outro lado, tendo em vista que a propositura da ação civil pública constitui **função institucionalizada**, uma das razões por que dispensa patrocínio por advogado, não cabe também o Ônus do pagamento de honorário. (FILHO, José dos Santos Carvalho. Ação Civil Pública. Freitas Bastos Editora, pág 368)

***Proibição da Exploração do Jogo
(caça-níqueis)***

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR
JUIZ DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA
DE ARACAJU – ESTADO DE SERGIPE**

“De todas as desgraças que penetram no homem pela algibeira e arruinam o caráter pela fortuna, a mais grave é, sem dúvida nenhuma, essa: o jogo na sua acepção usual, o jogo propriamente dito; em uma palavra: o jogo, os naipes, os dados, a mesa verde.

Permanente como as grandes endemias que devastam a humanidade, universal com o vício, furtivo com o crime, solapando no seu contágio com as invasões purulentas, corruptor de todos os estímulos morais como o álcool, ele zomba da decência, das leis e da polícia, abarca no domínio das suas emanções a sociedade inteira...” (Rui Barbosa).

O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, através dos seus Representantes subfirmados, com endereço para intimações na Praça Fausto Cardoso, s/n, Ed. Walter Franco, 4º andar, Centro, nesta Capital, no exercício de suas atribuições funcionais, com fundamento nos arts. 127 e 129, III da Constituição Federal, na Lei n.º 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, na Lei n.º 8.078/90, que estabeleceu o Código de Defesa do Consumidor, e demais legislação na espécie, vem perante Vossa Excelência propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA DECLARATÓRIA c/c OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER**, contra a empresa **TACADA CERTA DIVERSÕES ELETRÔNICAS LTDA**, CGC/MF n.º 03.963.796/0001-76, com sede na Rua Antônio Alves, 568, Atalaia, nesta Capital, **SERIGY LOCADORA LTDA**, CGC/MF n.º 03.855.777/0001-26, com sede na Rua Airton Teles, 364, Santo Antonio, nesta Capital, **STAR GAMES JOGOS ELETRÔNICOS LTDA**, CGC/MF n.º 04.126.780/0001-71, com sede na Praça Alcebíades Paes, n.º 04, Atalaia, nesta Capital, **MULTI GAMES DIVERSÕES LTDA**, CGC/MF n.º 03192421/0003-11, com sede na Rua Zaqueu Brandão, 501, São José, nesta Capital, **ARACAJU DIVERSÕES ELETRÔNICAS LTDA**, com sede na Rua Valdomiro Teófilo, 54, Conj. Augusto Franco, nesta Capital, e **GIACINTO PALMIERI**, brasileiro, casado, comerciante, residente e domiciliado na Manuel Espírito Santo, n.º 499, Grageru, nesta Capital, pelas razões de fato e de direito abaixo elencadas, dizendo de início para no final requerer o seguinte:

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ADMISSIBILIDADE EVIDENTE

Primeiramente, antes de adentrarmos no mérito da demanda, vale ressaltar, a título preventivo, a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da presente ação, que objetiva tutelar os interesses dos consumidores contratantes da utilização de máquinas programadas eletrônicas, conhecidas por CAÇA-NÍQUEIS.

A Carta Constitucional vigente no artigo 129, III, estabeleceu como uma das funções institucionais do Ministério Público o ajuizamento de Ação Civil Pública, visando proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos, atribuindo ao “Parquet”, com base em seu novo perfil institucional, a proteção de interesses públicos com reflexo social, tido como coletivos, sejam difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, na forma prevista no art. 81 do CDC, ademais quando tais mandamentos são de ordem pública e interesse social, conforme estabelecido no art. 1º daquele Diploma Legal.

Assim, com base no artigo 129, III da Carta Magna corroborado pelo artigo 1º da Lei n.º 7.347/85 e na Lei n.º 8.625/93 que dispõe sobre normas gerais, norteadoras da organização do Ministério Público por todos os Estados Brasileiros, além do disposto no art. 82 do C.D.C., não Podemos duvidar que compete ao Ministério Público proteger interesses públicos e sociais, sendo a Instituição, por disposições legais, elevada à condição de guardião da coisa pública e da sociedade.

Nesse liame, vale transcrever o art. 25 da Lei nº 8.625/92, já mencionada, que amplia a legitimidade *ad causam* do Ministério Público, senão vejamos:

“Art. 25. Além das funções previstas nas Constituição Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

...

IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, e outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

b) para a anulação ou declaração de atos lesivos ao patrimônio público ou a moralidade ou a moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou entidade primitivas privadas de que participem.”

Desse modo é dever institucional do Ministério Público, obrigado em razão de ofício, acionar os instrumentos jurídicos disponíveis por lei em defesa do interesse público, como no presente caso onde os consumidores que utilizam as máquinas eletrônicas programadas, conhecidas por CAÇA-NÍQUEIS, vêm sendo lesados diante da proibição deste tipo de jogo, que depende principalmente da sorte, onde os participantes desconhecem as reais chances de ganhos, e as regras do jogo, pelo que se impõe a presente ação, estando evidente a legitimidade do Ministério Público, primitivamente destacada no intuito de evitar procrastinação na defesa dos direitos violados, de interesse público e social.

DOS FATOS

O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, através da Promotoria de Defesa do Consumidor e Serviços de Relevância Pública, recebeu questionamentos acerca da legalidade das máquinas eletrônicas programadas, conhecidas por CAÇA-NÍQUEIS, nos tipo COPA 98, COPA 98 II, COPA 2002, VIRTUAL MARACANÃ, CAVEIRINHA, MARIO SLOT, MINIMÁRIO, HELL FIRE e outras, principalmente diante da proliferação assustadora dessas máquinas em Aracaju, e em quase todas cidades do interior do Estado, transformando Sergipe, repentinamente, num grande cassino, cujas consequências advindas para população são desastrosas e perigosas, neste tipo de atividade, não trazendo qualquer benefício nem para sociedade, nem para aquele que realiza a jogada, face o percentual mínimo de acertos, gerando lucros exorbitantes para os donos dos equipamentos e locadores, sem qualquer controle fiscalizatório.

Desse modo, objetivando obter esclarecimento dos fatos, e conhecer o funcionamento do equipamento mencionado, especialmente as regras e informação que deveriam ser repassada ao consumidor apostador, atendendo o direito básico da devida informação, foi instaurado Procedimento Administrativo, conforme portaria adunada, onde foram colhidos os documentos em anexo, resultantes dos ofícios enviados, através dos quais o Ministério Público ficou convencido de que os equipamentos referidos, denominados de MÁQUINAS ELETRÔNICAS PROGRAMADAS-MEP, conhecidos por CACA-NÍQUEIS, dependem principalmente da sorte, configurando portanto jogo de azar, como será demonstrado, sem esquecer a violação do Código Guardião do Consumidor, e ao Estatuto da Criança e ao Adolescente, resultando em malefícios sociais e psicológicos das ditas máquinas, pelo que se impõe a presente ação.

DA EXPLORAÇÃO DO JOGO INCOMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO

Tradicionalmente, o ordenamento jurídico brasileiro não permite a exploração de jogos de aposta em dinheiro, que dependam exclusivamente ou principalmente da sorte do jogador, pois nenhum benefício trazem a sociedade, pelo contrário, servem de instrumento de destruição do patrimônio material e psicológico do apostador, só interessando para aqueles que exploram este tipo de atividade, diante da obtenção do lucro fácil, sem nenhuma fiscalização técnica ou fiscal.

A proibição do jogo de azar foi estabelecida através da Lei de Contravenções Penais, publicada em 02.10.41, situação vigente até a presente data, só existindo dois casos onde há a permissão legal para a prática de jogo de aposta, o primeiro em decorrência da realização de concursos de prognósticos, previsto no art. 195, III, da Constituição Federal, tendo como objetivo garantir o custeio da seguridade social, na forma da Lei n.º 8212/91, e o segundo em razão da Lei n.º 9.615/98, conhecida por Lei Pelé, que permite a realização de jogos de bingo, nas modalidades permanente ou eventual, com o fim exclusivo para o fomento do desporto, na forma estabelecida pelo Decreto n.º 3.659/2000.

O concurso de prognósticos possui características próprias, só podendo ser realizados sob o controle do poder público, através das loterias

e outras, visando canalizar recursos para o custeio de programas sociais, cujos sorteios são realizados de forma periódica, sob fiscalização, e o produto da arrecadação, deduzida as despesas decorrentes, inclusive com o pagamentos dos impostos e premiação, possui destinação específica, estabelecida em lei, fins sociais, que resultam em benefícios para a população em geral, principalmente para as camadas mais carentes.

O mesmo ocorrendo com a Lei n.º 9.615/98, que tem por finalidade incentivar e financiar as praticas desportivas, que possuem natureza pedagógica e educacional, sendo atividades voltadas para o desenvolvimento físico e mental do ser humano, sem esquecer o aspecto do conagraçamento decorrente das disputas desportivas, dependendo a realização de bingos para tais fins, de autorização prévia, na modalidade permanente ou eventual, atendidas todas as exigências, que não são poucas, previstas no art. 5.º do Decreto mencionado, tudo para garantir a lisura do sorteio, e a destinação específica dos recursos arrecadados, que em relação a lei supra seria o incentivo ao esporte, ressaltando, nos dois casos mencionados, sempre em proveito de interesses da sociedade.

Assim, como já dito, e é do conhecimento de Vossa Excelência, a regra é a proibição de jogo que não dependa da habilidade física, intelectual, visual,...do jogador, tendo as exceções fins justificáveis, voltados para interesses sociais, não para atender o fomento de interesses privado, onde grande somas em dinheiro é arrecadada sem qualquer fiscalização quanto ao montante arrecadado, sem qualquer recolhimento de impostos sobre tal valor, não existindo qualquer fiscalização quanto a destinação de tais recursos.

Nesse liame, destacamos a transcrição a seguir, extraída do Parecer emitido pelo Procurador-Geral da República, conforme cópia anexa, em sede de Suspensão de Segurança nº1814-1, oriunda do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que suspendeu diversas liminares concedidas, que afastavam qualquer ato impeditivo da exploração das máquinas conhecidas por CAÇA-NÍQUEIS, tornado-as não autorizadas a funcionar, senão vejamos:

“Vale, aqui, elucidar a regra, no ordenamento jurídico brasileiro, é a proibição do jogo. Assim dispõe o art. 50, do Decreto-Lei n.º 3.688, de 03 de

outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Exceções, somente por meio de lei, à qual, exatamente por encerrar exceção, não se emprestará interpretação extensiva, segundo princípio elementar de hermenêutica. A Lei n.º 9.615, de 25 de março de 1998, permitiu, é certo, os jogos de bingo, nas formas permanente e eventual, mas proibindo expressamente, a autorização de outra modalidade de jogo ou similar, com base em seu texto. E ainda que se deva ponderar o progresso da ciência, a evolução tecnológica, tal não se afigura suficiente para equiparar a “bingo eletrônico” as máquinas caça-níqueis, autênticos jogos de azar, na acepção teleológica da legislação penal...”

E como resultado do Processo referido, acatando o parecer acima mencionado, o Ministro Carlos Velloso, Presidente do Supremo Tribunal Federal, a época da decisão, a mais alta Corte de Justiça do país, cassou as liminares que autorizavam, no Estado de Minas Gerais, como referido acima, o funcionamento das máquinas CAÇA-NÍQUEIS, acatando o parecer do Ministério Público Federal, na forma da decisão a seguir, cuja íntegra encontra-se anexa:

“Só por isto o pedido de suspensão dos efeitos das decisões concessivas das liminares deve ser deferido.

Ademais, bem sustenta o Chefe do Ministério Público Federal, a consideração, sem maiores considerações e sem análise de todos os elementos que serão colhidos na instrução das ações civis públicas, de que o uso de máquinas “caça-níqueis”, ou o jogo nelas praticado, seria lícito, presente a regra da Lei 8.212/91, art. 26, parágrafo 1º e Decretos estaduais 31.163/90 e 31.696/97 e Res. 25/99, sem maiores exames, inclusive do que dispõe o art. 50 do D.L. 3.688/41 e a Lei 9.615/98, pode causar dano à ordem pública, considerada esta, conforme acima foi dito, como ordem jurídico-administrativo e ordem jurídico-penal...”

Toda e qualquer atividade profissional poderá ser livremente exercida, desde quando atenda o ordenamento jurídico vigente, primeiramente aqueles mandamentos estabelecidos na Carta Magna, especialmente, em se tratando de atividade comercial, deverão ser atendidos os princípios gerais norteadores da atividade econômica, na forma do disposto no art. 170 da C.F., dentre eles a defesa do consumidor, o que não ocorre na exploração comercial das máquinas referidas, que viola princípios básicos introduzidos pelo CDC, como será demonstrado, valendo a transcrição doutrinária a seguir:

“O citado art. 170 da Constituição Federal, ademais, traz o escólio de que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e “tem por finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”, impondo a observância de vários princípios, dentre outros, o da defesa do consumidor.

Entendo, assim, que o núcleo do art. 170 é o propósito imposto à ordem econômica, a saber, a existência digna conforme os ditames da justiça social. Vê-se que o constituinte sobrepôs o interesse social ao individual, objetivando relegar ao passado qualquer resquício que pudesse sobreviver de nosso capitalismo selvagem.”(grifamos).

CAÇA-NÍQUEIS E SIMILARES

MOTIVAÇÃO DO JOGADOR – PRÊMIO EM DINHEIRO

Efetivamente, as máquinas denominadas de CAÇA-NÍQUEIS, não se configuram como mera diversão eletrônica ou de entretenimento, uma vez que o jogador é atraído pela possibilidade da obtenção de prêmio em dinheiro, em valor variável, dependendo da aposta e da sorte do apostador.

Nas máquinas de entretenimento, tipo fliperama, video-game, ou outras que utilizam da habilidade do jogador, se joga ou se brinca com a simples intenção de se divertir, sem a intenção de qualquer lucro

pecuniário, podendo ser disputado ainda por mais de um jogador, onde um tenta superar e vencer o outro, utilizando-se a habilidade como fator preponderante.

Contudo, quando o equipamento do jogo atrai o jogador pela possibilidade da obtenção de vantagem em dinheiro sobre a quantia apostada, inclusive com a possibilidade de dobra de tal valor, configura-se jogo de azar.

Quando o equipamento possui a finalidade recreativa, que não é o caso dos equipamentos explorados pelos demandados, o participante paga uma determinada taxa para operar a máquina, e não tem nenhuma possibilidade de obter qualquer lucro, nem mesmo a devolução de parte da taxa paga.

A legislação e a doutrina definiu como jogo de azar “aquele em que o ganho ou a perda dependem exclusivamente e principalmente da sorte ou do acaso; que o evento propiciador está na razão direta da boa ou má sorte, as quais se caracterizam sempre pelo ganho ou perda de quem está jogando, sendo portanto de se enquadrar tal prática, quando há aumento ou diminuição do dinheiro do agente; que, no caso, fora do âmbito “dinheiro” não haveria jogo de azar”.

No caso dos autos, não resta dúvidas que as máquinas CAÇANÍQUEIS, nos tipos COPA 98, COPA 98 II, COPA 2002, CAVEIRINHA, MARIOSLOT, MINIMÁRIO, HELLE FIRE, VIRTUAL MARACANÃ e outras similares, exploradas pelas empresas demandados, caracterizam jogos de azar, na forma da legislação vigente, face a jogada mediante aposta, com a possibilidade de ganho de valor superior ao apostado, ou perda total do valor jogado (possibilidade mais freqüente), especialmente diante do LAUDO PERICIAL em anexo, elaborado por peritos da Polícia Federal, em máquinas apreendidas pela Juíza da 16ª Vara Cível, onde na avaliação pericial realizada, ficou constatado que o apostador só ganha em cerca de 17% (dezesete por cento) das jogadas, resultando o lucro dos demandados em patamar superior a 80 % (oitenta por cento). É de pasmar !!!!!

Decididamente, um equipamento eletrônico, mediante aposta, onde o percentual de jogadas perdidas ultrapassa a casa dos 80 %, é evidente a lesão ao jogador, configurando jogo que depende principalmente da sorte.

Agravando ainda mais a situação de desvantagem dos apostadores-consumidores, as máquinas em questão são passíveis de manipulação, conforme conclusão dos peritos da Polícia Federal, registrado no laudo anexo, ao afirmarem que “...OS RESULTADOS DOS JOGOS PODEM SER MANIPULADOS ATRAVÉS DE PROGRAMAÇÃO PRÓPRIA, PORTANTO HÁ VÍCIOS NOS APARELHOS ELETRÔNICOS QUESTIONADOS..” Fato que também foi constatado pelos peritos do Instituto de Criminalística do Estado de Sergipe ao concluírem que “...O ACESSO A PLACA PRINCIPAL, ONDE ENCONTRA-SE OS MICROPROCESSADORES E MICROCHAVES PERMITIRIA ALTERAR AS CARACTERÍSTICAS DA MÁQUINA...” , sendo que o laudo elaborado pelo órgão estadual, apresenta conclusão contraditória, no que pertine a incidência na operação das máquinas de habilidade manual e visual do operador, em face das afirmativas, no mesmo laudo, de que o mecanismo dos jogos são processados com base em SORTEIO, através de gerador ALEATÓRIO de números, não esclarecendo qual seria a habilidade necessária para que o jogador interagisse com a máquina.

Na verdade, as referidas máquinas, para serem operadas, não dependem de qualquer habilidade do jogador, quando este escolhe aleatoriamente, alimentando antecipadamente a máquina com valor em dinheiro, um número, ou fruta, ou time, ou bandeira, ou qualquer outro símbolo registrado no painel, quando após o acionamento da tecla início, a máquina processa o sorteio, através de gerador ALEATÓRIO de números, e apresenta, eletronicamente, sem qualquer interferência do apostado, o resultado da jogada que seria o sorteio ou não do símbolo escolhido, o que leva ao questionamento: onde estaria inserida a habilidade manual, visual ou intelectual do jogador?

DA OFENSA AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR INFORMAÇÃO INADEQUADA

Fundamental se destacar ainda, a evidente violação aos direitos dos consumidores, na medida em que na operação destas máquinas, os participantes desconhecem as reais chances de ganho, não existindo qualquer informação neste sentido, estando evidente o desequilíbrio contratual, na medida que o percentual de acerto para o apostador encontra-se no patamar de apenas 17%.

Outrossim, em nenhum momento o consumidor-contratante da jogada é informado das reais regras do jogo, não valendo aquelas informações impressas no painel da máquina que só indicam como colocar o equipamento em funcionamento, mas não esclarecem acerca das jogadas e mecanismos dos mesmos.

O direito a devida informação é um dos pilares do Código Guardião do Consumidor, que norteia toda a sistemática das relações de consumo, levando com que o consumidor, ao contratar, tenha a liberdade de escolha, mediante os esclarecimentos que envolvem aquele contrato, cujos reais conhecimentos das regras e resultados levariam ao consumidor de bom senso a desistir diante do evidente desequilíbrio contratual, como no presente caso, onde o percentual de acerto é consideravelmente inferior ao lucro auferido pelos fornecedores, proprietários das máquinas.

Assim, as contratações efetivadas através das máquinas caça-níqueis, nos diversos tipos oferecidos no mercado consumidor, vêm violando os direitos básicos dos consumidores, estabelecidos no art. 6º, II, III, IV, e ainda os arts. 31, 39, IV, V, 51, IV, XV, sem esquecer que os princípios da boa-fé objetiva, transparência e equilíbrio contratual também estão sendo desrespeitados. Cabendo ressaltar ainda o disposto no art. 1.477 do Código Civil, o que também prejudica o consumidor-apostador, uma vez que, na forma do artigo citado, as dívidas provenientes das relações obrigacionais concernentes ao jogo e à aposta não obrigam o pagamento.

Destacamos ainda, que o princípio da proporcionalidade, conhecido também como princípio da proibição do excesso, inicialmente construído pela doutrina do direito administrativo, abraçado pelo direito constitucional, e consequentemente pela Carta Magna vigente, inerente a qualquer relação destes ramos do direito, é consagrado também no direito do consumidor, servindo a proporcionalidade dos direitos e obrigações entre os protagonistas das relações consumeristas: CONSUMIDOR e FORNECEDOR, de termômetro para análise da incidência de abuso de direito na relação estabelecida, como bem leciona o Prof. Guilherme Fernandes Neto, in O Abuso do Direito no Código de Defesa do Consumidor, senão vejamos:

“A absorção do princípio da proporcionalidade do direito constitucional pelo direito do consumidor fica

ainda mais evidente quando se analisa o art. 4º, inciso III, do CDC, o qual dispõe que a harmonização dos participantes da relação de consumo far-se-á de modo a “viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

Assim, verifica-se que as relações de consumo (e não somente os contratos de consumo) devem ser harmônicas, o que se dará em razão do equilíbrio, que é a consubstanciação do princípio da proporcionalidade.

É justamente a proporcionalidade nas relações de consumo que possibilitará alcançar a justiça social e, ipso facto, como antecedente lógico, a justiça contratual.”

ATIVIDADES DAS FORÇAS PRODUTIVAS-JUSTIÇA SOCIAL REGRAS REGULAMENTADORAS DA ORDEM ECONÔMICA

Ainda que a vó de pássaro cumpre indigitar matéria de ordem, que estabelece garantia fixada na Constituição Federal no artigo 170, quando apresentar que a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme ditames da justiça social” , informando que, neste diapasão, o Poder Público, ao regulamentar as ações dos vários agentes da vida econômica deverá abraçar a não liberdade absoluta, diante da necessidade do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana e é justamente neste aspecto que ressaem as regras protetivas do Estatuto da Criança e do Adolescente, notadamente quando trata da atividade de estabelecimentos comerciais que explorem alguns tipos de jogos, determinando, inclusive que seus responsáveis cuidem para que não sejam permitidas a entrada e a permanência de crianças e adolescentes.

O cerne da matéria enfocada reside no respeito à condição peculiar da criança ou adolescente como pessoa em desenvolvimento, significando que todos, inclusive a sociedade em geral, devem estar atentos

às fases inerentes ao esquadramento infanto-juvenil, proporcionando cultura, lazer e diversões adequados e compatíveis à faixa etária de seus destinatários.

Não é crível, nesta ordem, que possam ser proliferadas as máquinas de azar em nossa cidade, de forma desordenada, violando frontalmente o Código de Defesa do Consumidor e ainda nas normas estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente porque existem máquinas espalhadas pelo centro urbano, inclusive fora de estabelecimento comercial, nas calçadas e logradouros públicos, onde o simples adesivo informativo necessário, muitas vezes não é respeitado pelo proprietário do comércio, deixando livre o acesso proibido as crianças e adolescentes.

A norma do inciso VIII do artigo 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente é um desdobramento do artigo 129, II da Constituição Federal, emergindo o papel do Ministério Público e sua legitimidade para as ações pertinentes, onde o interesse de agir é presumido, como diz Hugo Mazzilli, “quando a lei confere legitimidade para intervir é porque lhe presime o interesse”, constituindo a doutrina de proteção integral, agindo o legislador constitucional de forma coerente com o texto da Magna Carta e documentos internacionais, definido a criança e adolescente como prioridade absoluta, sendo a sua proteção dever da família, da comunidade e do Estado.

Assim, não fosse tão somente por lesar frontalmente as regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor, ferindo, com tiro mortal, o dever basilar das regras consumerista – a informação-, ainda representa violação a preceitos constitucionais, estampados, de forma cogente, no Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto facilitando e permitindo que crianças e adolescentes utilizem, de forma desordenada, as máquinas “caça niqueis”, podendo, sem qualquer Duda, induzir ao vício, vez que se trata de pessoa em formação, podendo inclusive fomentar a prática de ato infracional pelo adolescente para que possa este conseguir recursos para utilizar à máquina.

É um abuso sem fronteiras a permanência das engenhocas na cidade de Aracaju, em extraordinária expansão, permitindo o livre acesso das crianças e adolescentes ao mundo do jogo(de azar) e apostas,

facilitando a condução ao mundo irreal capaz de gerar problemas sérios na pessoa adulta, com vícios não desejados.

DOS PEDIDOS LIMINARES

Estando evidente que a prática do jogo através das máquinas caça-níqueis ocasiona enorme prejuízo aos consumidores, pois além de ilegais, uma vez que não se enquadram nas duas modalidades autorizadas pela legislação, concurso de prognósticos para custeio da seguridade social e bingos para incentivo ao desporto, ainda induz os jogadores em erro, diante da violação do CDC, e da falsa impressão de que a fiscalização das referidas máquinas seja idêntica àquela realizada sob as modalidades autorizadas, que são controladas e fiscalizadas pelo poder público, o que não vem ocorrendo com os equipamentos em questão, que não são submetidos a um controle rigoroso de sua higidez, pelo que é imperiosa a adoção de medidas urgentes.

Assim, ante o exposto, e com base na lei, na doutrina e no direito, estando presentes os pressupostos necessários: **“FUMUS BONI JURIS”** e **“PERICULUM IN MORA”**, vem o Ministério Público requerer liminarmente:

a) Com base no art. 12 da Lei n.º 7.347, a concessão de MEDIDA LIMINAR, atendendo o disposto na legislação vigente, determinando a proibição da exploração comercial das máquinas CAÇA-NÍQUEIS, com a devida busca e apreensão dos equipamentos que estão sendo colocados a disposição dos consumidores;

b) Requerer mais, após o atendimento da apreensão acima requerida, que seja cumprido o disposto no art. 94 da Lei n.º 8.078/90, com a publicação de EDITAL no Órgão Oficial do Estado, comunicando acerca da propositura da presente Ação Civil Pública, para que possam os interessados individualmente lesados, querendo, intervir no processo, sem prejuízo da completa divulgação pelos meios de comunicação social, por parte dos órgãos alternativos de defesa do consumidor e Ministério Público, para conhecimento dos consumidores e população em geral, objetivando surtir os efeitos necessários quanto a proibição da exploração daquele tipo de equipamento;

c) Requer por derradeiro que seja fixada multa em caso de descumprimento da Ordem Liminar a ser determinada por Vossa Excelência.

DOS PEDIDOS FINAIS

Diante das razões expositadas, requer o Ministério Público:

1) Citação dos demandados, através de seus representantes legais, para, querendo, responderem a todos os termos da presente ação, sob pena de revelia e confissão;

2) Que seja julgada procedente a presente ação, em todos os seus termos, transformando o pedido liminar em definitivo, declarando judicialmente a ilegalidade das máquinas CAÇA-NÍQUEIS e similares, mediante aposta em dinheiro, ou outro valor, seja pecuniário ou não, que dependam exclusivamente ou principalmente da sorte, diante da ilegalidade daquele tipo de equipamento, e prejuízos evidente aos consumidores-apostadores, condenando as empresas-demandadas a obrigação de não mais explorar este tipo de atividade, ficando coibidas de ofertarem no mercado de consumo a venda, exploração ou locação das máquinas mencionadas;

3) Requer ainda a intimação pessoal do Representante do Ministério Público, no endereço indigitado na presente peça, de todos os atos processuais, nos termos do art. 236, § 2º do Caderno Processual Civil;

4) Requer mais a condenação dos demandados no pagamento das custas e despesas processuais, relativas a presente ação, dispensando o Ministério Público do pagamento das custas, emolumentos e outros encargos decorrentes do processamento do feito, com base na legislação vigente.

Protesta por todos os meios de provas em direito admitidos, desde já requeridos, especialmente pelo depoimento pessoal dos representantes legais dos demandados, sob pena de confissão, perícia, oitiva de testemunhas, a serem oportunamente arroladas, dentre outras provas, tudo na forma da lei.

Dá-se a causa o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com base na legislação processual civil.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Aracaju, de junho de 2001.

PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ
Coordenador-Geral

M^a CRISTINA G. S. FOZ MENDONÇA
Diretora do Centro de Apoio Operacional

EUZA M^a G. MISSANO COSTA
Núcleo de Apoio Operacional da
Infância e da Adolescência

JOSÉ ELIAS PINHO DE OLIVEIRA
Núcleo de Apoio Operacional da
Atividades Cíveis e Criminais

MARIA LILIAN MENDES CARVALHO
Promotora de Justiça

Danos ao Meio Ambiente

Promotoria de Justiça da Comarca de Japaratuba- SE

**Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Comarca de Japaratuba
Distrito Judiciário de Pirambu- se**

“ Toda forma de vida é única e merece ser respeitada , qualquer que seja a sua utilidade, e , com a finalidade de reconhecer aos outros organismos vivos este direito, o homem deve se guiar por um código moral de ação”(Kiss, Alexandre – Droit International de L' environnement, Paris, Pedonne, 1989, p. 23).

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por seu Representante abaixo assinado, vem, perante V. Exa. propor AÇÃO CIVIL PÚBLICA CUMULADA COM PEDIDO LIMINAR E REPARAÇÃO DE DANOS AO MEIO AMBIENTE contra JOSÉ CARDOSO DA SILVA, brasileiro, casado, produtor rural(fazendeiro), residente e domiciliado no Povoado Lagoa Redonda, Pirambu- Se, pelos motivos fáticos e jurídicos que passa a expor:

DA ADEQUAÇÃO PROCESSUAL e LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

À luz da norma contida no art. 129, inciso III da Constituição Federal de 1988 constitui função institucional do Ministério Público “ promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteção do patrimônio público e social , do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, donde se extrai a legitimidade ativa “ad causam” do Parquet.

Meio adequado para operacionalizar tal função é a utilização da Lei Federal nº 7.347, de 24 de junho de 1985, norma recepcionada pela Carta Magna, plenamente aplicável na situação em tela e objeto da presente.

Sendo o dano ambiental verificado de âmbito local, não sendo hipótese de competência da Justiça Federal, in casu, a competência para processar e julgar a presente é a do Juízo do Distrito de Pirambu, Comarca de Japaratuba-Se.

Em 29 de abril de 1998 , o Centro de Apoio Operacional do Ministério Público encaminhou à Promotoria de Justiça cópia de Processo Administrativo imputando ao requerido a prática de dano ambiental em área de preservação permanente, na Reserva Biológica de Santa Izabel , situada no Município de Pirambu-Se.

Já em 18 de maio de 1999 o Ibama encaminhou laudo técnico , prova material da ação danosa perpetrada pelo acionado.

“ Por força de expressa disposição constitucional , o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e um direito de todos os cidadãos , das gerações presentes e futuras, estando o Poder Público e a coletividade obrigados a preservá-lo e defendê-lo(Constituição Federal art. 225)”, na brilhante síntese do Professor Paulo de Bessa Antunes, na sua obra “ Direito Ambiental”, 3ª. ed. Ed. Lúmen Júris, RJ; 1999.

Assim ,com fundamento nas peças informativas anexas (cópia do Inquérito Policial tombado sob nº 013/99), passa o Ministério Público a historiar os fatos resultantes em atividades danosas ao meio ambiente e praticadas pelo requerido.

DOS FATOS

Com provas suficientes da materialidade do dano e autoria, narra a peça informativa, fundamento da presente, que o acionado invadiu e destruiu com um trator de esteira e a construção de um açude medindo 100 m2, um campo de futebol e uma estrada de pissara, por ele também construída, medindo 500 m2 , tudo dentro de uma área de preservação permanente, no interior da Reserva Biológica de Santa Izabel, situada no Município de Pirambu- Se.

Em detalhes , o referido relatório analisa com absoluto critério a ação delitiva do requerido na mencionada área, inserida na faixa mínima de 300 metros da linha de preamar máxima.

Com a sua ação , o acionado destruiu grande parte da denominada vegetação de restinga , bem como destruição da dunas , pois foi utilizada maquina pesada, tipo trator, escavando o terreno arenoso da região.

Ademais, um novo coqueiral foi implantado pelo denunciado numa área já embargada administrativamente pelo IBAMA-Se, sendo neste local enterradas manilhas de cimento premoldadas com aproximadamente 1 metro de altura e 60 centímetros de diâmetro, onde foi instalada uma bomba d'água para o abastecimento do sistema de irrigação do coqueiral, bem como uma caixa d'água colocada nas proximidades de uma casa de palha construída no mesmo terreno pelo acusado.

A destruição da dunas e da vegetação fixadora constitui crescente agressão ao meio ambiente da região em foco, ressaltando-se que o referido local constitui o maior sítio de desova da tartaruga marinha da espécie *Lepidochelys olivacea*, ameaçada de extinção.

O requerido destruiu área de floresta considerada de preservação permanente, causando dano direto a uma das unidades de Conservação, extraindo areia, em desacordo com as determinações legais, além de destruir vegetação fixadora de dunas, na região atingida pela ação delitiva do denunciado.

No que pese o tempo passado e a continuidade da ação do acusado, vem, finalmente o Ministério Público, em urgente dever funcional, pugnar a responsabilidade civil, independente da criminal, objeto de ação penal já ajuizada pelo Ministério Público, do denunciado e rogar ao Poder Judiciário a supressão imediata das ações delitivas ora narradas, na forma abaixo requerida, diante da urgência da situação deduzida em Juízo.

DO DIREITO

O Professor Paulo de Bessa Antunes na sua obra supracitada arremata sobre a matéria sob exame:

“O nosso posicionamento é no sentido de considerar que os interesses difusos se revestem da característica de serem um prolongamento e uma extensão dos direitos humanos fundamentais. Nesta condição possuem um caráter de garantia e tutela de determinados padrões de condição de vida”(Ob. Cit. P. 396).

Com status de norma constitucional o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado vem garantido numa norma de aplicação imediata(“self executing”), razão pela qual exige seu operador a extração do máximo de sua eficácia.

Na lição do mestre Português JJ Gomes Canotilho, na sua obra “ Direito Constitucional”, o princípio da máxima efectividade “ também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva , pode ser formulado da seguinte maneira: “ a norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas(THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais(no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”.(Ob. Cit. Ed. Almedina, Coimbra, p. 227).

In casu, urge a imediata aplicação da referida norma constitucional.

A Lei nº6.938, de 31.08.81, nos dá o conceito legal de meio ambiente, no seu art. 3º, in verbis, com sua atual redação dada pela Lei nº 7.804, de 18.07.89:

“ Art. 3º. Para os fins previstos nesta lei, entende-se por : I – Meio Ambiente: o conjunto de condições , leis, influências e interações de ordem química, física e biológica , que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

DA MEDIDA LIMINAR

In casu, presentes estão o *fumus bonis iuris*, na premente necessidade de proteção jurisdicional a uma área de preservação ambiental permanente sob constante ameaça de gradativa degradação com a ação do requerido e o *periculum in mora*, pois, quanto mais tempo se passar sem que sejam tomadas medidas efetivas de proteção e suspensão das atividades do requerido , o pedido principal ficará sem objeto, sopesando-se que tal fato vem ocorrendo há mais de dois anos.

Nos ensinamentos do processualista gaúcho Ovídio A. Baptista da Silva, no seu Curso de Processo Civil, vol. 3, Processo Cautelar, Ed. RT, 2ª. ed., São Paulo, 1998: “A primeira exigência, portanto, para que a tutela cautelar se torne legítima é que o pretendo titular ameaçado de dano iminente identifique, concretamente, a natureza desse interesse legalmente protegido, sob a forma de um direito subjetivo, ou de uma pretensão, ou de uma ação de direito material”(p.39).

Do mesmo autor é a seguinte lição:

“O segundo elemento indispensável para a formação do conceito de tutela assecurativa(cautelar) é o que a doutrina costuma indicar como periculum in mora e que, por nós, preferimos tratar como perigo de dano iminente e irreparável(...). O que a tutela cautelar pretende é, efetivamente, senão suprimir, ao menos reduzir, até o limite do possível, os inconvenientes que o tempo exigido para que a jurisdição cumpra sua função poderia causar ao direito necessitado de proteção urgente”.

Isto posto, com fulcro no art. 12, caput, da Lei nº 7.347/85, pugna o Ministério Público pela concessão, IN LIMINE E INAUDITA ALTERA PAR'S DE MEDIDA LIMINAR para DESOCUPAÇÃO DO REQUERIDO DA ÁREA DA RESERVA E SUSPENSÃO DE TODAS AS SUAS ATIVIDADES NA MENCIONADA ÁREA, com o devido monitoramento do IBAMA- SE, CUMINANDO MULTA DIÁRIA (ASTREINTE) no valor R\$ 5000,00 em caso de inadimplemento, até decisão de mérito.

DO PEDIDO DEFINITIVO.

Requer:

a) A citação do requerido, sob pena de confissão e revelia, com as advertências dos arts. 285 e 348 do CPC;

b) A procedência do pedido, com a condenação do requerido à reparação de todos os danos ambientais causados por ele na Reserva Biológica de Santa Isabel, situada no Município de Pirambu – Se, também com o devido acompanhamento do Ibama-Se;

c) Produção de prova pericial para aferição do atual grau e estágios dos danos causados ao meio ambiente pelo requerido, objetivando a melhor forma de sua reparação;

d) Produção de prova documental e testemunhal, bem como depoimento pessoal do requerido, sob pena de confesso.

e) Notificação ao IBAMA- SE para integrar a lide como litisconsorte, sendo Órgão ambiental responsável pela referida reserva biológica.

Dá à causa o valor de R\$ 5000,00.

Termos em que, r. e a . esta e documentos da peça informativa em apenso,

Pede e espera deferimento.

Pirambu, 28 de junho de 2001.

Emerson Oliveira Andrade

Promotor de Justiça

Estando o acusado incurso nas penas dos art. 38 , 39 , 40 , 44 e 50 da Lei nº9605/98, e pelas circunstâncias do delito e o teor da Súmula 342 do STJ não faz jus a nenhum benefício da Lei nº 9099/95, razão pela qual requer este Órgão sua citação para Interrogatório e demais atos processuais até final sentença, sendo as testemunhas do rol infra intimadas para deporem sobre estes fatos, sob as cominações legais.

Requer , por fim , como medida cautelar , em face a natureza do delito, seja determinada a INTERDIÇÃO da área ocupada pelo denunciado na área da reserva biológica de Santa Izabel, com monitoramento do Ibama-Se, Órgão ambiental responsável .

Rol de Testemunhas:

Benício dos Santos, fls. 15;

Manoel dos Santos, fls. 16;

José Monteiro, fls. 17;

Augusto César Coelho Dias da Silva, fls. 45 e

Fátima Maria Diaz da Hora , fls. 47.

**Nestes termos
Pede deferimento.**

Pirambu, 28 de junho de 2001.

**Emerson Oliveira Andrade
Promotor de Justiça.**

PARECERES

União Estável - Procuradora de Justiça
Maria Luiza Vieira Cruz

APELAÇÃO CÍVEL: 0703/2000
PROCEDÊNCIA: 10ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE ARACAJU
APELANTE: BANCO BRADESCO S/A
APELADA: RITA MARIA NOGUEIRA DE LIMA
RELATOR: DES. JOSÉ ANTÔNIO DE ANDRADE GÓES

APELAÇÃO CÍVEL. Embargos de Terceiro. União estável. Meação de concubina. Restando provada a convivência marital, havida entre embargante e o executado, correta é a sentença que exclui da constrição judicial, o quinhão pertencente à convivente. Pelo improvimento do recurso, é o parecer.

PARECER

BANCO BRADESCO S/A, pessoa jurídica de direito privado, inconformado com o *decisum* exarado pelo MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Cível, nos autos dos **EMBARGOS DE TERCEIROS** opostos por **RITA MARIA NOGUEIRA DE LIMA**, contrapõe a presente apelação.

Inicialmente, urge salientar que o recurso foi protocolado em tempo hábil, preenchendo as formalidades legais.

De logo, parece-nos conveniente, um rápido relatório, para facilitar o entendimento da marcha processual.

A embargante, em sua proemial, alega que metade dos bens penhorados na ação executiva em apenso, lhe pertence. Isto porque, ditos bens, foram adquiridos na constância de sua união estável, com um dos executados no feito já mencionado.

Devidamente citado, o banco/embargado apresenta sua defesa, aduzindo ser a embargante detentora de mera expectativa de direito, vez que, não sendo casada civilmente com o executado, não poderia fazer jus a meação colimada.

Na sentença combatida, o ilustre juiz monocrático, julgou procedentes os embargos, excluindo da constrição efetivada, a meação da embargante.

Em seu arrazoado, o apelante pleiteia a reforma do veredicto, argüindo, entre outras cousas, que a apelada, não fez prova de que, a dívida contraída, não revertera em benefício da família.

Aparelhada as contra razões, a apelada refuta os motivos lançados pelo recorrente, pugnando pela manutenção da sentença em sua integralidade.

Posto isto, adentrando no âmago da *vexata quaestio*, entendemos não merecer agasalho o recurso *sub oculo*.

Como bem se vê, o presente apelo decorre de Ação de Embargos de Terceiro, por meio da qual, a recorrida vem a juízo defender sua meação, sobre os imóveis penhorados na ação executiva apendicular. Diga-se: resguardar a parte que lhe é cabível, sobre os bens comuns, resultantes da convivência marital havida entre ela e seu companheiro/executado.

Isto dito, cai bem a lanço, enfatizarmos que o embargado/apelante argüiu como único ponto da *litis contestatio*, a inexistência do direito perquirido pela embargante/apelada, em face dessa, não ter reconhecida judicialmente, sua sociedade de fato com o executado.

Neste prisma, conveniente se faz registrarmos, que a apelação interposta, denota claramente o cunho protelatório, que o recorrente deseja imprimir ao feito. Assim pensamos, porque este recurso, primeiramente, cinge-se em comparar a decisão prolatada neste processo a outro, de juízo diverso, inobstante ser o caso idêntico.

Apesar disso, *data venia*, cumpre-nos abordarmos as razões postas a discussão.

Examinando acuradamente os motivos que lastreiam a apelação ora analisada, resta indubitável que o ponto de inconformismo, enfatizado pelo apelante, prende-se ao fato de que, a apelada, não demonstrou através de provas, que a dívida assumida por seu marido, não aproveitou a família. Assim, é de ver-se, que tal argumento, não fora abordado em nenhum momento processual.

Deste modo, o recorrente, em sede recursal, não pode modificar os limites objetivos da lide, pois, afrontaria a dicção do art. 300, do Livro de Ritos, que diz, *in verbis*:

“ Art.300 - Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir ”.

Bem a propósito, corroborando o nosso entendimento, transcrevemos a citação do ilustre processualista Humberto Theodoro Júnior, que discorrendo sobre o assunto, assim ministra:

“ O ônus de argüir na contestação “toda a matéria de defesa” é consagração, pelo Código, do princípio da eventualidade ou da concentração, que consiste na preclusão do direito de invocar em fases posteriores do processo matéria de defesa não manifestada na contestação ”. (In Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 28ª edição, p. 378).

Ora, nesta linha de raciocínio, não tendo o apelante insurgido-se, na peça de defesa, sobre a questão da reversão ou não, da dívida em prol da família, falece seu direito de, nesse momento processual, fazê-lo.

Por fim, é por demais sabido, que os juízes só esposam seu convencimento, prolatando um ***decisum***, com matérias e provas trazidas aos autos, por ambas as partes.

Destarte, ante ao exposto, inclinamo-nos pelo conhecimento do recurso, por ser caso dele, mas para negar-lhe provimento, devendo ser mantida incólume, a decisão singular.

É o parecer, s.m.j.

Aracaju, em 25 de outubro de 2000

Maria Luiza Vieira Cruz
Procuradora de Justiça

Habens Corpus
Procurador de Justiça Paulo Moura

Habeas Corpus Nº 087/2001

Procedência: Comarca de Propriá

Impetrante: Joaquim Gonçalves Neto

Paciente: Heliomarto Rezende Silva

Relator: Desembargador Artur Oscar de Oliveira Deda

PARECER Nº 77/2001

O Advogado **Joaquim Gonçalves Neto**, qualificado na exordial, impetrou a presente ordem de ***habeas corpus*** liberatório, com pedido liminar, em favor de **Heliomarto Rezende Silva**, também qualificado na peça de abertura, fundamentando-se, para tanto, nos artigos 647 e 648, inciso III da Lei Processual Penal, indicando como autoridade coatora a Juíza de Direito da Comarca de Propriá.

Em resumo, argüi o impetrante a incompetência da MM. Juíza de Direito para decretar a prisão preventiva do paciente, uma vez que o “roubo” investigado se consumou na Comarca de Pacatuba, devendo ser este o Juízo competente para qualquer ato processual. Postula seja declarada a “incompetência absoluta” do Juízo de Propriá, para, então, determinar-se a nulidade do decreto prisional, expedindo-se, via de consequência, o Alvará de Soltura.

Concluso o feito ao Desembargador Relator, este, às fls.16v, negou liminarmente o pleito, requisitando as informações necessárias, que se encontram às fls.19/29.

Em seguida, vieram os autos com vista a esta Procuradoria de Justiça, para o devido pronunciamento.

Mais uma vez vem o impetrante postular ordem liberatória em favor do mesmo paciente, cujo *mandamus* anterior, de n.º 071/2001, foi-lhe negado, por unanimidade, pela Colenda Câmara Criminal, no último dia 03 (três) de maio.

Em verdade, novo é o fundamento trazido à análise, no ensejo de que seja declarada a nulidade do decreto de prisão preventiva, que mantém o ora paciente recolhido no “1º BPCOM”.

Alega, em suas razões, que por se estar a cuidar do “tipo penal roubo” e este ter-se consumado no Município de Pacatuba, competente é o Juízo daquela Comarca para processar e julgar o crime.

Contudo, em análise às informações prestadas, pode-se observar que o inquérito policial ao qual se refere o impetrante não investiga meramente um delito de roubo, visa sim a “desvendar uma quadrilha especializada em roubos de cargas, latrocínios, homicídios e receptação”, fls.20. E acrescenta, “o inquérito n.º 006/2001 da Delegacia Regional de Propriá não investiga um crime de roubo puro e simples, mas sim de um crime de quadrilha, onde vários crimes foram cometidos por seus integrantes, entre eles o crime de receptação dolosa que se deu, também, nesta Comarca de Propriá”, cidade onde existe um depósito de mercadorias roubadas.

Dessa forma, sucumbe a pretensão do impetrante em querer macular o discutido decreto prisional com uma nulidade ensejada pela incompetência *ratione loci*, que, após análise dos autos, não resta verificada. Ressalte-se, ainda, a impossibilidade de se declarar nulidade absoluta quando se cuida, em hipótese, de incompetência que ocasionaria apenas nulidade de caráter relativo.

Discute-se, segundo as informações prestadas, delito de quadrilha ou bando, *da qual o paciente é notoriamente integrante*, que se constitui como uma infração de natureza permanente e, portanto, alcançada pelas disposições insertas no artigo 71 do Código de Processo Penal, conforme, ainda, o entendimento doutrinário adiante exposto:

Como os delitos podem ocorrer em comarcas diversas, desde que próximas, prevê a lei que a competência é firmada pela prevenção, sendo competente o juiz que tiver antecedido os outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa (...). No crime permanente há apenas uma conduta, mas como a consumação se prolonga, pode ocorrer em dois ou

mais locais diferentes, todos, em tese, lugar da infração. (MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. 7ª ed., Ed. Atlas, p.260)

Neste toar, não se configura o alegado constrangimento ilegal, haja vista ser competente a MM. Juíza da Comarca de Propriá para decretar a prisão ora combatida.

Neste sentido, oportuno se faz destacar os mais recentes julgados:

HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA – PRETENDIDA REVOGAÇÃO – ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO JUIZ QUE A DECRETOU – IMPROCEDÊNCIA – CRIME PERMANENTE – TEORIA DO RESULTADO – PREVENÇÃO – DENÚNCIA APTA – ATENDIMENTO AOS TERMOS DO ARTIGO 41 DO CPP – DENEGAÇÃO – Não há alegar incompetência do juízo que decretou a prisão preventiva, em crime de roubo, considerando que este é de natureza permanente, aplicando-se a teoria do resultado, em face da competência por prevenção. Não é inepta a denúncia que contém todos os requisitos exigidos pelo artigo 41 do Código de Processo Penal. (TJMS – HC 68.596-1 – Classe A – I – Três Lagoas – 2ª T.Cr. – Rel. Des. Carlos Stephanini – J.O 6.10.1999)

HABEAS CORPUS – CUSTÓDIA PREVENTIVA – DECRETO – FUNDAMENTAÇÃO LEGAL – INCOMPETÊNCIA RATIONE LOCI – INOCORRÊNCIA – Não há como conceder a ordem liberatória de habeas corpus quando o decreto encontra-se suficientemente fundamentado a justificar a prisão preventiva do paciente. Inexistente o constrangimento ilegal quando o Juiz da sua própria competência, mormente em se tratando de alegação em razão do lugar. Ordem de habeas corpus denegada. Decisão Unânime. (TJSE – HC 048/96 – Ac. 1288/96 – C.Crim. – Aracaju – Rel. Des. Gilson Gois Soares – DJSE 05.12.1996)

Frente ao exposto, não se verificando o constrangimento ilegal, somos pela denegação do presente *writ de habeas corpus*.

É o parecer.

Aracaju, 11 de maio de 2001.

Paulo Moura
Procurador de Justiça

Alimentos - Revisão
Promotor de Justiça Ernesto Anísio
Azevedo Melo

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0478/ 2001

PROCEDÊNCIA - 6ª VARA CÍVEL – ARACAJU
APELANTES - HANDEL PEIXOTO GURGEL E OUTROS
REPRESENTADOS POR SUA GENITORA
DEJAIR GOMES PEIXOTO
ADVOGADO - EUJÁCIO JOSÉ DOS REIS SILVA
APELADO - GERALDO ESMERALDO GURGEL
RELATOR - DES. MANUEL PASCOAL NABUCO D ÁVILA

P – 039/2001

PARECER

Em exame **APELAÇÃO CÍVEL** interposta por **Handel Peixoto Gurgel e outros** menores representados por sua Genitora *Dejaíre Gomes Peixoto*, irrisignados com a r. Sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Aracaju, que julgou procedente em parte a Ação de Alimentos para reduzir a pensão alimentícia para a quantia equivalente a um (01) salário mínimo da obrigação cabível ao Apelado/ Autor *Geraldo Esmeraldo Gurgel*.

Alegam os Apelantes que a r. Sentença recorrida não fez a devida justiça, deixando de observar as circunstâncias dos fatos que fizeram a Lide, causando-lhes prejuízo.

Argumentam que anteriormente ficou acertado entre as Partes que a obrigação alimentar do Apelado na condição de Genitor para com os seus filhos menores, ora Apelantes, é na ordem do percentual equivalente a 130% (cento e trinta por cento) do salário mínimo. E que o Apelado ficou com a menor parte do montante da pensão alimentícia atribuída aos Recorrentes, pois, os Avós Paternos dos menores assumiram a responsabilidade de contribuir com dois (02) salários mínimos mensais.

Bem como a alegação tão somente da influência da política salarial do Governo Federal e a constituição de nova família, não se constituem motivo relevante para reduzir ainda mais a diminuta pensão alimentícia.

Por seu turno, em contra-razões o Apelado refuta tal posicionamento, defendendo a manutenção da Sentença atacada, ao afirmar que houve modificação após o acordo inicial de alimentos, vez que foi provado o aumento das despesas do Recorrido face a constituição de nova família, e o nascimento de mais dois (02) filhos, sem esquecer que os Recorrentes além da pensão alimentícia prestada pelo seu Genitor, percebem quantia igual a dois (02) salários mínimos mensais dos Avós Paternos.

Em seguida, vieram os Autos a esta Procuradoria de Justiça para o devido pronunciamento.

É o escorço.

O Recurso é tempestivo, e encontra-se devidamente preparado, merecendo portanto ser conhecido.

O presente caso, necessita de profundo exame e acurado estudo.

O Direito não é uma ciência exata, é por natureza social. Não é estático, é dinâmico. É o bem senso. Na verdade, é a própria caixa de ressonância para atender os anseios e os reclamos da própria Sociedade.

E o Direito de Família não seria diferente, pois além de ser “o conjunto de normas que fazem parte do Direito Civil, reguladoras das relações entre os cônjuges e destes com os filhos”, indiscutivelmente também mexe com a emoção e os sentimentos das pessoas envolvidas na Demanda.

A magnitude do Direito de Família revela-se em não ficar atado ao texto frio da Lei, nem as antigas regras preestabelecidas, mas oxigenando-se dentro de um contexto político, sócio-econômico.

Na conjuntura atual têm os seus Operadores a obrigação e o dever indelével de examinar de forma imparcial, livre das próprias paixões inerentes às Partes, os casos de *per si*, pois indubitavelmente, cada caso é um caso, a merecer justo julgamento.

Outrossim, deve-se ressaltar que os alimentos, na verdade, são fixados, em regra, na proporção da “**necessidade**” do Alimentando e na “**possibilidade**” do Alimentante, consoante o disposto no art. 400 do Código Civil.

Perlustrando o bojo dos Autos, realmente, verifica-se qualquer fato novo modificador ao acordo anteriormente celebrado pelas Partes?

O novo casamento do Requerido se constitui motivo plausível para justificar a Revisão de Alimentos?

E o surgimento dos dois filhos do Suplicado, frutos do novo relacionamento ensejam a redução dos alimentos?

O artigo 30 da Lei nº 6515/77 assevera que, por si só, novo matrimônio não autoriza a alteração da obrigação alimentar antes assumida.

A Doutrina acerca da matéria é uníssona ao prelecionar que “*se, portanto, a simples união concubinária ou o novo casamento do genitor*

alimentante não basta para justificar pretensão redução da pensão alimentar devida aos filhos do leito anterior" (Yussef Said Cahali in Dos Alimentos, 2ª ed., Revista dos Tribunais, p. 747).

Contudo, o próprio Código Civil no artigo 401 disciplina que se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, poderá o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, redução do encargo.

O citado Papa do Direito de Família explicita *"que havendo prole do novo casamento ou da união concubinária, tendo estes filhos similar direito de serem sustentados pelo genitor comum, só daí resulta a configuração de um encargo superveniente que autorizaria a minoração do 'quantum' antes estipulado, para que todos os filhos menores, independentemente da natureza da filiação, possam ser atendidos equitativamente, na proporção de suas necessidades"*(p. 747).

A propósito, Washington de Barros Monteiro é taxativo ao proclamar:

"A lei não quer o perecimento do Alimentando, mas também não deseja o sacrifício do Alimentante".

Nesse sentido, a Jurisprudência é remansosa:

"A constituição de nova família, com nascimento de filho, por si só, não enseja motivo para a exoneração dos alimentos até então devidos, mas permite a redução dos mesmos, vez que tal circunstância vem diminuir, inevitavelmente, a capacidade financeira do alimentante, mantida, porém, igualdade de assistência entre todos os filhos menores, independentemente da natureza da filiação". (TJMG, AP. Cível nº 126.362/3, Rel. Des. Monteiro de Barros, DJ 19.11.1998 in Jurisprudência Mineira, Vol. 147, Março de 1999, p. 158).

Não se pode olvidar que a Doute sentença prolatada ao decidir a presente lide, lastrou-se no bom senso e na equidade, mesmo porque além da pensão alimentícia paga pelo ora Apelado, os Apelantes ainda recebem dos Avós Paternos a quantia mensal correspondente a dois salários mínimos.

Ex positis, somos pelo **improvemento** do recurso de apelação interposto, mantendo-se, destarte, incólume a decisão ora profligada.

É o Parecer, S.M.J.

Aracaju, 13 de junho de 2001.

ERNESTO ANÍZIO AZEVEDO MELO
PROMOTOR DE JUSTIÇA
- Por Convocação -

Responsabilidade Civil do Município
Procuradora de Justiça
Maria Izabel Santana de Abreu

APELAÇÃO CÍVEL n.º: 309/2000
PROCEDÊNCIA: 3.ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE ARACAJU
APELANTE: MUNICÍPIO DE ARACAJU
APELADO: MARCONE DE MENEZES FONTES
RELATOR: DES JOSÉ ANTÔNIO DE ANDRADE GÓES

Apelação Cível com Remessa Obrigatória – Responsabilidade Civil do Município – Falta do Serviço – Com base na teoria da *faute du service*, é civilmente responsável o poder público municipal, subjetivamente, pelos danos que a sua omissão acarretar a particulares. No caso, não adoção de providências para o fiel cumprimento das normas edilícias, deixando de exercer o poder de polícia tendente a evitar a formação de favela em plena via pública, com a utilização do muro da residência do autor como sanitário improvisado, limitando-lhe até o seu acesso e depreciando-lhe consideravelmente o valor. Pelo improvimento do apelo e da remessa necessária é o parecer.

PARECER

Hospedam os autos uma Ação de Perdas e Danos proposta por **MARCONE DE MENEZES FONTES** contra o **MUNICÍPIO DE ARACAJU**, tendo por substrato fático a edificação de barracos, por imigrantes sem teto, nas adjacências da residência do autor, situada à esquina das ruas Jornalista Paulo Costa e Bráulio Costa, Atalaia Velha, neste município, o que tem ocasionado incômodos de toda a sorte ao pleiteante e seus familiares.

O autor afirma:

Nesses barracos, há pessoas de comportamentos duvidosos, alguns são vadios, outros bebedores, espancadores de mulheres, e têm praticado atos de vandalismo, quebrando a vidraça da casa do Requerente, havendo prisões no local de alguns desses moradores que diariamente assumem a sua subcultura.

Não obstante toda balbúrdia explícita, o poder público, além da omissão, ainda contribui para com a ilicitude, fornecendo água e luz a tais moradores, com a polícia exercendo a mera função de expectadora (sic), bem como aqueles outros órgãos e instituições sobre as quais incide o dever de polícia”.

A sentença de fls. 457 **usque** 459 julgou procedente o pedido, condenando o réu a ressarcir ao autor a quantia de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Ao recurso oficial, soma-se apelação voluntária do Município, sustentando que os danos eventualmente causados ao postulante decorreram de atos de terceiros, alheios à administração, motivo pelo qual exclui-se a sua responsabilidade; aduz ser impossível impedir a formação da favela ao lado do imóvel do autor e que a Suplan – Superintendência Municipal de Planejamento Urbano está providenciando a remoção dos invasores, descabendo, portanto, o pedido de indenização.

Contra-razões de fls. 468/473.

Esse é o panorama do inconformismo.

Os autos demonstram fartamente a formação da favela que a peça inicial informa. Há, nesse diapasão, cuidadoso e detalhado laudo técnico elaborado pelo perito do juízo destacando o submundo pelo qual vive esse conglomerado humano, fixado no leito da via pública, com utilização até dos muros da casa do autor para improvisação de sanitários.

Nesse toar, logo, resta-nos a análise da responsabilização, ou não, do poder público municipal pelos prejuízos que estão sendo experimentados pelo demandante e sua família.

Está-se diante de genuíno caso de dano por omissão do Estado, a denominada ***faute du service***, caracterizada, ***in casu***, pela ausência de providências da administração municipal para impedir a fixação da favela no local onde a mesma se instalou. Em casos tais, afasta-se a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, havendo a necessidade de o ofendido demonstrar a culpa do poder público. Nesse sentido, leciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO:

“Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano”. (Curso de Direito Administrativo, 9.^a ed., Malheiros, p. 614).

A indagação que vem em seguida é se houve, ou não, culpa do Município na instauração do conglomerado em análise. E parece-nos, do cotejo do que contém os autos, que a resposta positiva terá lugar.

Em primeiro lugar, cabe destacar que ao Município compete o ordenamento urbano, nos termos concebidos pela Carta Política de 1988, sendo responsável pela regulamentação edilícia. A respeito, percuente é o escólio do saudoso HELY LOPES MEIRELLES:

“O ordenamento urbano é a disciplina das cidades e suas atividades, através da regulamentação edilícia, que rege desde a delimitação da urbe o seu traçado, o uso e ocupação do solo, o zoneamento, o loteamento, o controle das construções até a estética urbana. Tudo, enfim, que afetar a comunidade urbana sujeita-se à regulamentação edilícia, para assegurar o bem estar da população local”. (Direito Municipal Brasileiro, 7.^a ed., Malheiros, p. 398).

Mercê disso, possui a municipalidade o poder de Polícia das Construções, que é assim sintetizado pelo mestre supramencionado: *“a polícia das construções se efetiva pelo controle técnico-funcional da edificação particular, tendo em vista as exigências de segurança, higiene e funcionalidade da obra segundo a sua destinação e o ordenamento urbanístico da cidade, expresso nas normas de zoneamento, uso e ocupação do solo urbano”* (ob. cit. p. 353).

E mais adiante, ressalta o insigne administrativista:

“Verificando irregularidade nas construções em andamento, a Prefeitura, por seus órgãos e agentes competentes deverá notificar o responsável para sua correção em prazo viável, e, se desatendida, poderá embargar a obra, mediante a lavratura do respectivo auto de embargo, fazendo paralisar os trabalhos, inclusive com requisição de força policial para o cumprimento da determinação municipal. Tratando-se de construções concluídas, e até mesmo habitadas ou com qualquer outro uso, a fiscalização notificará os ocupantes da irregularidade a ser corrigida e, se necessário, interdirá sua utilização, mediante competente auto de interdição, promovendo a desocupação compulsória se houver insegurança manifesta, com risco de vida ou saúde para seus moradores ou trabalhadores” (pg. 356).

Assim, demonstrado à exaustão que ao Município incumbia o embargo daquelas construções clandestinas, em caráter precário e em plena via pública, causando enormes transtornos ao postulante e sua família. Ressalte-se que o autor assumiu posição ativa no episódio, não deixando de movimentar a máquina administrativa e informar às autoridades competentes do iminente problema que ora se instalava. No entanto, seus esforços malograram, diante da inércia dos poderes constituídos.

Pertinente aos danos acarretados ao autor pelas mencionadas construções, esses se encontram nitidamente especificados no criterioso laudo pericial de fls. 283/420.

Dentre os mais acentuados, estão a depreciação do valor do seu imóvel e a limitação do seu acesso, pois a lateral da residência do promovente ficou totalmente obstruída. Desses prejuízos, merece o demandante ser reparado.

Honra-nos, aliás, compartilhar do posicionamento de RUI STOCO, que, em sua RESPONSABILIDADE CIVIL, pontificou:

“A segunda é a ocupação de bens de uso comum do povo (estradas, ruas e praças), com a construção de barracos de madeira, neles se instalando famílias inteiras e impedindo o trânsito de veículos e impedindo o acesso de particulares às suas propriedades.

Em casos que tais afirma-se a responsabilidade do Estado pelas dificuldades e prejuízos sofridos pelos administrados, emergindo a visível omissão do Poder Público que tendo meios necessários para impedir tais invasões, ou tomar as medidas administrativas necessárias para neutraliza-las e desobstruir locais públicos essenciais ao tráfego e trânsito, com o uso do poder de polícia de que é detentor, ou, ainda, ingressando em Juízo com medidas cabíveis, queda-se inerte" (RT, 4.^a Ed., p. 607).

De mais a mais, merecem transcrição dois julgados emanados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que se aplicam à espécie em exame:

"Responsabilidade civil pelo flanco da teoria do risco administrativo. Omissão de agir, ao que lhe cumpria promover, na escora de seu poder de polícia edilícia, deixando a Municipalidade o recrudescimento de uma favela, barracos por toda parte, em região nobre unifamiliar, objeto de planificação urbanística, nisso desvalorizando as propriedades privadas, regularmente edificadas em moradas. Conduta omissa que se avulta por admitir edificações afrontosas até dentro de áreas públicas. "No direito brasileiro" – assinala o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, integrante do mais Alto Pretório da República, em exposição meritória – "convive a responsabilidade civil objetiva, com base na teoria do risco administrativo, com a responsabilidade subjetiva, na hipótese, por exemplo, de atos omissivos, determinando-se a responsabilidade pela teoria da culpa ou falta do serviço, que não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, ou que funcionou mal ou tardiamente" (Rev. Ciência Jurídica, vol. 42/12-13, nov. 1991). Recursos compulsório e voluntário improvidos. (ApCív 1990.001.1067, Oitava Câmara Cível, unânime, Rel. Des. Ellis Hermydio Figueira, j. 22.04.1993)

"Responsabilidade civil. Surgimento de favela na via pública, com construção de barracos colados ao muro frontal de terrenos de particulares, a impedir o acesso destes ao interior dos lotes de terreno de que são proprietários. Omissão do Município quanto à remoção da favela, reiteradamente solicitada. Prejuízos sofridos pelos proprietários dos lotes em decorrência de omissão abusiva do Poder Público. Responsabilidade Civil do Município. Configuração. Direito dos munícipes à desobstrução da via públicas e à indenização dos prejuízos decorrentes da omissão abusiva do poder público. Reconhecimento. O Município que não mantém em condições de uso regular as vias públicas, tolerando que nela se instalem favelas, que impedem que particulares tenham acesso aos lotes de terreno de que são proprietários está sujeito a ser condenado a desobstruir a via pública e pagar indenização dos danos a que a sua omissão deu causa. Agravo retido e apelação improvidos. Sentença confirmada. Declaração de voto." (ApCív 1995.001.02233, Quarta Câmara Cível, unânime, Rel. Des. Wilson Marques, j. 18.06.1996)

Por último, concernente ao valor da condenação imposto pela decisão monocrática, entendemos não merecer censura, pois encontrado após laborioso trabalho do perito do juízo em substancioso laudo pericial aos autos anexado.

Diante do exposto, pelo improvimento do apelo e da remessa obrigatória, com a manutenção da sentença monocrática.

É o parecer.

Aracaju, 21 de agosto de 2000

MARIA IZABEL SANTANA DE ABREU
PROCURADORA DE JUSTIÇA

Dano Moral
Procuradora de Justiça Maria Izabel
Santana de Abreu

APELAÇÃO CÍVEL N.º: 425/2000

PROCEDÊNCIA: 1.ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE ARACAJU

APELANTE: THEOBALDO ELOY DE CARVALHO

APELADA: VARIG S/A – VIAÇÃO AÉREA RIO GRANDENSE

RELATORA: DESª MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO

Apelação Cível – Responsabilidade civil – Dano moral – Não configurado.

Mero dissabor inerente à vida cotidiana não dá ensejo a dano moral. Para esse ser caracterizado, é mister que o ato ilícito tenha tido reflexos no decoro do ofendido, causando-lhe aflição, suplício, humilhação, inconfundível com mero aborrecimento ou contratempo. Improvimento do apelo.

PARECER

THEOBALDO ELOY DE CARVALHO, não se curvando ao desfecho da ação de reparação de danos materiais e morais que ajuizou contra a **VARIG S/A VIAÇÃO AÉREA RIO GRANDENSE**, apela objetivando ver a sentença modificada.

Suscita, *ab initio*, nulidade por ausência de intimação do Ministério Público *a quo* para officiar como *custus legis*. Sustenta ter havido *error in judicando* do ilustrado juiz de primeiro grau, ao não reconhecer o dano moral que sofreu por obra dos prepostos da empresa apelada.

Respondeu a apelada que o fato ensejador da demanda não causou dano algum ao bom conceito do autor, razão pela qual defende a manutenção da decisão monocrática, negando-se a reparação pecuniária postulada.

Eis o resumo dos autos.

Há questão prévia a ser analisada, e que respeita à não intimação do órgão do Ministério Público para officiar como fiscal da lei, o que, na ótica do autor/apelante, causaria nulidade do feito.

Não procede a arguição, todavia. Apoiamo-nos em, ao menos, duas sólidas razões para assim pensar, a saber: primeiro, o demandante não requereu a manifestação do *parquet* em primeiro grau, motivo pelo que seria paradoxal que viesse posteriormente se beneficiar da própria omissão; em segundo lugar, o conflito de interesses que os autos revelam é revestido de caráter única e exclusivamente privado, que não reclama a atuação obrigatória do Ministério Público.

Não nos impressiona a invocação do Código de Defesa do Consumidor, para o qual o apelante roga olhares, concluindo pela intervenção do Ministério Público *a quo* no caso mirado. Acontece que o CODECON apenas prevê a interferência necessária do órgão ministerial em ação de natureza coletiva, conforme edita o art. 92 do estatuto consumerista.

À minguia de interesse público que viesse a reclamar a interveniência obrigatória do membro do *parquet* de primeiro grau, opinamos pelo improvimento do apelo nesse particular.

Quanto ao restante da matéria agitada no recurso, entendemos ser necessária uma exposição dos fatos que desencadearam a controvérsia, assim relatados pelo próprio insurgente:

O apelante, juntamente com sua esposa, filha, genro e mais dois casais amigos, dentre os quais quatro jovens magistrados, inclusive sua filha, realizaram viagem turística pela Europa utilizando a empresa apelada como sua transportadora.

No seu retorno, que se dera da cidade de Roma, Itália, ao fazer o check-in, foi destacado indevidamente pelo agente da empresa o ticket do bilhete de passagem relativo ao trecho Rio de Janeiro a Aracaju, ao invés de Roma a Rio de Janeiro.

Na escala em Milão, tomou conhecimento do fato porque foi convidado a comparecer ao comissário de bordo e lá foi destacado o ticket Roma/Rio de Janeiro,

lhe informando o comissário que sobre o erro em Roma a empresa já havia comunicado ao Rio de Janeiro e não haveria problema nem transtorno no embarque para Aracaju.

Ocorreu que no check in, no Rio, foi convidado a sair da fila e providenciar outro bilhete de viagem para o trecho Rio de Janeiro/Aracaju, ou pagar uma taxa e assinar um termo de responsabilidade para poder prosseguir viagem, e o fez e o que não correspondeu a informação do comissário em Milão.

Em razão disso promoveu a presente ação de danos materiais e morais em face da apelada por força do manifesto constrangimento sofrido que lhe causou grande dor moral, em sair da fila e submeter-se ao pagamento de uma taxa e a assinatura de um termo de responsabilidade para poder viajar, quando o erro e responsabilidade fora da empresa por ato de seu preposto e não do apelante.

Da análise que fizemos dos fatos acima narrados, com todo o respeito e estima que temos à pessoa do postulante, cuja honorabilidade dispensa comentários, não se nos pareceu que tenha sido vilipendiada a sua honra apenas por ter sido obrigado a comparecer ao departamento da companhia aérea para a solução da pendência, mesmo que esta tenha se originado de conduta culposa de um preposto da requerida.

O ilustre magistrado *a quo*, com a lucidez que lhe assinala o espírito, asseverou com total pertinência:

“Objetivamente, não vislumbro em que o reconhecido conceito pessoal, ético e profissional do Autor foi vulnerado, diante dos acontecimentos noticiados pelo próprio, em sua petição inicial e na réplica.

Na ótica deste julgador, o fato de um cidadão que se desloca em viagem aérea e, chegando a um aeroporto, é convidado a procurar um departamento determinado

da empresa aérea, para proceder a diligências exigidas por normas regulamentares impostas à mesma, para encaminhamento do problema específico, não constitui, só por só, causa eficiente à configuração de dano moral, ainda que ditas diligências tenham sido consequência de conduta culposa de um empregado da mesma Empresa”.

Com efeito, para a configuração do dano moral, é mister tenha o ato culposos tido reflexos na esfera moral do ofendido; o ato afrontoso deve causar nele um tormento, suplício, aflição, de molde a provocar-lhe um abalo na sua dignidade, no seu decoro. A hipótese dos autos apenas traz a lume um aborrecimento, um dissabor, um contratempo típico da vida cotidiana, rotineiro em viagens internacionais, e que não teve o condão de assetear o bom nome do autor.

No mesmo sentido decidem os tribunais, *in verbis*:

Responsabilidade civil. Dano moral. Configuração. Princípio da lógica do razoável. Na tormentosa questão de saber o que configura o dano moral, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da sensibilidade ético-social normal. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível e o homem de extremada sensibilidade. Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, o vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem estar, não bastando mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada. Desprovemento do recurso. (TJRJ, Segunda Câmara Cível, ApCív1995.001.8611, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, j. 12/03/1996).

Dano moral. Necessariamente ele não existe pela simples razão de haver um dissabor. A prevalecer essa

tese, qualquer fissura em contrato daria ensejo ao dano moral conjugado com o material. O direito veio para viabilizar a vida e não para truncá-la, gerando-se um clima de suspense e de demandas. Ausência de dano moral, no caso concreto. Recurso desprovido. (TJRS, Sexta Câmara Cível, ApCív 596185181, Rel. Des. Décio Antônio Erpen, j. 05.11.1996).

Do exposto, e considerando que a decisão monocrática não merece reproche, opina o Ministério Público pelo improvimento do apelo.

É o parecer.

Aracaju, 04 de setembro de 2000

MARIA IZABEL SANTANA DE ABREU
PROCURADORA DE JUSTIÇA

***Reclamação Contra Decisão de Juiz
do Tribunal do Júri
Promotor de Justiça Felix Carballal***

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR
DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE**

RECLAMAÇÃO.

Reclamante: Ministério Público do Estado de Sergipe.

Reclamada: Juíza de Direito da 10ª. Vara Criminal da Comarca de Aracaju.

“Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado. Como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um Juiz. Advogado sem paixão, Juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor da fidelidade, a generosa combatividade do defensor, ou, por amor da polêmica a objetividade sem paixão do magistrado” - CALAMANDREI

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, vem respeitosamente perante V. Exª., por intermédio do Órgão de Execução *in fine* assinado, o qual atua por designação do Chefe do *Parquet* Sergipano (conf. doc. 01), com espeque nos artigos 149 e seguintes do Código de Organização Judiciária de Sergipe – Lei n.º 2.246 de 26 de dezembro de 1979 - manifestar **RECLAMAÇÃO** contra decisão da Exmª. Srª. Juíza de Direito da Décima Vara Criminal da Comarca de Aracaju (Segundo Tribunal do Júri), pelos motivos fáticos e jurídicos a seguir delineados:

IN LIMINE

Em obediência ao disposto no art. 151 do Código de Organização Judiciária de Sergipe, apresentamos de imediato:

1. Cópia autêntica da decisão reclamada, proferida na segunda sessão ordinária da segunda sessão periódica do ano em curso, do Segundo Tribunal do Júri da Comarca de Aracaju, julgando o réu **José Célio dos Santos** (docs. 02 *usque ad* 05 – ATA da referida sessão).

2. Cópia autêntica da decisão que indeferiu o pedido de reconsideração formulado pelo M.P. (doc. 06).
3. Quanto as datas das respectivas publicações, observe-se que a primeira decisão foi proferida em plena sessão de julgamento, em plenário, no dia 12 de março de 1999, portanto, a publicação foi imediata. Já em relação a segunda decisão, esta foi prolatada em 19 de março de 1999 e o Ministério Público tomou ciência na mesma data – conf. doc. 07.

Por outro ângulo, cumpre-nos ressaltar que, o pedido de reconsideração foi formulado no primeiro dia útil após a decisão impugnada (docs. 08 à 11) e, a Reclamação está sendo manifestada outrossim, no primeiro dia útil após a data da publicação do despacho que indeferiu o pedido de reconsideração – destarte, foram atendidos fielmente os prazos fixados pelo art. 150 e seu parágrafo, do mencionado Código.

FATOS

No último dia doze de março, o Segundo Tribunal do Júri da Comarca de Aracaju se reuniu em sessão solene para julgar **JOSÉ CÉLIO DOS SANTOS**, acusado de ter cometido homicídio qualificado no ano de mil novecentos e noventa e um.

Durante a inquirição das testemunhas, todo o plenário foi surpreendido durante os depoimentos de **MARGARIDA LINO** e, seu filho, **VALTER FÉLIX DOS SANTOS**.

Isto porque ambos afirmaram que nunca tinham comparecido à Delegacia de Polícia para prestar depoimento sobre o crime *sub judice*. Apesar disso, existia nos autos o documento de fls. 60 e 61, qual seja, Termo de Declarações de Valter Félix dos Santos, prestado na “Delegacia Especial de Homicídios e Costumes”, oportunidade em que estava presente a genitora do mesmo, pelo fato de Valter ser, à época, menor, com dezesseis anos de idade (docs. 12/13).

Segundo as declarações de Valter Félix – prestadas na Delegacia - este estava jogando bola próximo ao sítio onde ocorreu o homicídio, quando viu o réu entrando no local em companhia da vítima e, logo após,

ouviu disparos de arma de fogo. Asseverou ainda que, *“um garoto que estava tirando manga lá por perto, contou que vira CÉLIO chegando junto com Casquinha em um pé de tamarindo, aonde encontrou-se com Gambeta e Piçarreira, quando CÉLIO disparou dois tiros nas costas da vítima”*.

É de bom alvitre salientar que, não foi identificada a única testemunha ocular do fato – o garoto citado por Valter. Além disso, acusado e vítima eram temidos no bairro em que moravam, pois eram comparsas na prática de delitos e no uso de entorpecentes; o que certamente prejudicou a colheita de provas.

Enfim, a única testemunha que trouxe aos autos fortes indícios de autoria contra o réu, foi justamente Valter Félix dos Santos, quando depôs na Polícia – juntamos cópia dos depoimentos e declarações de todas as pessoas ouvidas ao longo da marcha processual, com o fito de demonstrar ao Juízo *ad quem* a veracidade desta assertiva, docs. 14 à 42.

Ora, a alegação apresentada em plenário por esta testemunha (e também por sua mãe) gerou tremenda surpresa a todos os presentes e séria dúvida a respeito da verdade dos fatos. Principalmente porque o depoimento na Delegacia teria acontecido há mais de sete anos, quando o depoente era menor.

Acrescente-se a isso que, lamentavelmente, em virtude da notória falta de estrutura da Polícia Brasileira, esta é constantemente atacada pelos advogados de defesa que, em regra, objetivando livrar seus clientes, transformam os agentes policiais em verdadeiros monstros, capazes de tudo para forjar provas que incriminem os réus. E como os abusos policiais são constantemente divulgados pela imprensa nacional – ao contrário das diligências bem sucedidas – a população tende a desconfiar da atuação policial.

Diante desse quadro, a fim de evitar que as contradições propiciassem um julgamento injusto, em decorrência da falta de conhecimento sobre a verdade dos fatos, o Ministério Público requereu diligências que certamente eliminariam todas as dúvidas. Sim, porque a acareação entre as pessoas que assinaram o documento de fls. 60 e 61 e,

precipuamente, o exame dactiloscópico, provaria de forma contundente se a Sra. **MARGARIDA LINO**, acompanhou ou não seu filho na Delegacia. Por consequência, se falou ou não a verdade.

Além disso, o Ministério Público solicitou a Juíza Presidente que submetesse a questão aos Jurados, Juízes de fato.

Sem permitir que os Jurados se manifestassem sobre o assunto, a Juíza de primeiro grau inferiu o pedido de diligências - docs. 02 à 05.

Irresignado com referido *decisum* e diante da ausência de remédio processual capaz de combater de pronto a decisão, este Órgão de Execução recusou-se a prosseguir no julgamento, retirando-se de plenário com o escopo de adotar as medidas jurídicas pertinentes, como o faz neste instante através do meio cabível.

DIREITO

1. DA RECLAMAÇÃO.

Nos moldes do art. 149 do Código de Organização Judiciária de Sergipe:

“São suscetíveis de correição, mediante reclamação da parte ou de órgão do Ministério Público, as omissões do Juiz e os despachos irrecorríveis por ele proferidos, que importem em inversão da ordem legal do processo ou resultem de erro de ofício ou abuso de poder”. - Inovamos com negrito.

Estudando o emprego da Correição Parcial – Reclamação – no processo penal, o eminente **Julio Fabbrini Mirabete**¹, com fulcro na jurisprudência,² leciona, *ipsis litteris*:

¹ In *Processo Penal*, Editora Atlas, 2.ª edição, 1992, p. 678.

² RT 556/342; 573/363.

“Tem a correção parcial em vista, como já observado, o **error in procedendo**, ou seja, o erro cometido pelo juiz em ato processual que causa tumulto no processo. Por isso, **se tem admitido a correção parcial nas seguintes hipóteses: (...) de indeferimento de pedido do Ministério Público para volta dos autos de inquérito à Delegacia de Polícia, para localização da vítima ou de testemunha, e para realização de diligências**” – destacamos com negrito.

Tal ensinamento amolda-se como uma luva ao caso concreto sob comento.

Com efeito, a decisão irrecorrível do Juízo *a quo*, indeferindo um pleito de diligências imprescindíveis ao esclarecimento da verdade real, sem sequer consultar os Jurados, importou não só em inversão da ordem legal do processo, como também, em abuso de poder.

Perfeitamente cabível, portanto, a presente Reclamação.

2. DA COMPETÊNCIA PARA APRECIAR PEDIDO DE DILIGÊNCIAS FORMULADO EM PLENÁRIO.

Questão que provoca bastante discussão na doutrina, é justamente a que se refere à competência para apreciar pleito de diligências formulado em plenário. Esta divergência de idéias, foi expressada por E. Magalhães Noronha³, *in verbis*:

“... permite a lei que o Jurado requeira diligência para apuração de fato essencial ao julgamento da causa. **Não estão os autores concordes acerca de quem fará a apreciação da necessidade desse esclarecimento. ARI FRANCO acha que é o Jurado quem dirá, ESPÍNOLA FILHO pensa que é o Juiz presidente.**” - acrescentamos negrito.

³ In Curso de Direito Processual Penal, Editora Saraiva, 6.ª edição, 1973, págs. 266 e 267.

Para elaborarmos nossa posição sobre o assunto, resolvemos aferir o escopo das diligências. Este objetivo, a própria legislação indica: **"suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade"** – art.497, XI, do CPP.

Ora, a quem compete apreciar os fatos articulados pela acusação, pela defesa e decidir o que é verdade ou não ?

Obviamente, aos Jurados, Juízes de fato. E se cabe aos Juízes leigos a árdua tarefa de distinguir a verdade da mentira, o real do imaginário, parece-nos claro, como o sol do meio dia, que são eles que devem dizer se existe ou não, falta capaz de prejudicar o esclarecimento da verdade. Em outras palavras, se são os Jurados que vão julgar o fato, são eles que devem dizer se o mesmo está suficientemente esclarecido ou não; se a diligência é ou não pertinente para um julgamento equilibrado, coerente e justo.

Tourinho Filho⁴, abordando o art. 156 do CPP, revela:

"Afim, quem vai decidir o litígio é o Juiz. Se este entender que a causa não se encontra suficientemente esclarecida, poderá, de ofício, determinar sejam realizadas as diligências que quiser e bem entender, tal com previsto no art. 156, última parte, do CPP." – negrito não consta no original.

Entendemos que este raciocínio aplica-se integralmente à hipótese *sub examine*. Quem vai decidir o litígio, indubitavelmente, deve apreciar as questões que versem sobre os esclarecimentos do fato.

No Tribunal do Júri, *mutatis mutandi*, cabe ao Conselho de Sentença portanto, avaliar a necessidade ou não das diligências.

Assim, o Juízo *a quo*, ao se recusar peremptoriamente a submeter o pedido de diligências ao Conselho de Sentença, *data venia*, abusou de seu poder, subtraindo dos Jurados esse direito essencial ao esclarecimento da verdade.

⁴ In Processo Penal, Vol. 4, Editora Saraiva, 18.º, 1997, p. 448.

3. DA PERTINÊNCIA DO PEDIDO DE DILIGÊNCIAS.

Prevendo hipóteses dessa natureza, ou seja, o surgimento em plenário de um fato novo que possa influenciar o julgamento da causa, o legislador pátrio foi bastante lúcido ao valorizar o princípio da verdade real e estabelecer no Diploma Penal Adjetivo os seguintes dispositivos:

“Art. 497. São atribuições do presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente conferidas neste Código:

.....

XI – ordenar de ofício, ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar qualquer nulidade, ou a suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade”.

Art. 477. Se a verificação de qualquer fato, reconhecido essencial para a decisão da causa, não puder ser realizada imediatamente, o juiz dissolverá o conselho, formulando com as partes, desde logo, os quesitos para as diligências necessárias.” – destacamos com negrito.

Infere-se pois, que cabe ao juiz presidente do Tribunal do Júri, promover, com todo o empenho, a busca da verdade real, ainda que o julgamento tenha que ser adiado. A própria sabedoria popular ensina que: *“a pressa é inimiga da perfeição !!!”*.

É inquestionável que o julgamento já estava por demais atrasado. Mais de sete anos após o fato. Por outro lado, sabemos que a pauta de julgamentos está lotada.

Todavia, isso não significa que devamos promover Júris, custe o que custar. Em decisões deste jaez, o resultado pode ser o pior possível: **CONDENAÇÕES DE INOCENTES e ABSOLVIÇÕES DE CULPADOS.**

Seria o caos. A Justiça promovendo a maior das injustiças.

O importante é que os Jurados possam apreciar o caso concreto livres de qualquer dúvida, a fim de que o povo continue com a velha esperança de que *“a justiça tarda, mas não falha”*.

É bem verdade que o delito de falso testemunho pode ser apurado em procedimento específico, como salientou a Juíza de primeira instância, na decisão corrigida.

Mas, também é verdade que uma vez proferida uma decisão absolutória pelos Jurados, esta não pode ser modificada em virtude do resultado da apuração do falso depoimento, porquanto inexistente revisão *pro societate*.

Assim, caso o julgamento continuasse naquele momento, os jurados terminariam votando, sem plena convicção. E depois do veredicto, do que adiantaria saber se a testemunha mentiu ou não ??? As consequências já seriam irreversíveis!!!

Insistimos, a única testemunha que trouxe aos autos fortes indícios de autoria contra o réu, foi justamente Valter Félix dos Santos, quando depôs na Polícia. A prova testemunhal totalmente trazida à colação demonstra essa verdade.

Ora, seu depoimento em plenário, negando ter comparecido à Delegacia, aliado ao depoimento de sua genitora, no mesmo sentido, reduziu significativamente a credibilidade da única prova da acusação, em benefício do acusado e em prejuízo da justiça.

Ante tais considerações, infere-se, pois, que o pedido de diligências foi absolutamente pertinente, já que estas eram, e ainda são, imprescindíveis ao esclarecimento da verdade, a um julgamento justo.

Permissa venia, não poderia o Juízo *a quo*, a seu talante, em nome da celeridade processual, colocar em jogo a realização da tão sonhada e esperada Justiça.

A propósito, dizia **Pimenta Bueno**⁵, a respeito do tema, *verbo ad verbum*:

“Pode suceder que o exame de alguma circunstância, uma consulta médica, uma vistoria sumaríssima, ou finalmente qualquer outra diligência, ministre luz, e então a consciência do presidente do júri, por mais um pouco de trabalho, contra o qual jamais deve mostrar-se indisposto, não deve por em perigo a justiça da decisão. A sofreguidão em concluir as discussões do júri é uma das causas da imperfeição do processo e de erros do julgamento.” – inovamos com destaques.

Complementando, arremata **Frederico Marques**⁶:

“Se a diligência exigida puder efetuar-se com relativa rapidez, o presidente do júri usará dos poderes conferidos pelo artigo 497, n.º VII, e fará uso, ao revés, dos que constam do artigo 477 se a diligência for mais complexa e difícil”.

Dessarte, ainda se considerarmos que compete exclusivamente ao Juiz Presidente do Tribunal Júri a decisão sobre a pertinência ou não das diligências requeridas, teremos que concluir também que, esta decisão não pode ser arbitrária, distanciada no conjunto probatório emanado do instrumento de composição da lide.

Uma vez que a decisão entre em choque com a realidade dos autos, deve ser atacada pelo meio adequado, no caso, através da Reclamação, tratada em alguns Códigos como Correção Parcial.

4. DO ABANDONO DE PLENÁRIO.

Diante da atitude da Juíza presidente, impedindo a realização de ato indispensável ao esclarecimento da verdade e a um julgamento equânime, não restou outra alternativa a este Órgão de Execução, a não ser se retirar de plenário.

⁵ Citado por José Frederico Marques, in *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. III, Bookseller Editora e Distribuidora, 1997, p. 217.

⁶ Ob. Citada, p. 217.

Sim, porque caso contrário, em virtude da inexistência de um remédio jurídico-processual adequado, a sessão prosseguiria e os Jurados terminariam votando sem os esclarecimentos devidos.

O único meio capaz de impedir um julgamento naquelas circunstâncias, foi o adotado. Saída de plenário e posterior manifestação de Reclamação para solução do impasse pelos Órgãos Superiores do Poder Judiciário.

Aliás, prevendo caso semelhante (prejudicial à formação da opinião dos Jurados e para o qual a legislação não prevê recurso específico), o brilhante autor **Edilson Mougenot Bonfim**⁷, recomenda:

“E se o magistrado impede a inquirição direta, que fazer ?

Se uma das partes se opõe, é o quanto basta para que o Júri não se realize; portanto não cabe ao magistrado legislar (e assim agindo, estaria verdadeiramente legislando), ou decidir ao arrepio da lei, determinando o que a lei não autoriza. **A parte, nesse sentido, não está obrigada a aceitar a realização de um julgamento que já se inicia, conturbado, ao desamparo da legislação, sob a presidência de quem se disponha *ab initio* a infringi-la. *Abyssus abyssum invocat*. Por contundente que a medida pareça, mas porque é a reação compatível com a ação injustamente adotada, é o caso insofismável de utilização do *direito de resistência* do qual falava Rui. *Horribile dictu*, mas a **única solução possível é retirar-se do plenário, uma vez que inexistente um pronto remédio jurídico**, consignando-se em ata as razões de assim agir (art. 495 do CPP), resolvendo-se o impasse, posteriormente, via dos órgãos superiores e correntes da Justiça (...)**

⁷ In JÚRI – Do Inquérito ao Plenário, Editora Sraiva, 2.ª Edição, 1996, págs. 183 e 184.

Não se olvide a parte, que, concordando com a postura *manu militare*, poderá sofrer um prejuízo irreparável posteriormente, e com isso toda a justiça fenecerá (...)

...aceitando-se uma decisão gritantemente arbitrária, omite-se o fiscal da lei em seu dever de fiscalizar severamente; e são por omissões como essas que, às vezes, o culpado e pior delinqüente sai absolvido..."- destaques nossos.

REQUERIMENTOS

Ex positis, o Parquet Sergipano requer:

1. seja a decisão atacada corrigida, determinando-se a realização das diligências solicitadas em plenário, conforme registra a ATA (docs. 02/05) , em benefício da descoberta da VERDADE REAL e da JUSTIÇA.

2. com arrimo nos princípios que regem atualmente o sistema recursal no ordenamento jurídico pátrio, precipuamente a fim de salvar os direitos do reclamante (como observa o art. 152 do Código de Organização Judiciária deste Estado) e de evitar impetração de mandado de segurança com o fito exclusivo de conferir efeito suspensivo à presente Reclamação, seja suspensa a realização do julgamento (já designado na mesma decisão que indeferiu pedido de reconsideração – doc. 06) pelo Tribunal do Júri, até que haja a apreciação desta Correição Parcial, sob pena de se tornar inócua a decisão aqui proferida.

P. deferimento.

Aracaju, 22 de março de 1999.

Félix Carballal Silva
Promotor de Justiça Designado

NOTICIÁRIO

Notícias MP

MOACYR MOTTA INAUGURA SEDE DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DE ESTÂNCIA

O projeto de interiorização do Ministério Público de Sergipe, idealizado e colocado em prática pela atual administração do procurador geral de Justiça Moacyr Soares da Motta, chega ao município de Estância. Na última quarta-feira, dia 03, em solenidade bastante prestigiada por autoridades estaduais, foi inaugurada a sede das Promotorias de Justiça do município de Estância; antigo sonho dos promotores e procuradores de Justiça. O evento, contou também com as presenças do governador Albano Franco, do vice-governador Benedito de Figueiredo, o presidente da Assembléia Legislativa Bôsko Costa, o presidente em exercício do Tribunal de Justiça, desembargador Artêmio Barreto, deputados, vereadores, juízes, desembargadores, defensores públicos, advogados, secretários de Estado e pelo prefeito de Estância Gevane Bento.

“Para uma jornada de mil milhas, se começa com os primeiros passos. Em Estância, estamos formalizando uma nova fase que marcará definitivamente a história da Instituição, que teve início em 1962, na época do então promotor de Justiça e governador de então, Luiz Garcia, quando estruturou a carreira do Ministério Público de Sergipe”, disse Moacyr Motta. O procurador geral de Justiça, também fez questão de enaltecer, a dedicação do desembargador Manuel Pascoal Nabuco D’Ávila. “É sem dúvida nenhuma, um homem que honra o Ministério Público de Sergipe”, disse ao informar que por unanimidade, o Colégio de Procuradores de Justiça, designou o nome do auditório “desembargador Pascoal Nabuco D’Ávila.

A solenidade de inauguração teve início às 18 horas. Antes porém, foi exibido um documentário do Ministério Público que retrata o projeto de interiorização da Instituição. Além de Estância, Itabaiana e Canindé do São Francisco, irão ter sedes das Promotorias de Justiça. “Estamos

comemorando a presença do Ministério Público social, mas perto da população, atento ao cumprimento das leis. Hoje é um dia feliz, pois concluímos a casa da cidadania”, disse Moacyr Motta. A fita simbólica foi cortada pelos três promotores de Justiça que atuam em Estância: Maria Lilian Mendes Carvalho, Josenias França do Nascimento e José Rony Almeida. Já placa foi descerrada pelo governador Albano Franco e pelo procurador geral de Justiça Moacyr Soares da Motta.

Tudo leva a crer que até o final da gestão do procurador geral de Justiça Moacyr Soares da Motta, deverão ser inauguradas mais dez sedes. “Serão edificações mais simples, no entanto, dignas para acomodar os membros do Ministério Público no interior do Estado”, disse. A sede de Estância fica numa área privilegiada da cidade, ao lado do Fórum. É dotado de um moderno projeto, assinado pelo arquiteto Rui Almeida. Tem duas salas de audiências, gabinetes, auditório e suítes para os promotores de Justiça. “Estamos dando uma identidade própria do Ministério Público e fortalecendo a sua independência”, ressalta o procurador geral de Justiça.

PROCURADORES DE JUSTIÇA SE APOSENTAM

No primeiro semestre de 2002 os Procuradores de Justiça **Fernando Ferreira de Matos, José Jorge Santos Mesquita, José Costa Cavalcante e Paulo Moura** requereram aposentadoria. Após relevantes serviços prestados ao Ministério Público de Sergipe no exercício de suas atribuições constitucionais. Todos aposentados exerceram com coragem, dedicação e competência o munus do Ministério Público.

O MINISTÉRIO PÚBLICO QUER O REFLORESTAMENTO DA CAATINGA NO SEMI-ÁRIDO SERGIPANO

O Ministério Público preocupado com a ameaça da destruição da caatinga no sertão sergipano propôs ao Governo do Estado uma ação imediata visando a recuperação da mesma, isto é, o seu reflorestamento.

Por outro lado, face denúncia vinculada pela imprensa local, o Coordenador Geral do Ministério Público **Iroito Leó** encaminhou expediente aos Promotores de Justiça que atuam no Município do sertão sergipano prestando pelas providências cabíveis, a fim de que apurem, imediatamente a devastação da caatinga no semi-árido, bem como proibem o trabalho infantil, naquela região.

A Coordenadoria Geral do MP dará integral apoio as providências adotadas pelos Promotores de Justiça de Poço Redondo, Canindé do São Francisco e Porto da Folha, visando o reflorestamento da área atingida, inclusive o número de carvoarias e se as mesmas estão cadastradas no Ibama.

SERVIDORES RECLAMAM NÃO CUMPRIMENTO DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS.

A Coordenadoria Geral do Ministério Público face denúncia de vários servidores dos municípios sergipanos expediu circular aos Prefeitos Municipais advertindo quanto ao cumprimento do preceito constitucional objetivando a garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, décimo terceiro salário, em base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria, salário família para os dependentes, gozo de férias anuais remuneradas, com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal, licença gestante, licença paternidade, adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei e proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

A Coordenadoria Geral do Ministério Público, tem orientado aos Promotores de Justiça ingressarem com ação civil pública contra os administradores públicos faltosos, visando o integral cumprimento da Lei Magna Brasileira.

MP BATE NOVO RECORDE COM EMISSÃO DE PARECERES JUNTO AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

A instância superior do Ministério Público no ano que se finda emitiu 3759 pareceres, oriundos das Câmaras Cíveis e Criminais, bem como do Pleno do Tribunal de Justiça.

Conforme a estatística do Cartório da Procuradoria Geral de Justiça a Procuradora de Justiça Maria Cristina Mendonça emitiu 366 pareceres, o Coordenador geral do MP Iroito Leó 315 pareceres, a Procuradora de Justiça Maria Izabel Abreu 304 pareceres, o Procurador de Justiça Eduardo Cabral 303 pareceres, o Procurador de Justiça Jorge Mesquita 296 pareceres, o Procurador de Justiça José Carlos de Oliveira 292 pareceres, o Promotor de Justiça Rodomarques Nascimento 284 pareceres, o Procurador de Justiça Heli Nascimento 282 pareceres, o Corregedor Geral do MP Darcilo Costa 271 pareceres, a Procuradora de Justiça Maria Luiza Cruz 265 pareceres, a Procuradora de Justiça Maria Eugênia Ribeiro 259 pareceres, o Procurador de Justiça Paulo Moura 253 pareceres, o Promotor de Justiça Ernesto Anízio Melo 149 pareceres, o Procurador de Justiça Fernando Matos 99 pareceres e a Promotora de Justiça Maria Creuza Figueiredo 21 pareceres.

Os Promotores de Justiça Rodomarques Nascimento, Ernesto Anízio Melo e Creuza Figueiredo atuaram perante o Colégio de Procuradores, face férias, licenças e afastamento dos titulares Costa Cavalcante, Eugênia Ribeiro e Fernando Matos.

Por outro lado, os Procuradores de Justiça Darcilo Melo Costa e Iroito Dória Leó, embora no exercício, respectivamente da Corregedoria Geral e Coordenadoria Geral do MP, como colaboração, emitiram pareceres, visando evitar acúmulo de processos em Cartório.

Em 2000 foram emitidos 3429 pareceres.

INTERVENÇÃO EM CANINDÉ DO SÃO FRANCISCO

O Procurador Geral de Justiça, **Dr. Moacyr Soares da Motta**, requereu intervenção no Município de Canindé de São Francisco, tendo o Tribunal de Justiça concedido por unanimidade a intervenção.

O Governador do Estado, Dr. Albano Franco nomeou o Procurador de Justiça **Fernando Ferreira de Matos** como interventor.

A intervenção teve início no dia 02/05/2001 e foi concluída em 29/10/2001. Durante este período foram realizadas obras essenciais para comunidade, tais como: Postos de Saúde, Matadouro, Fábrica de Queijo, recuperação de escolas, incentivo ao turismo, entre outras.

Ao ser encerrado o período de intervenção foi elaborado relatório circunstanciado para todos os poderes constituídos, sendo a intervenção concluída no Município com todas as dívidas pagas e com aproximadamente R\$ 2.800.000,00 em caixa.

O Procurador Geral de Justiça designou os Promotores de Justiça, **Luiz Mendonça, Orlando Rochadel, José Rony, Deijaniro Jonas, Fábio Viegas, Carlos Augusto A . Machado e Jorge Murilo** para cumpor uma força tarefa na apuração dos ilícitos civis e penais no Município. A força tarefa do Ministério Público ajuizou mais de 150 ações.

O Ministério Público de Sergipe ofertou um excelente exemplo na gestão de recursos públicos, através da administração do interventor, Procurador de Justiça, **Fernando Ferreira de Matos**.

INAUGURADA EM ITABAIANA SEDE DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA

Itabaiana é o segundo município que ganha a sede das Promotorias de Justiça do interior do Estado. Com a presença de autoridades dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, procuradores e promotores de Justiça, o procurador geral de Justiça Moacyr Soares da Motta, inaugurou na última segunda-feira, dia 12, o prédio do MP que leva o nome do coordenador geral da Instituição, Pedro Iroito Dória Leó, iniciativa aprovada por unanimidade pelo Colégio de Procuradores de Justiça. Já o auditório do prédio leva o nome do procurador de Justiça Heli Henriques Soares Nascimento.

“Estamos iniciando uma nova e importante fase no Ministério Público. A interiorização da Instituição não é um projeto pessoal do procurador geral de Justiça, mas um projeto de todos os membros do Ministério Público”, disse Moacyr Soares da Motta. Localizada na avenida Luiz Magalhães, principal via de acesso a Itabaiana, a sede das Promotorias de Justiça foi construída segundo um moderno projeto arquitetônico, apto a proporcionar aos promotores de Justiça condignas condições de trabalho e aos munícipes confortáveis acomodações.

Edificada numa área de mil e quinhentos metros quadrados, doada pela administração municipal, o prédio do MP em Itabaiana está situado em local privilegiado da cidade, em frente ao fórum, característica que marcará a implantação de todas as outras Promotorias de Justiça do interior. Segundo o procurador geral de Justiça Moacyr Soares da Motta, a modernização da estrutura operacional do Ministério Público é ponto de honra para atual administração. “Em maio deste ano, inauguramos a sede das Promotorias de Justiça de Estância e, no próximo mês de outubro, estaremos entregando a população de Canindé do São Francisco, a sede das Promotorias daquele município”, disse Moacyr Motta.

Durante a solenidade, o procurador geral de Justiça informou que até o final da sua administração, novembro próximo, estará deixando concluído vários projetos para a construção de Promotorias de Justiça no interior. Propriá, Carira, Nossa Senhora da Glória e Neópolis são alguns municípios que serão beneficiados com o projeto de interiorização do MP. Em Glória, por exemplo, o governador Albano Franco, doou um terreno próximo ao fórum para que o Ministério Público edifique a sede daquele município. Para Moacyr Motta, a presença do MP no interior é a garantia de que os interesses da cidadania estarão assegurados.

Notícias ESMP/SE

NOTÍCIAS DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE – ESMP-SE

*Esta há de ser, não uma Escola Tradicional,
mas sim um Laboratório de idéias e debates.*

No dia 21 de agosto do ano 2000, em sessão solene do Colégio de Procuradores de Justiça, sob a Presidência do Doutor **Moacyr Soares da Motta**, foi inaugurada, neste pavimento, a Escola Superior do Ministério Público do Estado de Sergipe e agradecidos com a comanda Colar do Mérito “Tobias Barreto”, o Governador do Estado Doutor **Albano do Prado Pimentel Franco** e os Ministros do Superior Tribunal de Justiça Doutores Luiz Carlos Fontes de Alencar e José Arnaldo da Fonseca. Presentes a solenidade os Senhores Ministros do Superior Tribunal de Justiça Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite (Presidente), Francisco César Asfor Rocha, Vicente Leal de Araújo, Francisco Cândido de M. Falcão Neto, Gilson Langaro Dipp e Feranando Gonçalves.

CONCURSOS:

2000/2001 – A ESMP-SE realizou o Concurso Público para provimento dos cargos de Defensor Público do Estado de Sergipe. Foram 2.250 candidatos, sendo aprovados 76. O Concurso foi considerado um referencial no Estado.

2001/2002 – A ESMP-SE também realizou o Concurso Público para preenchimento dos Cargos de Guarda de Segurança Prisional do Estado de Sergipe, onde concorreram 6.000 candidatos e foram aprovados 648.

SEMINÁRIOS , PALESTRAS E EVENTOS

Setembro/2000 - Gestão de Recursos Hídricos - Ailton Francisco da Rocha.

Novembro/2000 – Simpósio de Fundamentos Jurídicos de Sergipe – Alexandre de Moraes, Otávio Palloti, Rogério Ferreira da Silva e Carlos Augusto Alcântara Machado.

Março/ 2001 – Direito Penal com o Prof. Luiz Flávio Gomes

Março/ 2001 – Direito Processual Penal – Prof. Geraldo Prado e Paulo Rangel

Maio / 2001 – Direito de Família – Prof. Francisco Cahali

Julho / 2001 – Direito Ambiental - Prof. Júlio César de Sá Rocha

Setembro / 2001 - Direito do Consumidor - Professores Palestrantes Mário Frota e Ângela Frota, Prof. da Universidade de Coimbra.

Novembro/2001 – Semana de Altos Estudos – Prof. José Augusto Nascimento, Rogério Ferreira da Silva, Pedro Lino de Carvalho, Ministra Eliana Calmon.

Março – 2002 - Reforma do Código de Processo Civil –Procurador de Justiça Darcilo Melo Costa

Abril/2002 – Reforma do Código de Processo Civil – Prof. Fredie Diddie Júnior

Abril / 2002 - Seminário sobre revitalização do Rio São Francisco

Maio / 2002 - Curso de Pesquisa Jurídica na Internet.

Julho/2002 I Encontro Nacional de Promotores de Justiça de Família.

Estrutura - O Procurador Geral de Justiça, Dr. Moacyr Soares da Motta, priorizou o melhoramento da Escola Superior do Ministério Público, deliberando o seguinte:

Biblioteca – Reforma total, com a compra de Livros Nacionais e Internacionais.

Equipamentos – Computadores, Retroprojeter Multimídia, e outros equipamentos.

A Escola Superior do Ministério Público vem atuando no sentido de proporcionar um permanente aperfeiçoamento dos membros do Ministério Público.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Procurador de Justiça
Darcilo Melo Costa

PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 69/99
RECORRENTE - ZELAR IMOVEIS L TDA.
RECORRIDO - NELCY CASTRO FRAZÃO
TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Irresignada com a respeitável decisão da Egrégia Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis, que decidiu pela procedência da ação judicial requerida por **Nelcy Castro Frazão**, ora recorrida, a demandada, **Zelar Imóveis Ltda.**, Interpõe o presente RECURSO EXTRAORDINÁRIO para o Supremo Tribunal Federal, ante a confirmação da douta sentença pela referida Turma Recursal, invocando a seu favor as disposições do art. 102, inciso III, alínea “a” (fls. 06).

I - Diz a recorrente que a E. Turma Recursal, em sua decisão, “contraria e dá interpretação divergente a diplomas legais, a outras decisões preferidas, nega validade ao princípio da obrigatoriedade do ajuste consagrado no Código Civil, ao princípio de que o julgamento há de ser nos limites da propositura da lide estatuído no Código de Processo Civil e contraria frontalmente princípios consagrados no art. 5º da Constituição Federal” -fls. 7. Como se constata da petição do recurso (supra transcrita), a recorrente, contrariando princípios de direito processual -atinentes a recurso -mistura alegações próprias de recurso extraordinário com as pertinentes a “recurso especial” (da alçada do Colendo Superior Tribunal de Justiça). Com efeito, somente afronta as disposições da constituição federal autoriza o interessado a interpor recurso extraordinário; infringência as disposições da lei federal ou divergências entre a decisão recorrida com as de outros tribunais não constituem matéria ou questão a ser levada à colenda Corte Suprema, posto que de competência do referido Superior Tribunal de Justiça.

II - A lide envolve relação jurídica advinda de contrato de locação e respectiva fiança, aforada no 4º Juizado Especial Cível de Aracaju. Entendendo a autora que ela e seu marido já não tinham responsabilidade pela execução e inadimplemento por parte do locatário, para quem prestaram fiança, pediam sua exoneração com a retirada ou exclusão de seu nome e seu marido dos registros do Serviço de Proteção ao Crédito (o conhecido SPC). Destarte, eminente Desembargador Presidente, egrégios Ministros da Corte Suprema, a matéria diz respeito a execução ou cumprimento de cláusulas contratuais de locação e de fiança, exclusivamente.

III - Caso a demanda tivesse sido aforada na Vara Cível comum, e obviamente teria a demandada, vencida na primeira instância, feito recurso ao Tribunal de Justiça e sendo ainda vencida, interporia recurso especial (ao STJ). Mas como a decisão recorrida é de Juízo Especial Cível, e sua Turma Recursal, procura, agora, a Ré alegar que houve infringência a texto da Constituição Federal, com a finalidade de justificar a interposição de recurso extraordinário. Realmente, apenas porque incabível RECURSO ESPECIAL, a recorrente, a todo custo, forçando interpretação e aplicação de normas processuais e constitucionais, tenta justificar o cabimento do recurso extraordinário.

IV - Cita o recorrente o **arte 5º, inciso L V da Constituição Federal**. Trata a disposição da garantia do princípio .QQ contraditório e ampla defesa. Ora, por simples leitura dos autos se constata que houve observância a estes princípios constitucionais de ampla defesa e contraditório: apresentação de contestação, reiterada em audiência com defesa ou arrazoados dos advogados apresentados em juízo na primeira como na segunda instância.

V - A outra disposição constitucional invocada, erroneamente invocada, é o **arte 93, inciso IX** (que por equívoco é grifada como 92 -fls. 4 da petição recursal), que alude à publicidade dos julgamentos e fundamentação das decisões. O mesmo dizemos: simples leitura dos autos demonstra a improcedência da alegação.

VI - Ainda, o **inciso XXXVI do arte 5º** é também invocado; trata-se da proclamação de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Aqui, o descompasso entre a hipótese

prevista na regra constitucional e o caso dos autos é ainda maior; flagrante é o despautério da invocação, data vênica.

VII -Finalmente, o que é fundamental e irresponsável: a demandada e recorrente não formulou o **prequestionamento**, como lhe competia fazer, conforma Súmula Nº 282 do STF, já que pretendia formular recurso extraordinário. Leitura dos arrazoados, notadamente o recurso à Turma Recursal, demonstra que a recorrente não levantou a questão constitucional, não arguindo, vez alguma, violação a texto constitucional, como se comprova do recurso de fls. 72 a 76. A Procuradoria-Geral da Justiça limita-se a apreciar o cabimento do recurso posto que, se recebido, do mérito dirá o Ministério Público Federal junto ao Supremo Tribunal Federal.

Do exposto, pelo não recebimento do presente recurso se manifesta o Ministério Público, com o que o Egrégio Tribunal às partes fará JUSTIÇA.

Aracaju, 02 de julho de 2001

Darcilo Melo Costa

Procurador-Geral da Justiça em exercício

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

17